

CASTILLO FREYRE, MARIO
ROSAS BERASTAIN, VERÓNICA
SILVA-SANTISTEBAN AMÉSQUITA, MASSIEL

HILANDO FINO... La valoración de las consecuencias de potenciales modificaciones en materia de jurisdicción o competencia de los tribunales

TAM PÉREZ, JOSÉ
CHIRINOS VIDAURRAZAGA, GONZALO

La relación entre el arbitraje estatutario y el consentimiento

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, PAOLO

Repensando las competencias de la Junta de Resolución de Disputas: Propuesta de Mejora

MARTÍNEZ ZAMORA, MARCO ANTONIO

CONFLICTO, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE: Un acercamiento al arbitraje en el régimen de contratación pública peruano

NAKAYA VARGAS MACHUCA, FERNANDO

La importancia de la flexibilidad en el arbitraje

PALMA NAVEA, JOSÉ ENRIQUE
CUBA MENESES, ERICK G.

La impugnación de las decisiones arbitrales

PEJOVÉS MACEDO, JOSÉ ANTONIO

Antecedentes, Desarrollo y Situación Actual del Arbitraje Marítimo en el Perú

PERALTA QUISPE, ELIZABETH ROSA

En tiempos de héroes y villanos: las súper instituciones arbitrales

RODRÍGUEZ ARDILES, RICARDO

La buena fe procesal en el arbitraje

SANGUINETI CAMPOS, YVETTE

¿La adhesión de proveedores al sistema de arbitraje de consumo constituye un convenio arbitral en sentido amplio?

TEMOCHE SALINAS, GIULIANA VALERIA

Cuando el arbitraje evita la guerra: una mirada al arbitraje entre Estados

TRIVEÑO DAZA, DANIEL

Cartografía de la recusación arbitral: el mapa de las causales de recusación y el intento de trazar sus fronteras

ENTREVISTA A MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA

El "Recurso de Apelación" encubierto en la modificación a la Ley de Arbitraje

ENTREVISTA A CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

¿Por qué debemos negociar los convenios o cláusulas arbitrales?

TEMAS ACTUALES DE DERECHO ARBITRAL



TÍTULOS PUBLICADOS

- No. 74: Derecho y Nuevas Tecnologías
- No. 73: Protocolo Familiar
- No. 72: Temas Actuales de Protección al Consumidor
- No. 71: Responsabilidad Social Empresarial
- No. 70: Temas Actuales de Derecho Laboral y Empresa
- No. 69: Procedimiento Administrativo Sancionador y Empresa
- No. 68: Derecho Penal y Empresa
- No. 67: Tutela del Consumidor
- No. 66: Pequeña y Micro Empresa
- No. 65: Empresa y Medio Ambiente
- No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social
- No. 63: Financiamiento y Garantías
- No. 62: Hidrocarburos y Electricidad
- No. 61: Tributación Empresarial
- No. 60: Comercio Exterior: A propósito del TLC
- No. 59: Industrias Extractivas: Minería
- No. 58: Derecho Laboral y Empresa
- No. 57: Inversión Privada en Servicios Públicos
- No. 56: Arbitraje y Empresa
- No. 55: Tributación y Empresa
- No. 54: Temas Societarios
- No. 53: Telecomunicaciones y Empresa
- No. 52: Balance de la Ley General de Sociedades
- No. 51: Derecho Informático y Teleinformática Jurídica
- No. 50: Nueva Ley General de Sociedades – 2da parte
- No. 49: Títulos Valores y Valores Negociables
- No. 48: Nueva Ley General de Sociedades – 1era parte
- No. 47: Del Código de Comercio al Código de Empresa
- No. 46: Mercado y Empresa
- No. 45: Contratos Mercantiles
- No. 44: Sociedad y Mercado de Valores
- No. 43: Reestructuración Empresarial
- No. 42: La Empresa en la Nueva Constitución
- No. 41: Reforma Laboral en la Empresa
- No. 30: Contratos y Empresa
- No. 29: Quiebra, Reflotamiento y Empresa
- No. 28: El Derecho del Trabajo y la Empresa
- No. 27: Empresa y Desarrollo
- No. 26: Pequeña Empresa
- No. 25: Banca y Empresa
- No. 24: Delito Económico y Empresa



1	EDITORIAL	Página 4
2	HILANDO FINO... LA VALORACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE POTENCIALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES Mario Castillo Freyre Verónica Rosas Berastain Massiel Silva-Santisteban Amésquita	Página 5
3	LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO Y EL CONSENTIMIENTO José Tam Pérez Gonzalo Chirinos Vidaurrazaga	Página 24
4	REPENSANDO LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS: PROPUESTA DE MEJORA Paolo Del Aguila Ruiz De Somocurcio	Página 37
5	CONFLICTO, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE: UN ACERCAMIENTO AL ARBITRAJE EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PERUANO Marco Antonio Martínez Zamora	Página 49
6	LA IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE Fernando Nakaya Vargas Machuca	Página 65
7	LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES José Enrique Palma Navea Erick G. Cuba Meneses	Página 77
8	ANTECEDENTES, DESARROLLO Y SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE MARÍTIMO EN EL PERÚ José Antonio Pejovés Macedo	Página 97
9	EN TIEMPOS DE HÉROES Y VILLANOS: LAS SÚPER INSTITUCIONES ARBITRALES Elizabeth Rosa Peralta Quispe	Página 115
10	LA BUENA FE PROCESAL EN EL ARBITRAJE Ricardo Rodríguez Ardiles	Página 124
11	¿LA ADHESIÓN DE PROVEEDORES AL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO CONSTITUYE UN CONVENIO ARBITRAL EN SENTIDO AMPLIO? Yvette Sanguineti Campos	Página 135
12	CUANDO EL ARBITRAJE EVITA LA GUERRA: UNA MIRADA AL ARBITRAJE ENTRE ESTADOS Giuliana Valeria Temoche Salinas	Página 146
13	CARTOGRAFÍA DE LA RECUSACIÓN ARBITRAL: EL MAPA DE LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN Y EL INTENTO DE TRAZAR SUS FRONTERAS Daniel Triveño Daza	Página 156
14	EL “RECURSO DE APELACIÓN” ENCUBIERTO EN LA MODIFICACIÓN A LA LEY DE ARBITRAJE Entrevista a Manuel Diego Aramburú Yzaga	Página 167
15	¿POR QUÉ DEBEMOS NEGOCIAR LOS CONVENIOS O CLÁUSULAS ARBITRALES? Entrevista a Carlos Alberto Soto Coaguila	Página 174

EDITORIAL



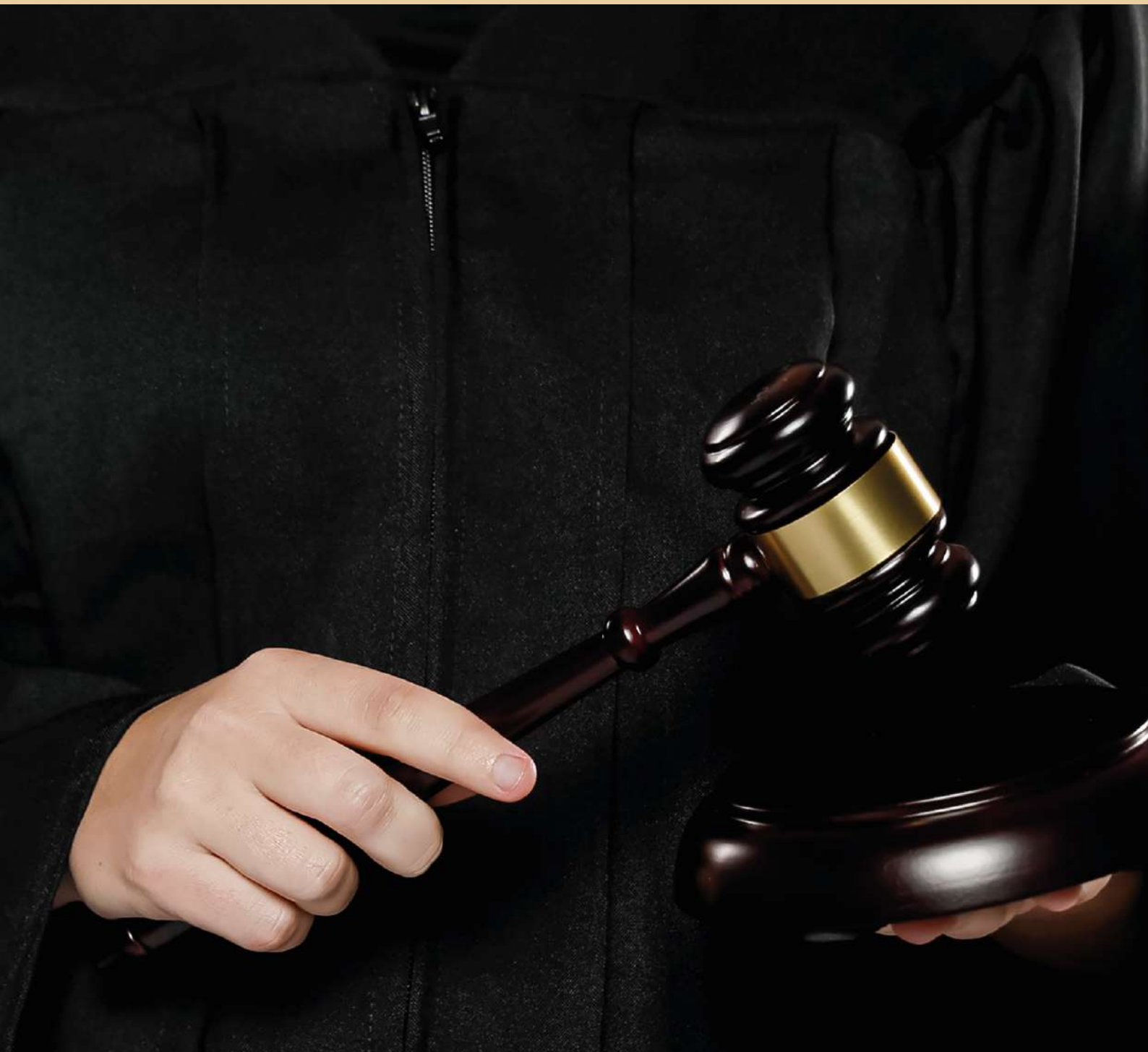
Fernando Nakaya Vargas Machuca
Coordinador de la Revista No. 75

En esta ocasión la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, ha decidido dedicar este nuevo número al desarrollo de “Temas Actuales de Derecho Arbitral”, con el fin de abordar las nuevas tendencias, propuestas y medidas presentadas ante el desarrollo constante del arbitraje en nuestro país.

El arbitraje ha tenido en los últimos años un gran desarrollo y cada vez más, una mayor acogida como medio alternativo de solución de controversias frente a la jurisdicción ordinaria ejercida por el Poder Judicial, jugando, de ese modo, un rol cada vez más significativo en las relaciones comerciales y legales que se presentan día a día; lo cual ha sido motivado, por un lado, por contar con un marco normativo moderno representado por la Ley de Arbitraje, que ha permitido el desarrollo y adaptación en otros campos específicos que serán tratados por algunos de los autores que participan de esta edición, y por otro lado, también importante, como es su mayor difusión y conocimiento respecto a sus ventajas, como lo son el brindar una solución especializada y rápida de las situaciones y pretensiones que son sometidas a esta vía. Pero, así como su desarrollo es positivo, el arbitraje, no ha sido ajeno a las vicisitudes, problemáticas y retos que el contexto social, económico y últimamente sanitario le ha puesto al frente, viéndose en algunos casos cuestionado respecto a su eficacia y en otros casos, en la necesidad de adaptarse para seguir con su desarrollo constante.

Bajo este orden de ideas, la presente revista presenta artículos de autores nacionales (quienes cuentan con una importante experiencia en la materia en los diferentes temas tratados) habiendo elaborado artículos de diferente índole, como, por ejemplo, aspectos aplicables al arbitraje en general, como también temas puntuales como lo son el arbitraje estatutario, arbitraje en contrataciones públicas, el arbitraje marítimo y el arbitraje de consumo, entre otros.

Dejamos en sus manos este volumen que estamos seguros será una herramienta legal importante para empresarios, abogados, docentes y alumnos de Derecho para efectos de conocer más del arbitraje desde una perspectiva actual de su realidad.



HILANDO FINO... LA VALORACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE POTENCIALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES

Autores:

Mario Castillo Freyre

Verónica Rosas Berastain

Massiel Silva-Santisteban Amésquita

Recibido: 15/6/2021

Aceptado: 25/6/2021

HILANDO FINO... La valoración de las consecuencias de potenciales modificaciones en materia de jurisdicción o competencia de los tribunales

FINE-TUNED THREADING.....The assessment of the consequences of potential changes in the jurisdiction or competence of the courts

**Mario Castillo Freyre¹
Verónica Rosas Berastain²
Massiel Silva-Santisteban Amésquita³**

SUMARIO:

- I. Planteamiento del problema: Cambio de jurisdicción o competencia de los tribunales.
- II. Marco teórico: La novación como mecanismo de extinción de obligaciones.
- III. Análisis.
- IV. Consideraciones finales: ¿y si lo que se modifica es la legislación aplicable?

Resumen.

El presente trabajo analiza si la modificación de la jurisdicción o, en general, del mecanismo de resolución de conflictos de un contrato que afecta la competencia de los tribunales, califica como un cambio susceptible de generar la novación de las obligaciones. Para ello, se ha abordado la novación como mecanismo de extinción de obligaciones y cómo funciona dicha figura, recogiendo los requisitos necesarios para que dicha institución opere. Asimismo, el trabajo demuestra que el acuerdo en virtud del cual se modifica la jurisdicción de un contrato o los alcances de un convenio arbitral, no califica como un elemento que determinaría la novación de las obligaciones derivadas de tal contrato, por cuanto no altera el contenido o los alcances de las obligaciones. Como parte

¹ Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados; Miembro de Número y Miembro del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde dicta el curso de Derecho de las Obligaciones. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

² Socia Senior del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca. Egresada de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

³ Socia del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Fue asistente de cátedra del Curso de Obligaciones dictado por el doctor Felipe Osterling Parodi en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

de la evaluación, el trabajo delinea los potenciales problemas que pueden enfrentar los contratantes ante este tipo de modificación, relacionándolos con los derechos de terceros que hayan garantizado las obligaciones del Contrato.

Palabras clave: Jurisdicción, competencia de tribunales, novación, resolución de controversias, cláusula arbitral, terceros garantes.

Abstract.

This paper analyzes whether the modification of the jurisdiction or, in general, of the dispute resolution mechanism of a contract that affects the jurisdiction of the courts, qualifies as a change susceptible of generating the novation of obligations. For this purpose, novation as a mechanism for the extinction of obligations and how such figure works has been addressed, including the necessary requirements for such institution to operate. Likewise, the work demonstrates that the agreement by virtue of which the jurisdiction of a contract or the scope of an arbitration agreement is modified does not qualify as an element that would determine the novation of the obligations derived from such contract, since it does not alter the content or scope of the obligations. As part of the evaluation, the work outlines the potential problems that the contracting parties may face in the event of this type of modification, relating them to the rights of third parties that have guaranteed the obligations of the Contract.

Key words: Jurisdiction, court jurisdiction, novation, dispute resolution, arbitration clause, third-party guarantors.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CAMBIO DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES.

No es poco común que, durante la ejecución de su contrato, los contratantes, sea porque consideran conveniente renegociar los términos de su relación contractual o porque han tenido problemas que los han llevado a buscar soluciones por la vía transaccional, acuerden modificar algunas condiciones de su reglamento contractual.

Entre esas condiciones que se pueden modificar, se encuentra su cláusula de resolución de conflictos. Así, podrían pactar, por ejemplo, que la jurisdicción a la que se someterán sus controversias sea la de una ciudad o, incluso, de un país distinto al que se sometieron en la versión primigenia de su contrato.

También podría ocurrir que, a través de la modificación de su cláusula de resolución de conflictos, los contratantes acuerden preterir la jurisdicción judicial en favor del arbitraje, incorporando con ello un convenio arbitral.

Otro escenario que podría configurarse es aquel en el cual lo que se modifique sea la competencia de los tribunales. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el cual originalmente el contrato tiene un convenio arbitral por el que las partes se someten a un arbitraje institucional y, por ende, sujeto a los reglamentos y la administración de

determinado centro, pero en un momento posterior los contratantes deciden alterar esto, de modo que el arbitraje sea ad hoc.

En este marco, en el presente trabajo valoraremos si la modificación de la jurisdicción o, en general, del mecanismo de resolución de conflictos de un contrato que afecta la competencia de los tribunales, califica como un cambio susceptible de generar la novación de las obligaciones.

A efectos de realizar tal valoración desde la perspectiva del Derecho Civil peruano, consideramos conveniente dividir nuestro artículo en dos partes.

En la primera construiremos el marco jurídico-conceptual necesario para entender cómo opera la novación como medio de extinción de las obligaciones. En la segunda, analizaremos si, tal como funciona esa figura, podría sostenerse que el modificar la cláusula de resolución de controversias cambiando la jurisdicción o la competencia de los tribunales, supondría necesariamente la novación de las obligaciones. Como parte de nuestra evaluación, también delinearemos los potenciales problemas que podrían enfrentar los contratantes.

II. MARCO TEÓRICO: LA NOVACIÓN COMO MECANISMO DE EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES⁴.

1. La novación como medio extintivo de obligaciones.

La novación es un medio extintivo de obligaciones, el mismo que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley, y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra. Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera de manera ficta, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual las partes no tienen un verdadero *animus solvendi*, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída.

Con ello no estamos expresando, desde luego, que las partes de la relación obligatoria no deseen extinguirla, sino que su extinción es consecuencia del ánimo de novarla, vale decir, de su intención de cambiarla por una segunda obligación. De esta forma, con la novación se extingue la primera obligación y surge una segunda obligación que el deudor —de esta segunda obligación— deberá cumplir para liberarse. Queda claro que una novación nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación importará, necesariamente, la extinción de la anterior.

⁴ Para esta parte del artículo se toma como base lo desarrollado sobre novación en las siguientes obras:

- i. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. (Lima: RIMAY EDITORES SAC, 2020).
- ii. CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las Obligaciones (Colección Lo Esencial del Derecho 13)*. Colaboradora: ROSAS BERASTAIN, Verónica. (Lima: Fondo editorial PUCP, 2017).

Debemos precisar que la novación presenta dos facetas claramente identificables, ya que puede producirse en forma objetiva, sea por cambio en la prestación o en el título de la obligación, o en forma subjetiva. En este último caso, también podrán presentarse dos características distintas: o que se produzca por cambio de acreedor o por cambio de deudor. Existen dos modalidades de novación subjetiva por cambio de deudor, a saber, la modalidad por delegación y la modalidad por expromisión. Cabe resaltar, sin embargo, que la novación también podría ser mixta.

Otro aspecto que no podemos dejar de subrayar es que, en tanto la novación implica que la obligación primigenia se extingue, todos sus accesorios —léase garantías— también se extinguen. Así, las garantías que podrían haberse constituido respecto de la primera obligación, no se transmiten a la segunda como efecto de la novación.

Si la primera obligación estaba garantizada, por ejemplo, con una hipoteca y las partes novan esa obligación y crean una segunda, la hipoteca se extingue junto con la obligación primigenia, puesto que la hipoteca era un accesorio de esa obligación. Para que la segunda obligación también tenga como garantía una hipoteca, será necesario que las partes lo pacten, es decir, que vuelvan a constituir la hipoteca respecto de la segunda obligación.

De otro lado, conviene resaltar también que existen algunas obligaciones en las que la novación puede pasar desapercibida, por lo que siempre es necesario tener mucho cuidado a la hora de realizar acuerdos. No olvidemos que, como acabamos de anotar, cuando se produce la novación, las garantías de la obligación primigenia se extinguen con ella.

Ilustremos esto con un ejemplo. Una empresa le debía a un banco la suma de tres millones seiscientos cincuenta mil soles, deuda que estaba garantizada por tres fiadores y necesitaba un crédito adicional. El banco accede a prestarle otra suma de dinero, pero con la condición de que «dolaricen» la deuda ya existente. La empresa acepta y la deuda por tres millones seiscientos cincuenta mil soles, pasa a ser una deuda por un millón de dólares (supongamos que el tipo de cambio en esa fecha era de S/. 3.65 por dólar americano). El banco, entonces, le otorga el nuevo préstamo que solicitó.

El caso que acabamos de narrar, aunque para algunos pueda pasar desapercibido, es un ejemplo de novación. No es lo mismo deber tres millones seiscientos cincuenta mil soles que un millón de dólares. Esto queda claro si tomamos en cuenta que, si bien en el día en que se lleva a cabo el cambio de la moneda, ambos valores coinciden, al día siguiente esos valores pueden no coincidir.

Lo importante es que la obligación en virtud la cual se deben tres millones seiscientos cincuenta mil soles no es la misma que aquella en que se establece que se debe un millón de dólares. Los fiadores que hubieran garantizado la primera obligación, ya no garantizan la segunda pues, lo repetimos, las garantías se extinguen con la obligación primigenia.

2. Requisitos para que opere la novación: La voluntad de novar.

Para que pueda configurarse la novación es necesaria la presencia de tres requisitos esenciales, esto es, la preexistencia de una obligación válida, la creación de una nueva obligación y el *animus novandi* o voluntad de novar.

Atendiendo a que los dos primeros elementos no requieren mayor explicación, por derivar de las nociones sobre novación que hemos delineado en el apartado precedente, nos centraremos en el *animus novandi* o voluntad de novar.

Así, debemos enfatizar que para que la novación se configure en cualquiera de sus modalidades, es imprescindible que esté presente el *animus novandi*. El *animus novandi*, en pocas palabras, consiste en la intención de las partes de novar, esto es, de extinguir la primera obligación y sustituirla por una segunda obligación.

Sin *animus novandi* no hay novación. No obstante, cabe advertir que no es indispensable que el *animus novandi* se manifieste de manera explícita, pues habrá ocasiones en que baste con su manifestación tácita.

Esto significa que la intención de novar no requiere ser necesariamente expresa, pero sí debe ser indubitable. Es indubitable cuando los sujetos de una relación obligatoria convienen en efectuar un cambio en la esencia de la obligación, que demuestre *per se* la intención de novar. Se exige, pues, una manifestación de voluntad inequívoca, lo que ocurre bien cuando expresamente se declara la intención de novar, pero también cuando la existencia de las dos obligaciones resulte incompatible, es decir, cuando sea imposible que ambas obligaciones existan a la vez, de modo que o existe una o existe la otra.

Así lo prevé la ley civil peruana en el segundo párrafo del artículo 1277, al señalar que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

3. La novación objetiva.

La novación puede ser objetiva, subjetiva o mixta. Por supuesto, en todos los casos es imprescindible que haya *animus novandi*.

Tomando en consideración el objeto del artículo, debemos centrarnos en la novación objetiva.

La novación objetiva se configura cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por una nueva relación obligatoria, en la que aparecen las mismas partes obligadas al cumplimiento de una prestación distinta o en virtud de un título diferente.

El primero de los supuestos, a saber, la novación objetiva por cambio de prestación, surge cuando las partes convienen en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva o sustituirlo por otro.

Al respecto, conviene indicar que, según lo prescrito en el artículo 1279 del Código Civil de 1984, los cambios accesorios en la prestación no producen novación. El tenor de la norma es el siguiente:

Artículo 1279.- La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

Así, para que la novación por cambio de prestación se produzca es necesaria una modificación esencial en la relación obligatoria. Por ello, solo las modificaciones sustanciales en la prestación debida producirán novación por cambio de objeto, y las variaciones accidentales no producirán ese efecto. De este modo, la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo (siempre que no resulte relevante) o del lugar del pago (siempre que sea intrascendente), o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación salvo, claro está, que las partes expresamente declaren que tal modificación produce los efectos de la novación.

Otro de los supuestos de novación objetiva es aquel en el cual se modifica la fuente originaria de la obligación por otra.

Para ilustrar este supuesto vamos a consignar un ejemplo. Dos partes han celebrado un contrato de compraventa por el cual una le va a entregar en propiedad a la otra un automóvil determinado, a cambio de 40 mil soles. Posteriormente, acuerdan que el comprador ya no entregará dicha suma de dinero, sino que transferirá la propiedad de una camioneta determinada. En este caso, no hay duda de que se ha producido un cambio en la prestación a cargo de una de las partes, pero no solo ha variado la prestación a ejecutar, sino también ha cambiado el contrato mismo, pues ya no estamos ante un contrato de compraventa, sino en presencia de un contrato de permuta. En este caso, no solo se ha novado la obligación, sino el contrato, vale decir, la causa fuente misma.

III. ANÁLISIS.

A partir del marco conceptual y jurídico que hemos delineado, corresponde valorar si la modificación de la jurisdicción o, en general, del mecanismo de resolución de conflictos y la modificación de la legislación aplicable a un contrato, califican como cambios susceptibles de generar la novación de las obligaciones.

Como premisa de nuestro análisis, resulta importante destacar que, según la intervención de la voluntad humana, la novación es un medio voluntario de extinción de obligaciones, ya que como regla general opera en virtud de la voluntad del acreedor o de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor. La excepción a esa regla se restringe a los casos de novación legal, supuesto que no se configuraría en el caso objeto de este artículo y que, por ende, no requiere de mayor consideración.

1. ¿La modificación de la jurisdicción o de la competencia de los tribunales⁵ puede suponer la novación de las obligaciones?

Centrándonos, en primer término, en la modificación de la cláusula del Contrato, que contiene la jurisdicción a la cual las partes someten sus controversias derivadas de la relación contractual y la competencia del tribunal arbitral pertinente, debemos precisar que, en nuestra opinión, existen razones sólidas para negar que el acuerdo de tal modificación —por la cual se adoptaría una jurisdicción de las cortes distinta a la original—, importe la novación de las obligaciones contractuales.

Nuestra posición se sustenta en las siguientes razones:

a) Si no hay un cambio sustancial de las obligaciones, no puede haber novación.

La primera de esas razones descansa en la constatación de que ni el cambio de jurisdicción ni el de competencia de los tribunales, implican modificar el contenido o los alcances de las obligaciones contractuales asumidas por las partes.

Nos explicamos.

Las obligaciones se celebran para ser cumplidas. En términos generales, las obligaciones deben ejecutarse según los términos en los que fueron acordadas. Entonces, para que el deudor se libere de la obligación que asumió frente a su acreedor, debe ejecutar la prestación objeto de ella, en el tiempo, lugar, cantidad y calidad pactados. Es así que, para que un cumplimiento califique como pago válido y efectivo, deberá cumplir con los principios de oportunidad, lugar, identidad e integridad.

Ahora bien, según la regla prevista en el ya citado artículo 1279 del Código Civil, la modificación del plazo o del lugar del pago califican como modificaciones accesorias y no sustanciales que, como tales, constituyen elementos a partir de los cuales podría operar la novación de las obligaciones.

En nuestra opinión, son sustanciales los cambios que alteran la identidad o la integridad de la prestación que es objeto de la obligación, por lo que de acordarse, cabría evaluar si las partes han convenido propiamente la modificación de su obligación o si, en realidad, la han

⁵ Siguiendo al profesor Giovanni Priori, debemos precisar que las nociones de jurisdicción y competencia no son intercambiables, aunque se encuentran íntimamente vinculadas. La noción de "jurisdicción" se refiere a una potestad estatal, mientras que la noción de "competencia" tiene que ver con los ámbitos dentro de los cuales es válido el ejercicio de dicha potestad. De esta forma, no es lo mismo decir que "un juez no tiene jurisdicción" a decir que "un juez no tiene competencia", porque no tener jurisdicción supone no poder realizar actividad jurisdiccional (procesal) alguna, mientras que no tener competencia supone no poder realizar actividad procesal válida. De esta manera, por ejemplo, una "sentencia" dictada por quien no ejerce función jurisdiccional se ubica en la categoría de un "acto inexistente", mientras que una sentencia dictada por un juez incompetente se ubica en la categoría de un "acto inválido". Sin perjuicio de lo señalado, en la medida de que la competencia indica los ámbitos dentro de los cuales es válido el ejercicio de la función jurisdiccional, la jurisdicción se convierte en un presupuesto de la competencia, pues antes de entrar a analizar la competencia se hace preciso determinar si existe o no jurisdicción. PRIORI POSADA, Giovanni F. La competencia en el proceso civil peruano, *Derecho & Sociedad*, n.º 22 (abril, 2004), 38-52. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16797>

extinguido y sustituido por una nueva. Es por eso que, en estos casos y como explicaremos en el siguiente numeral, lo que correspondería para establecer si opera o no la novación, es valorar si los contratantes, al acordar esos cambios, han tenido o no *animus novandi*.

En esta parte, sin embargo, lo que nos interesa destacar es que ni el cambio de jurisdicción ni el de competencia de los tribunales modifican el contenido y los alcances de las obligaciones contractuales, ni tampoco modifican algún aspecto vinculado a esos cuatro principios mediante los cuales se deben cumplir las obligaciones contractuales. Ello es así, porque la jurisdicción y la competencia se encuentran relacionadas con el momento patológico de la relación obligatoria, es decir, con aquel momento en que exista una situación de conflicto entre los contratantes.

Un ejemplo nos ayudará a entender mejor la situación descrita.

Pensemos que la obligación acordada es entregar un automóvil Honda Civic placa HJY-193, fabricado en el año 2019, en la casa del acreedor que se encuentra ubicada en Santiago de Surco. La entrega debe realizarla el 10 de marzo de 2021.

Ahora pensemos que, originalmente, se pactó que la jurisdicción ante potenciales controversias vinculadas con esa obligación la tendrían los tribunales arbitrales de un centro de arbitraje específico de Madrid. Pero antes de la fecha de cumplimiento de la obligación, es decir, antes del 10 de marzo de 2021, ambos contratantes acuerdan modificar su cláusula de resolución de conflictos, de modo que la jurisdicción recaiga en las Cortes del Estado de California.

Pues bien, ese acuerdo por el que se cambia la jurisdicción no provoca alteración alguna de la obligación original. El deudor, pese al cambio de jurisdicción, sigue obligado a entregar en la casa de su acreedor ese automóvil Honda Civic placa HJY-193, fabricado en el año 2019, y debe hacerlo el 10 de marzo de 2021.

Partiendo del ejemplo reseñado, es fácil percibir que al modificar la jurisdicción o la competencia de los tribunales, no se están modificando los términos de las obligaciones contractuales. Si no se modifican los términos de las obligaciones, no se puede alegar que opera su novación.

Lo expresado no significa que el cambio de la jurisdicción o de la competencia de los tribunales no sea relevante. Claro que lo es, dado que determinará quién resolverá los conflictos que se deriven del contrato y ese no es un detalle menor en ninguna relación jurídica. Pero la importancia del cambio no es un elemento para sustentar que opere la novación de las obligaciones contractuales. No obstante, como será expuesto más adelante, queda claro que ese cambio nunca podrá ser opuesto a terceros (eventuales garantes de las obligaciones contractuales) a quienes no se les hubiese consultado tal cambio de competencia o jurisdicción.

En estricto, entonces, en una relación *inter partes*, la variación de la cláusula de resolución de conflictos en la que se determina la jurisdicción o la competencia de los tribunales ante los cuales las partes ventilarán sus controversias surgidas en el marco de la relación jurídico

patrimonial derivada de un contrato, no modifica sustancialmente ninguna de las obligaciones contractuales. Ello, por cuanto tal cláusula no altera la manera en que esas obligaciones deben cumplirse. El contenido y los alcances de las obligaciones que debe cumplir cada contratante sigue siendo el mismo, se modifique o no la jurisdicción.

En atención a lo señalado, podemos afirmar que el acuerdo en virtud del cual se modifica la jurisdicción de un contrato o los alcances de un convenio arbitral, no califica como un elemento que determinaría la novación de las obligaciones derivadas de tal contrato, por cuanto no altera el contenido o los alcances de las obligaciones.

b) in animus novandi no puede haber novación.

A partir de lo desarrollado en el numeral previo, podemos aseverar que el cambio de la jurisdicción o de la competencia de los tribunales arbitrales, no califica como una modificación susceptible de tener como efecto la novación de las obligaciones reguladas en el contrato.

Tal afirmación se fortalece cuando recordamos que uno de los requisitos indispensables para que opere la novación es el *animus novandi*. Es decir, la voluntad, expresa o tácita de las partes de novar las obligaciones que las vinculan y que, en ejercicio de su autonomía privada, están cambiando.

Solo cuando hay *animus novandi* puede entenderse que el efecto del cambio acordado sea la extinción de una obligación y el nacimiento de una nueva que la sustituye. Es así que tal intención es la que justifica que el cambio planteado por las partes suponga la extinción y no la simple modificación de la obligación en la que uno de sus aspectos se modifica.

Lo anterior, entonces, implica la necesidad de distinguir las nociones de modificación y extinción como situaciones jurídicas diferentes.

Así, tenemos que la Real Academia Española,⁶ define a la palabra *modificación* como la acción y efecto de modificar, la misma que —a su vez— se concibe como transformar o cambiar algo, mudando alguno de sus accidentes, así como limitar, determinar o restringir algo a cierto estado en que se singularice y distinga de otras cosas. Del mismo modo, define a la palabra *extinción* como la acción de acabarse o extinguirse algo, hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente.

Desde el punto de vista jurídico, las nociones de *modificación* y *extinción* también son consideradas como situaciones jurídicas diferentes.

Esta distinción puede ser encontrada en nuestro ordenamiento legal, el cual siguiendo el modelo del Código Civil italiano de 1942, define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, *modificar* o *extinguir* una relación jurídica patrimonial.

⁶ RAE. Definición de "modificación". <https://dle.rae.es/modificaci%C3%B3n>

Del mismo modo, en su artículo 140, el Código peruano define el acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, *modificar* o *extinguir* relaciones jurídicas.

La doctrina también distingue claramente las nociones de modificación y de extinción.

Así, la doctrina entiende que la función de un contrato modificatorio es la de alterar obligaciones convenidas por las propias partes con anterioridad, comprendiéndose, tanto aquellos casos en los cuales las partes convinieron expresamente algo y aquellos otros casos en los cuales la ausencia de pacto expreso fue cubierta por la aplicación supletoria de una norma de carácter dispositivo.

De otro lado, los contratos de carácter extintivo, son definidos como aquellos cuya finalidad es la de hacer cesar los efectos de una relación jurídica.

Por lo expuesto, diremos que la modificación implica un cambio, una alteración, variación o transformación de alguna de las condiciones establecidas en la obligación, el acto jurídico o el contrato celebrado, mientras que la extinción es el cese de los efectos jurídicos de la obligación, del acto jurídico o del contrato celebrado entre las partes.

La voluntad de las partes de modificar una obligación no puede, entonces, equipararse a su voluntad de extinguirla y sustituirla por una nueva.

Así las cosas, partiendo del entendido de que no puede haber novación sin *animus novandi*, no cabría que alguna de las partes alegue que el cambio de jurisdicción o el de la competencia de los tribunales arbitrales determina la novación de las obligaciones contractuales. Ello, porque las partes expresamente estarían precisando que las modificaciones al contrato no suponen la novación de las obligaciones.

Lo anterior significa que, en estricto, los acuerdos de modificación son simplemente eso, modificaciones que, en ejercicio de su autonomía privada, las partes están pactando. Al ser modificaciones y tener la intención de solo ser eso, no suponen ni pueden suponer la extinción de las obligaciones. Sostener otra cosa sería contrariar la voluntad declarada de los contratantes y, en materia de contratos, es esa voluntad declarada la que debe primar.

Partiendo de dicha premisa, podemos reafirmar que el cambio de la jurisdicción o de la competencia de los tribunales no calificaría como un elemento susceptible de generar la novación de las obligaciones contractuales.

2. Aunque la modificación de los alcances del convenio arbitral no implique la novación de las obligaciones contractuales, una modificación como esa potencialmente podría generar problemas a las partes: Los derechos de los terceros.

Hasta aquí hemos explicado el por qué consideramos que modificar la cláusula de resolución de conflictos de un contrato, en el marco de su renegociación, variando la jurisdicción o la competencia de los tribunales, no tiene como consecuencia la novación de las obligaciones del contrato.

En esta parte de nuestro análisis, lo que nos interesa destacar es que esa conclusión no supone que una modificación contractual como la que venimos analizando se encuentre libre de potenciales contingencias, las mismas que dependerán de la existencia o no de terceros que hayan garantizado esas obligaciones.

Nos explicamos.

Al haber establecido que el cambio de la cláusula de resolución de conflictos en los términos precisados no implica la novación de las obligaciones del contrato, en buena cuenta hemos afirmado que ese cambio no conlleva la extinción de las obligaciones originales y, con ello, de sus accesorios, ni su sustitución por nuevas obligaciones.

Como resulta evidente, ese cambio tiene injerencia directa en la relación jurídico patrimonial que vincula a las partes del contrato, que son quienes además acuerdan la modificación de su convenio arbitral.

Pero la situación es distinta en lo que concierne a terceros que son titulares de derechos y obligaciones derivados de ese contrato, quienes tendrán fundamentos jurídicos para alegar que todo cambio que altera las condiciones vinculadas a la jurisdicción o competencia de los tribunales afecta su relación con las partes y que lo que se resuelva aplicando las nuevas reglas no les resulta, por ende, oponible.

Para ilustrar mejor lo señalado, pensemos en la figura del garante y del acreedor cedente.

a) El tercero garante.

Imaginemos que A y B celebran un contrato e incorporan una cláusula de jurisdicción por la que someten sus controversias a un tribunal arbitral administrado por determinado centro de la ciudad de Lima. G acepta garantizar la obligación que A asumió frente a B en mérito del contrato celebrado entre ambos y que cuenta con tal cláusula en torno a la jurisdicción.

En este esquema, resulta evidente que G es un tercero respecto de la relación jurídica patrimonial que vincula a A y B; no obstante, y como también es evidente, nadie puede negar que en su calidad de garante le resulta relevante la materia de la jurisdicción. Y le resulta relevante porque, en definitiva, la obligación que habría asumido G en su calidad de garante, deberá ejecutarse en caso de incumplimiento de A y, las controversias o problemas que se deriven de esa situación de incumplimiento, serán competencia del tribunal arbitral que se constituya en función del convenio arbitral originalmente pactado.

Reconociendo que G, como garante, sí se verá afectado por el cambio de jurisdicción, pues la misma cobra relevancia, precisamente, en las situaciones de incumplimiento que conllevan a que su obligación devenga en exigible, es que ese cambio de jurisdicción o de competencia de los tribunales no podría serle oponible.

En otras palabras, aunque el cambio de jurisdicción o de competencia sea válido y eficaz entre A y B, no sería eficaz respecto de G. Y es que no se puede forzar un cambio como ese en un tercero garante, porque en la relación jurídica que ese tercero garante tiene con el deudor o el acreedor garantizado, tal cambio sí es sustancial, pues modifica un aspecto esencial de la relación de garantía que los vincula. Y es esencial ya que afecta el derecho de defensa del tercero garante, en tanto supone despojarlo de la jurisdicción en mérito de la cual se obligó a garantizar un determinado crédito.

La posición que estamos delineando concuerda perfectamente con el principio de buena fe⁷ que rige nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel general como contractual.

De manera específica, nuestra posición evita que se propicien o favorezcan conductas oportunistas que, como tales, califican también como claras manifestaciones de abuso del derecho.

Al respecto, cabe indicar que el abuso del derecho es un principio general del Derecho admitido, con autonomía, en el Derecho actual y de común aplicación jurisprudencial.⁸ Como principio general del Derecho, es aplicable a todos los ámbitos y relaciones.

Partiendo de esta premisa, debemos señalar que, como toda institución jurídica, el abuso del derecho atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo y ahí sí cabría su estudio dentro de la Teoría General del Derecho.

En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de responsabilidad civil —cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo— o bien a las reglas de la ineficacia —cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva—. ⁹

Así, el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho se presentan únicamente en el caso en que se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece sin embargo de una expresa norma del Derecho positivo que le permita, en este nivel del Derecho, fundamentar su posición.

⁷ Afirma Díez-Picazo que la buena fe ya no es un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que tiende a una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del Derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus relaciones recíprocas. Esto significa varias cosas. Así, deben adoptar un comportamiento lineal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones. Igualmente, deben comportarse legalmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Prólogo*. En: *El principio general de la buena fe*. WIEACKER, Franz. (Madrid: Editorial Civitas, 1982. 11-13).

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del derecho". En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Director: Walter Gutiérrez. (Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Tomo II), 172.

⁹ ESPINOZA, Juan. "Ejercicio abusivo del derecho". En: *Código Civil. Comentado por los 100 mejores especialistas*. Director: Walter Gutiérrez. (Lima: Gaceta Jurídica, 2003, Tomo I), 24.

En esta situación, la persona afectada debe recurrir al principio que indica que la ley no ampara el abuso del derecho cuando se afecta antisocialmente un legítimo interés que no se encuentra protegido por norma expresa del Derecho positivo.¹⁰

Desde esta perspectiva, el legítimo interés del tercero garante, en el sentido de que las condiciones iniciales que determinaron que garantizara la obligación de un deudor frente a su acreedor no se modifiquen, constituye un elemento que determina que no pueda oponérsele los efectos de la modificación de la jurisdicción o de la competencia de los tribunales. Y es que, si bien A y B tienen el derecho a modificar la cláusula de jurisdicción de su contrato o, por ejemplo, modificar las condiciones de su convenio arbitral, ello no significa que puedan forzar al tercero garante a aceptar tal cambio en perjuicio de sus intereses. Si el tercero no acepta el cambio, el mismo no debería serle oponible, pues de lo contrario se validaría una situación de abuso.

b) El acreedor cedente.

La situación es similar cuando no estamos frente a un tercero garante en el sentido estricto del término, es decir, uno que ha otorgado una garantía a ser ejecutada en caso de incumplimiento del deudor garantizado.

Al respecto, cabe pensar en un acreedor cedente que, mediante cesión, cede a favor del acreedor cesionario uno de los créditos de los que es titular en el marco de un contrato que lo vincula con el deudor cedido.

Ese acreedor cedente no ha otorgado una garantía que pueda ejecutarse en caso el acreedor cesionario no pueda ver satisfecho su crédito al intentar cobrarle al deudor cedido, porque un tribunal determina que el crédito no existe o no es exigible. Dicho acreedor cedente no tiene la calidad de garante contractual, no obstante, en mérito de lo dispuesto por el artículo 1212 del Código Civil,¹¹ va a tener que responder frente al acreedor cesionario en los supuestos contemplados por dicha norma. Eso lo configura como garante en virtud del mandato de la ley.

En un cuadro como ese resulta evidente que si el acreedor cedente transfiere un crédito de origen contractual y ese contrato tenía una cláusula arbitral en la que se establecía que el proceso por el que se debieran resolver las controversias debía ser de derecho y sujeto a las reglas de determinado centro de arbitraje, el acreedor cesionario que pretende cobrar el crédito al deudor cedido, deberá hacerlo al amparo de esa cláusula arbitral.

Este presupuesto afecta directamente tanto la relación jurídica que vincula al acreedor cesionario con el acreedor cedente, como aquella que lo vincula con el deudor cedido,

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del derecho". En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Op. cit.*, Tomo II, 2005, p. 172.

¹¹ Artículo 1212.- "El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto".

máxime cuando, en estricto, esas relaciones jurídicas, aunque vinculadas en función de la cesión, son independientes.

Centrándonos en la primera de las relaciones, podemos afirmar que si el acreedor cesionario no invocara la cláusula arbitral del contrato del que deriva el crédito cedido o pretendiera recurrir a una vía distinta a la prevista en esa cláusula, el deudor cedido podría deducir una excepción de incompetencia. Y es que la cesión de un crédito no puede despojar de validez y eficacia a esa cláusula arbitral, pues hacerlo implicaría vulnerar los derechos del deudor cedido quien, en ejercicio de su autonomía privada, acordó con el acreedor cedente que cualquier reclamo vinculado al crédito se resolvería en un arbitraje administrado por determinado centro. La cesión de crédito, de la cual no participó el deudor cedido, no puede afectar su derecho a que aplique el convenio arbitral. Sostener algo distinto iría en contra de la lógica del Derecho de Obligaciones y Contratos.

Ese mismo razonamiento resulta aplicable a la relación que vincula al acreedor cedente y al acreedor cesionario, relación en virtud de la cual, en aplicación del artículo 1212 del Código Civil, el primero debe responder cuando el segundo no logra satisfacer el crédito cedido debido a que se determina que el mismo no existe o no es exigible. Y ese razonamiento es idéntico porque, como en el caso anterior, el acreedor cedente no puede ser forzado a renunciar al convenio arbitral que pactó como mecanismo para solucionar los conflictos vinculados al crédito cedido.

Es así que, si el acreedor cesionario y el deudor cedido acordasen modificar el convenio arbitral de modo que el arbitraje no sea administrado por el centro de arbitraje que figura en el contrato del que deriva el crédito cedido, tal acuerdo no le será oponible al acreedor cedente. En otras palabras, el acuerdo del acreedor cesionario y del deudor cedido solo surtirá efectos entre ambos, por lo que el laudo que se emita en el arbitraje que inicia el acreedor cesionario, en razón del nuevo convenio arbitral que el acreedor cedente no ha aceptado, no podrá surtir efectos contra este último.

Esto es fácil de entender cuando se toma en cuenta que la cláusula arbitral del contrato del que deriva el crédito cedido, única y exclusivamente puede ser modificada por las partes del contrato. El acreedor cesionario, aunque titular de un crédito contractual derivado de la cesión, no ha sustituido al acreedor cedente en su condición de parte contractual. La cesión solo le otorga la posibilidad de reclamar aquello que le correspondía al acreedor cedente y con los límites del contrato que vincula al acreedor cedente y al deudor cedido.

Si ante la negativa del deudor cedido de pagar el crédito cedido, acuerda con éste que su controversia sea sometida a la jurisdicción o la competencia de tribunales distintos a aquellos que se han fijado en la cláusula arbitral suscrita por el acreedor cedente y el deudor cedido, tal acuerdo no modifica el convenio arbitral original, sino que en realidad crea uno nuevo, del cual serían partes únicamente el acreedor cesionario y el deudor cedente. Lo que se resuelva en el arbitraje que se inicie en el marco de ese nuevo convenio arbitral del que no ha sido parte el acreedor cedente, no podrá afectarlo. No debe olvidarse que lo resuelto en un laudo no alcanza a terceros, sino que se encuentra limitado por el convenio arbitral, siendo exigible únicamente a las partes que lo pactaron y que resolvieron su controversia en un arbitraje derivado de dicho convenio.

En nuestro ejemplo, entonces, podemos afirmar que los efectos del laudo que se emita por un convenio arbitral distinto a aquel que originalmente pactaron el acreedor cedente y el deudor cedido, no alcanzarán la esfera jurídica del acreedor cedente si este no ha participado del acuerdo modificatorio ni ha aceptado someterse a él. Es decir, siempre que el acreedor cedente no declare su voluntad de modificar la cláusula arbitral, cualquier acuerdo del acreedor cesionario y del deudor cedido no le resulta vinculante.

En términos prácticos, esto significa que si eventualmente en ese proceso iniciado al amparo de una cláusula arbitral distinta de aquella acordada por el acreedor cedente y el deudor cedido, el tribunal arbitral declarase que el crédito que pretende cobrar el acreedor cesionario no existe o no es exigible, este último no podría invocar el artículo 1212 del Código Civil contra el acreedor cedente. Y es que el laudo en cuestión se habría emitido en un proceso que simplemente no vincula al acreedor cedente, por derivar de un acuerdo modificatorio del convenio arbitral que nunca aceptó.

Entonces, en el ejemplo que hemos delineado, cabe advertir que el acreedor cedente, en su calidad de tercero respecto a la relación que vincula al acreedor cesionario y al deudor cedente, no puede ser forzado a aceptar los cambios que estos acuerden respecto de la jurisdicción o la competencia de los tribunales que resolverán los conflictos vinculados al crédito cedido. El carácter vinculante de ese acuerdo modificatorio solo alcanza a quienes lo pactan.

Por lo expuesto podemos afirmar que siempre que no haya terceros que puedan verse afectados por el cambio de jurisdicción, en estricto, el acuerdo por el cual se modifica la jurisdicción aplicable a un contrato no debería generar problemas para las partes.

Empero, de haber terceros en calidad de garantes, estos podrían alegar que el cambio en materia de jurisdicción no les resulta oponible, por suponer un cambio sustancial de la obligación que garantizaron, máxime cuando la garantía, sea contractual o de fuente legal, solo resulta ejecutable en circunstancias en las que haya una situación de incumplimiento que amerite, precisamente, la aplicación de la cláusula de resolución de conflictos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: ¿Y SI LO QUE SE MODIFICA ES LA LEGISLACIÓN APLICABLE?.

Durante el desarrollo de este artículo, hemos establecido que el cambio de jurisdicción o de la competencia de los tribunales, en sí mismos y de manera general, no califican como elementos que puedan considerarse como fuente de novación.

No obstante, también hemos anotado que siempre que esa modificación afecte el derecho de terceros, estos podrían cuestionar las decisiones que potencialmente adopte el tribunal competente de la nueva jurisdicción.

Partiendo de esas conclusiones, consideramos interesante advertir que, a diferencia de lo que ocurre con un cambio de la jurisdicción o competencia de los tribunales, que afecta solo

el dónde y el quién resolverá las controversias derivadas de la refinanciación o renegociación de un contrato, el cambio de legislación modifica el conjunto de reglas imperativas y supletorias que integran el marco normativo del dicho acto jurídico y, por ende, sí puede calificar como un elemento susceptible de generar la novación de las obligaciones.

Es así que, en nuestra opinión, el cambio de legislación sí es sustancial y afecta todas las obligaciones del contrato, las que tendrían que ser interpretadas y ejecutadas en función de un marco normativo contractual distinto y no equiparable.

Nos explicamos.

El principio sobre el cual se estructura el Derecho de Contratos, es el de la autonomía privada o negocial, el cual es ante todo libertad de contratación, esto es, la libre opción del individuo para constituir o no relaciones contractuales eligiendo, además, al otro contratante. Implica, asimismo, la facultad de establecer el contenido del contrato, su configuración interna; en definitiva, las reglas por las cuales se regirá.

No obstante lo anterior, la autonomía privada no es ilimitada. Entre los límites se encuentran las normas imperativas, las mismas que pueden definirse como instrumentos mediante los cuales el ordenamiento jurídico resguarda valores superiores, restringiendo para ello la autonomía privada.

Desde esa perspectiva, las normas imperativas constituyen la fuente esencial de la integración imperativa.

La integración imperativa no suple un acuerdo faltante, sino más bien se superpone a un acuerdo existente, pero que es desaprobado por el ordenamiento jurídico por violar intereses o valores preeminentes. Los contenidos desaprobados son expulsados del reglamento contractual, a pesar de que son queridos por las partes. Por consiguiente, la integración imperativa es antagonista de la autonomía privada.¹²

Pero además de las normas imperativas, el Derecho contractual incluye normas de carácter supletorio, las cuales pueden describirse como normas sobre las cuales las partes sí pueden disponer, por lo que también se les denomina normas dispositivas. Su objetivo consiste en reducir los costos de transacción, cumpliendo con ello, además, una importante función integradora, en la medida de que cubren vacíos dejados por los propios contratantes.

Lo anterior se relaciona con lo que Richard Posner¹³ identifica como una función esencial del Derecho contractual, esto es, completar el acuerdo de las partes mediante una inserción de las cláusulas faltantes. Esta función se relaciona también con el carácter secuencial del cumplimiento contractual. Entre más prolongado sea el cumplimiento, más difícil será para las partes prever las diversas contingencias que podrían afectar el cumplimiento. Además, es tan poco probable que algunas contingencias se materialicen, que los costos de una

¹² ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2009), 465.

¹³ POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. (México. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992), 92-93.

redacción cuidadosa para tratarlas podrían superar los beneficios.¹⁴ La tarea del legislador consistiría en cubrir, por medio de normas supletorias, los vacíos del contrato, a fin de que encuentre remedio una contingencia que las partes no quisieron estipular, lo que supone imaginar cómo habrían prevenido las partes la contingencia si hubiesen decidido hacerlo.

El Derecho de Contratos, desde esta perspectiva, cumple una importante función informativa que evita el establecimiento de las condiciones generales en la negociación particular de todas las contingencias, a veces no previstas, o cuya previsión solo puede realizarse a muy elevado costo; minimizando, de esa manera, el costo total del intercambio. En ese sentido, el Derecho se superpone sobre la autonomía de las partes. Solo cuando los beneficios esperados de una alteración del derecho positivo son superiores a los costos de la modificación, la regla privada aparece como necesaria.¹⁵

Entendiendo que a partir del Derecho contractual, al permitir tanto la integración supletoria como la integración imperativa, podemos reconocer que el cambiar la legislación aplicable de un contrato califica como una modificación que afecta de manera sustancial todos los acuerdos adoptados por los contratantes. Y es que se deberá aplicar las normas imperativas y supletorias de una legislación distinta de aquella que originalmente fue prevista. Salvo que la nueva legislación no contenga normas imperativas o supletorias distintas a aquella de la legislación original, sí se está afectando la manera en que deberá ejecutarse e interpretarse el contrato y las obligaciones contractuales derivadas de este.

Partiendo de ese presupuesto, sería posible sostener que la modificación de la legislación aplicable a un contrato sí califica como un supuesto susceptible de generar la novación de las obligaciones contractuales.

De esta forma, de pactarse tal cambio, cabría sostener que el mismo califica como una modificación sustancial, en la medida en que supone variar el marco normativo del Contrato de Préstamo y, con ello, las normas imperativas y supletorias que regirán las obligaciones contractuales asumidas por los contratantes. Siendo ello así, resultaría posible alegar que habría operado la novación de esas obligaciones, ya que, en lo no previsto en el contrato deberían aplicarse las reglas del Derecho del país que se elija y no las del derecho del país que se haya estipulado originalmente. La ejecución de las obligaciones y su interpretación, por ende, estarían sujetas a una regulación diferente y no equiparable.

Finalmente, solo nos queda recomendar que cualquier modificación sustancial de un contrato sea sometida a valoración para establecer si existe el riesgo de que ella sea tomada como causa de la novación de obligaciones y, con ello, la pérdida de las garantías respectiva.

¹⁴ En esta línea, Alfredo Bullard destaca que la razón por la que existen normas supletorias, consiste en evitar que las partes sean compelidas a negociar y redactar todos los términos de un contrato. Ello llevaría a tener que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero. De no existir normas supletorias, todos los contratos tendrían una extensión, por lo menos, equivalente a la que tiene la parte de contratos del Código Civil. Los costos de la negociación necesaria para lograr ello serían sustantivos. (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?" *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. (Lima: Palestra Editores, 2003), 241.

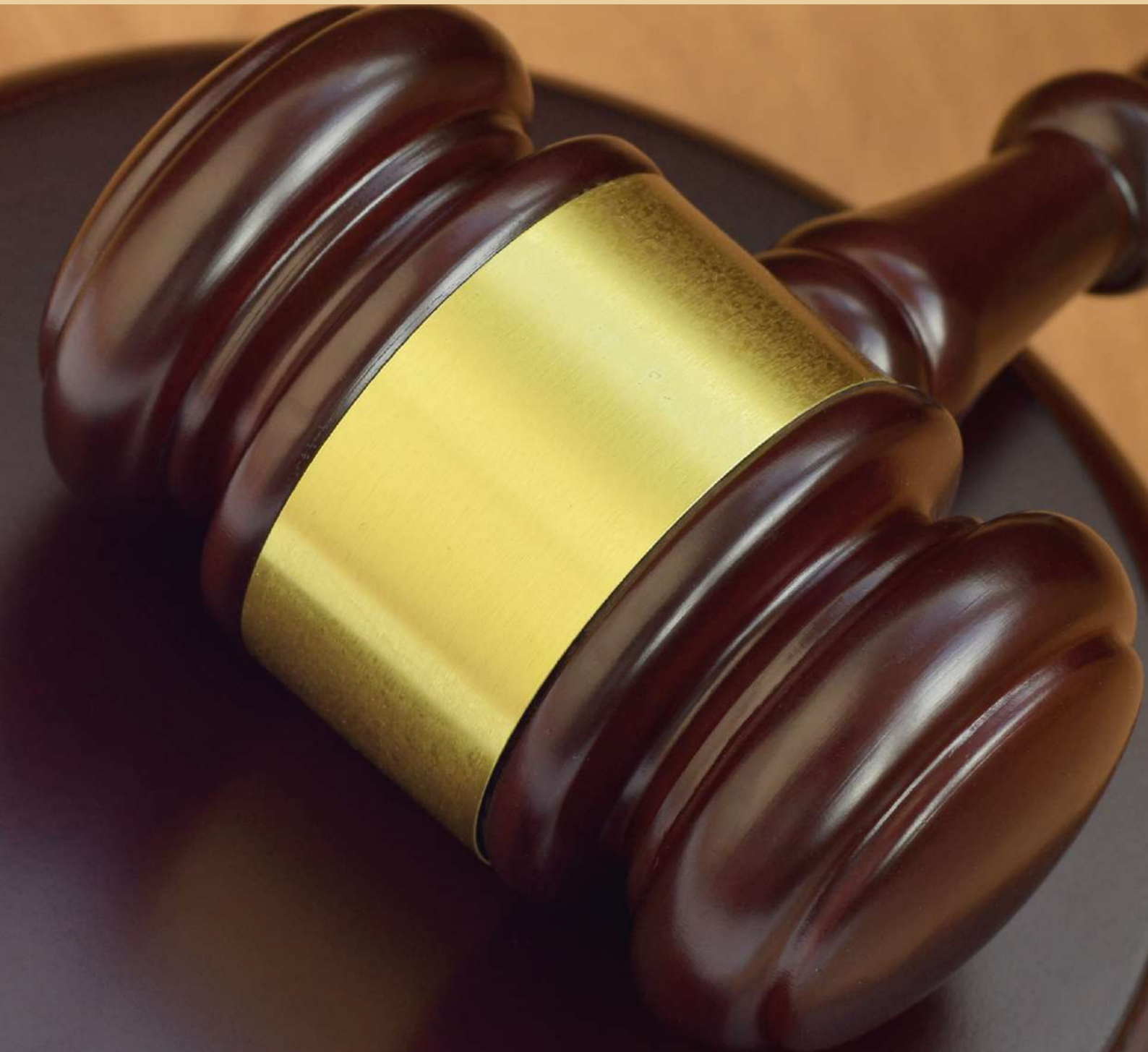
¹⁵ TORRES LÓPEZ, JUAN. *El Análisis Económico del Derecho*. (Madrid: Panorama Doctrinal, 1987), 58.

Debe valorarse también la manera en que esa modificación puede afectar a los terceros vinculados al contrato, ya que ello podría también generar contingencias a los contratantes.

Sin perjuicio de esa valoración, será conveniente que en el acuerdo modificatorio se incluya una declaración general por la que se informa que las partes no tienen intención de novar, siendo conveniente también una declaración por la que se precise que la voluntad de ambos contratantes es modificar las obligaciones y no extinguirlas, por lo que ninguno de los acuerdos de la refinanciación afectaría de modo alguno las garantías o demás aspectos accesorios que puedan vincularse a las obligaciones objeto de modificación.

BIBLIOGRAFÍA.

- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. 2003. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?" *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- CASTILLO FREYRE, Mario. 2017. *Derecho de las Obligaciones. Colección Lo Esencial del Derecho 13*. Colaboradora: ROSAS BERASTAIN, Verónica. Lima: Fondo editorial PUCP.
- DíEZ-PICAZO, Luis. 1982. *Prólogo*. En: *El principio general de la buena fe*. WIEACKER, Franz. Madrid: Editorial Civitas.
- ESPINOZA, Juan. 2003. "Ejercicio abusivo del derecho". En: *Código Civil. Comentado por los 100 mejores especialistas*. Director: Walter Gutiérrez. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo I.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 2005. Abuso del derecho. En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Director: Walter Gutiérrez. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. 2020. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: RIMAY EDITORES SAC.
- PRIORI POSADA, Giovanni F. 2004. La competencia en el proceso civil peruano. *Derecho & Sociedad*, (22), abril.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16797>
- POSNER, Richard A. 1992. *El Análisis Económico del Derecho*. México. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- ROPPO, Vincenzo. 2009. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TORRES LÓPEZ, JUAN. 1987. *El Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Panorama Doctrinal.



LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO Y EL CONSENTIMIENTO

Autores:
José Tam Pérez
Gonzalo Chirinos Vidaurrazaga

Recibido: 24/7/2021
Aceptado: 10/8/2021

LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO Y EL CONSENTIMIENTO

THE RELATIONSHIP BETWEEN BY-LAW ARBITRATION AND CONSENT

José Tam Pérez¹
Gonzalo Chirinos Vidaurrazaga²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El consentimiento y su relación con el arbitraje.
- III. La regulación del arbitraje estatutario en el Perú.
- IV. El anteproyecto de reforma de la LGS y los cambios introducidos en materia de arbitraje estatutario.
- V. Reflexión final.

Resumen

Con ocasión de la publicación del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, los autores abordan los principales desafíos procesales que la implementación de esta nueva regulación traerá consigo para el arbitraje estatutario en el Perú.

Para tal efecto, se analizará el rol del consentimiento en el arbitraje y la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Posteriormente, se discutirán los alcances del arbitraje estatutario, así como las partes llamadas a intervenir en una disputa de este tipo. Estos elementos servirán de insumos teóricos para comentar el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades y los cambios que introduce al respecto.

Palabras clave: *arbitraje estatutario; Ley General de Sociedades; consentimiento; convenio arbitral; partes.*

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Estudios de Doctorado en Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Litigios y Arbitraje. Socio a cargo de las áreas de Litigios, Arbitraje e Inversiones Asiáticas del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Actualmente preside la Cámara de Comercio Peruano China.
Correo electrónico: jtam@estudiorodrigo.com

² Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Arbitraje Transnacional y Solución de Disputas por Sciences Po, Paris. Especialista en Litigios y Arbitraje. Asociado senior del área de Litigios y Arbitraje del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Correo electrónico: gchirinos@estudiorodrigo.com

Abstract

Following the publication of the new General Companies Law, the authors address the main procedural challenges its implementation will impose on by-law arbitration in Peru.

To this end, the authors analyze the role of consent in arbitration, and the extension of the arbitration agreement to non-signatory parties. Subsequently, the scope of by-law arbitration will be discussed in depth, as well as the parties called to intervene in this kind of disputes. These elements will serve as theoretical inputs to comment on the project of the new General Companies Law and the changes it introduces in this regard.

Key words: *by-law arbitration; Companies Law; consent; arbitration clause; parties.*

I. INTRODUCCIÓN.

Las sociedades son una herramienta que el derecho ofrece a los empresarios para ordenar y desarrollar su actividad económica. De acuerdo al recordado profesor Julio Salas Sánchez, son el medio por el cual los individuos persiguen dos fines: el desarrollo de un negocio común y la distribución de las ganancias³. Son un vehículo para la realización de la actividad empresarial⁴. Para lograr tal fin, los socios segregarán parte de su patrimonio y lo destinarán a una actividad económica específica. Esto impide que los activos aportados puedan ser tomados por los acreedores de los socios. En otras palabras, la responsabilidad se queda en la sociedad⁵.

Como cualquier actividad humana, las sociedades se organizan en torno a ciertas normas adoptadas al momento de su constitución. Estas reglas se encuentran recogidas en el estatuto. La Ley General de Sociedades ("LGS") establece una serie de elementos que obligatoriamente deberán ser regulados en el estatuto, como es el caso de la denominación, el objeto social, el domicilio, entre otras cuestiones⁶. Un aspecto que no necesariamente debe ser regulado en el estatuto de una sociedad, pero de vital importancia para la resolución de conflictos intrasocietarios, es el convenio arbitral estatutario. Pese a la relevancia de esta figura en el campo societario, ni la literatura ni la legislación le han brindado el papel que merece.

El presente artículo pretende abordar el arbitraje estatutario desde la perspectiva del litigio, con la finalidad de compatibilizar las ventajas de esta figura societaria con las características del arbitraje como sistema de resolución de disputas. Para tal efecto, brindaremos algunas notas sobre la relación entre el consentimiento y el arbitraje; así como los sujetos llamados a ser parte de un proceso arbitral. Posteriormente, señalaremos algunos alcances respecto a la regulación vigente del arbitraje estatutario

³ Salas Sánchez, Julio. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. 1era. ed. (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 17.

⁴ Payet, José Antonio. "Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de las Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías". *THEMIS - Revista de Derecho* 46 (2003): 77-103.

⁵ Hundskopf Exebio, Oswaldo, José Antonio Payet Puccio, Alfonso Montoya Stahl y Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón. "Mesa Redonda: Reforma de la Ley General de Sociedades en el Perú". *THEMIS - Revista de Derecho* 72 (2017): 237-257.

⁶ Dichos elementos se encuentran previstos en el artículo 55° de la LGS.

y los alcances subjetivos del convenio arbitral estatutario. Finalmente, comentaremos el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, debido a que parece repetir la misma lógica de la LGS actual, dejando algunas preguntas irresueltas en lo referido al consentimiento.

II. EL CONSENTIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE.

Tradicionalmente se ha dicho que la piedra angular del arbitraje comercial, es el consentimiento⁷. Como señala Born, “*unless the parties have agreed to arbitrate, there is no obligation to arbitrate and there can be no valid arbitral determination of their rights*”⁸. Este acuerdo para recurrir al arbitraje, se plasma de manera concreta en el convenio arbitral. A través de este último, las partes renuncian a la posibilidad de recurrir a la jurisdicción estatal para dirimir sus controversias patrimoniales. En su lugar, se obligan a resolver cualquier incertidumbre o controversia jurídica que surja en el devenir de su relación contractual ante un árbitro o tribunal arbitral⁹.

La Ley de Arbitraje peruana –inspirada principalmente por la versión del año 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL¹⁰– reconoce en su artículo 13° el origen convencional del convenio arbitral. Este asunto no es discutido por la doctrina¹¹ o la jurisprudencia¹². El arbitraje nace de un acuerdo de voluntades¹³ y, como tal, debe ser respetado, tanto en sus aspectos objetivos (materias sometidas a arbitraje) como en los subjetivos (quiénes serán parte del arbitraje).

Sobre la extensión subjetiva del convenio arbitral (*ratione personae*), Santistevan de Noriega comenta que si bien –en principio– este tiene únicamente efectos entre las partes que lo suscribieron (principio *res inter alios acta*), la práctica arbitral admite excepciones¹⁴. Nos referimos concretamente a la extensión del convenio arbitral a partes

⁷ Jourdain-Fortier, Clotilde. “Chapter 2: Access to Justice and Arbitration: Is Consent to Arbitrate Still at Stake?”. En *Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice*, ed. por Leonardo V.P. de Oliveira y Sara Hourani. (Kluwer Law International, 2020), 37.

⁸ Born, Gary. “Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration”. En *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. (Kluwer Law International, 2020), 97. (“A menos que las partes hayan acordado arbitrar, no hay obligación de arbitrar y no puede haber u fallo arbitral válido sobre los derechos de las partes”) (Traducción libre).

⁹ Santistevan de Noriega, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. *Revista Peruana de Arbitraje* 8 (2009), 17-49.

¹⁰ Bullard Gonzáles, Alfredo, y Carlos Soto Coaguila. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011), XIX.

¹¹ Sobre el particular, véase Barchi Velaochaga, Luciano. “El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071”. *Ius et Praxis* 44 (2013), 81-124

¹² En la sentencia recaída en el Expediente N° 06167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: “Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral (Fundamento jurídico 15)”.

¹³ Cantuarias Salaverry, Fernando, y Roque J. Caivano. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Salto a la Modernidad”. *Revista Peruana de Arbitraje* 7 (2008), 43-84.

¹⁴ Santistevan de Noriega, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. *Revista Peruana de Arbitraje* 8 (2009), 17-49.

no signatarias. En el caso peruano, a nivel legislativo¹⁵, se ha consagrado la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes que no hayan suscrito formalmente el acuerdo, siempre y cuando se pueda presumir que han brindado auténticamente su consentimiento a arbitrar, a partir del principio de la buena fe¹⁶¹⁷.

Antes de culminar esta sección, queremos ser sumamente claros en el siguiente aspecto: los terceros no están llamados a participar del proceso arbitral. A diferencia de la regulación procesal, la Ley de Arbitraje no distingue entre partes y terceros. Como explica Bullard, “[a] quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria”¹⁸. Esto es así en la medida que –como hemos visto– el convenio arbitral tiene un carácter convencional y; por tanto, únicamente se extiende a quienes lo suscribieron o a aquellos que, por medio de conductas u omisiones, hayan brindado implícitamente su consentimiento a arbitrar¹⁹. En consecuencia, a un tercero no se le extenderán los efectos de un convenio arbitral ni mucho menos podrá participar en el proceso arbitral que se origine con ocasión de este. Desde nuestra perspectiva, esta misma reflexión es aplicable al arbitraje estatutario.

III. LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN EL PERÚ.

El arbitraje estatutario es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos intrasocietarios²⁰. A través de esta institución, el legislador concibió la posibilidad de incluir un convenio arbitral en el pacto social o el estatuto en virtud del cual los socios o personas vinculadas resuelvan sus controversias en el fuero arbitral. Como contrapartida, en caso así lo pactasen, dichas personas se verían impedidas de acudir al Poder Judicial para solucionar los conflictos sometidos a tal convenio²¹.

¹⁵ La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias ha sido recogida en el artículo 14° de la Ley General de Arbitraje, en los siguientes términos: “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.”

¹⁶ Bullard Gonzáles, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana”. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (2012), 21-44.

¹⁷ Para un estudio más detallado sobre la interpretación esbozada por los tribunales arbitrales internacionales respecto a la incorporación de partes no signatarias al proceso arbitral, véase Alvarado Giraldo, Jorge Luis, y Julio Olórtegui Huamán. “El consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: Comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas”. *Themis – Revista de Derecho* 77 (2020), 161-177.

¹⁸ Bullard Gonzáles, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana”. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (2012), 21-44.

¹⁹ Ya sea porque hubieran participado activamente en la celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado, o porque pretendan invocar derechos o beneficios derivados del mismo.

²⁰ Sin embargo, es un mecanismo de resolución de conflictos bastante particular. Como señala Hundskopf, el convenio arbitral estatutario es una figura de excepción, ya que no es posible identificar desde un inicio a las partes ni el contenido de una potencial controversia que surja al interior de la sociedad.

Para mayor detalle, consúltese a Oswaldo Hundskopf Exebio, “Sexta.- Arbitraje estatutario”, en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo II*, coordinadores Alfredo Bullard Gonzáles y Carlos Soto Coaguila (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011), 84-85.

²¹ Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. (Lima: Editora Normas Legales, 1999), 128.

En el Perú, son dos las normas que regulan este tipo de arbitraje: la LGS²² y la Ley General de Arbitraje²³. Ambas normas prescriben, por un lado, que el convenio arbitral estatutario alcanza a los socios, accionistas, directores, administradores, representantes y funcionarios de la sociedad (*ratione personae*). Por otro lado, el convenio abarca las controversias que surjan entre la sociedad y sus miembros, entre ellos mismos, así como las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos adoptados al interior de la sociedad (*ratione materiae*).

Como podrán advertir rápidamente nuestros lectores, la normativa peruana establece una regulación especial para las partes que forman parte del convenio arbitral estatutario. Pero, ¿acaso estas disposiciones son armónicas con la noción del consentimiento? La mejor manera de responder dicha interrogante es analizar estas provisiones, respecto de las características de las personas a las que afecta. Para tal efecto, primero nos referiremos a los accionistas, luego a los órganos societarios (directores y gerencia) y, finalmente, al resto de miembros de la sociedad (representantes y otros funcionarios).

Respecto de los socios, la primera impresión que uno obtiene al leer ambas disposiciones es que el acuerdo no solamente alcanza a los socios y accionistas primigenios de la sociedad, sino a toda aquella persona que se incorpore o retire posteriormente de la misma. Esto se justifica en la *affectio societatis* común de todos los socios primigenios que tomaron aquella decisión. Los demás, quienes entran después a la sociedad, se deberán ajustar a las reglas de juego ya fijadas²⁴.

De hecho, como indica Amico Anaya, “la adquisición de la calidad de socio implica el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones que, por emanar de la adhesión

²² **Ley 26887, Ley General de Sociedades**

Artículo 48.- Arbitraje

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.

El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.

²³ **Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje**

Sexta Disposición Complementaria.- Arbitraje estatutario

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

²⁴ Esto es así en la medida que, como relata Malarriga, “[e]l contrato de sociedad subsiste como tal durante toda la vida de la sociedad. No es un acto jurídico que se agote con el intercambio de prestaciones, como la compraventa; por el contrario, es el permanente y necesario respaldo del sujeto por él creado [...]”. Véase en Montoya Stahl, Alfonso, “«Uno es compañía...». La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú”, *Ius et Veritas* 40 (2010): 172-195.

a un contrato instrumental de ejecución continuada, *subsisten en el tiempo*²⁵. En este caso, la adopción de un convenio arbitral en el pacto social o el estatuto es una obligación que subsiste en el tiempo para todos aquellos que formaron o formarán parte de la sociedad en un futuro.

Hasta este punto, no hay mayor tensión entre el arbitraje estatutario y el consentimiento. Ya sea porque los accionistas acordaron dicha regulación en el contrato de la sociedad (al constituirla), o porque brindaron su consentimiento de manera posterior al incorporarse a esta, los dos requisitos esenciales de todo convenio arbitral siguen en pie: (i) el compromiso inequívoco de que las partes desean arbitrar sus controversias; y, (ii) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se acudiría a arbitraje en caso se presente un conflicto entre las partes²⁶.

Pero, ¿qué pasa cuando los socios no incorporan el pacto del arbitraje estatutario al momento de constituir la sociedad? Aquí surge una situación interesante, que puede poner en entredicho el valor del consentimiento. Si una sociedad es constituida sin que su estatuto prevea el arbitraje estatutario, naturalmente sus conflictos se solucionarán ante la jurisdicción ordinaria: el Poder Judicial²⁷. Sin embargo, como los lectores saben, la Junta General de Accionistas de una sociedad puede modificar el estatuto. Para la modificación de un estatuto la LGS ha fijado reglas de quórum y mayorías especiales²⁸.

¿Qué ocurre si los socios modifican el estatuto incorporando al arbitraje estatutario como forma de solucionar los conflictos sociales? Por imperio de la LGS, a diferencia de la *affectio societatis* original, ahora ya no será necesario que todos estén de acuerdo. Podrán existir socios que, a pesar de estar en contra, se vean obligados a recurrir al arbitraje. ¿Dónde quedó el consentimiento? Esto es particularmente problemático si se tiene en cuenta que, frente a otras situaciones que ocasionan cambios estructurales en la sociedad, en desmedro de un grupo reducido de accionistas, la Ley prevé mecanismos de protección a su favor.

Según la LGS, hay acuerdos societarios que son considerados de tal relevancia que permiten que los accionistas se aparten de la sociedad, en caso dichas decisiones sean adoptadas y ellos no presten su consentimiento²⁹. Casos como el cambio del objeto

²⁵ Mateo Amico Anaya. "Derechos y obligaciones del accionista", en *Tratado de Derecho Mercantil* (Lima: Gaceta Jurídica, 2003), 468.

²⁶ Cantuarias Salaverry, Fernando. "El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572". *Derecho PUCP* 49 (1995): 237-261.

²⁷ **Constitución Política del Perú**

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

²⁸ El artículo 126° de la LGS establece que la modificación del estatuto requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto. El artículo 127° de este cuerpo normativo prevé que el acuerdo se adoptará con un número de acciones que represente, cuando menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

²⁹ De acuerdo con Ackerman, el derecho de separación del accionista es un derecho que le asiste principalmente a las minorías. De este modo, "ante la adopción de determinados acuerdos especialmente relevantes por parte de la mayoría, se les concede el derecho de retirarse o separarse de la sociedad, liquidando su inversión". A

social y la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones³⁰, permiten a los accionistas (generalmente, minoritarios) el ejercicio de este derecho. No sabemos si fue una opción legislativa o simplemente un vacío legal, pero la adopción del arbitraje estatutario de manera sobrevenida a la constitución de la sociedad no se encuentra comprendida como una situación que permita la separación de un socio. La experiencia comparada nos demuestra que ello ha sido objeto de debate y ha ameritado modificaciones legislativas recientes que incorporan este supuesto dentro de las causales que habilitan el derecho de separación³¹.

Continuemos con nuestro análisis. Como se adelantó, según la legislación vigente, los socios y accionistas no son las únicas partes llamadas a recurrir a arbitraje. En efecto, los directores, administradores, representantes y funcionarios de la sociedad también se encuentran obligados a ello. Así, el convenio arbitral estatutario alcanza tanto a los órganos societarios –los directores y la gerencia–, como al resto de miembros de la sociedad. Es posición de los autores de este documento que la extensión del convenio arbitral estatutario a los directores y el gerente general resulta razonable. Junto a la Junta General de Accionistas, los miembros del directorio y el gerente general forman parte los órganos de gobierno de una sociedad³². Sin ellos, la sociedad no podría realizar transacción comercial alguna ni mucho menos alcanzar su objeto social. Si esto es así, al momento que estos se incorporan a la sociedad, brindan implícitamente su consentimiento al convenio arbitral, debido a la relevante posición que asumirán dentro de los órganos sociales de la compañía³³.

Esto nos deja con el tercer grupo. Los administradores, gerentes (distintos del gerente general) y representantes de la sociedad. ¿Cómo y de qué manera prestaron su consentimiento para someter sus disputas a arbitraje? ¿Se puede asumir, siquiera que estuvieron en una situación razonable para representarse dicho consentimiento implícito. Este es un caso claro de opción legislativa. Al momento de redactar el sistema legal vigente para el arbitraje estatutario, el legislador decidió dejar el consentimiento de lado. La experiencia práctica nos enseña que, razonablemente, ninguna de las personas

mayor abundamiento, véase Daniel Abramovich Ackerman, “El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente”, *Ius et Veritas* 34 (2007): 169-170.

³⁰ El derecho de separación es excepcional. Por dicho motivo, las causales para gatillar la separación de un accionista de la sociedad son taxativas y se encuentran previstas en el artículo 200° de la LGS. Véase a Enrique Elías Laroza, *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*, (Lima: Editora Normas Legales, 1999), 468.

³¹ La nueva Ley de Arbitraje Brasil (Ley 13.129/2015) introdujo un cambio sustancial en la Ley de Sociedades Anónimas. A partir de su entrada en vigor, los accionistas que hubieran expresado su negativa a la inclusión sobrevenida del convenio arbitral en los estatutos de la sociedad podrían retirarse. De este modo, Brasil se coloca a la vanguardia y reconoce un mecanismo de protección para los accionistas minoritarios frente a un cambio estructural en el modelo de la sociedad, como lo es la incorporación del convenio arbitral estatutario. Por cuestiones de espacio, no profundizaremos en el impacto de la reforma legislativa mencionada. Sin embargo, no descartamos que puedan ser objeto de estudio de un siguiente artículo.

³² Salas Sánchez, Julio. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. 1era. ed. (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 86.

³³ De acuerdo a la teoría del asentimiento tácito, corresponde extender el convenio arbitral a una parte no signataria si de su conducta puede inferirse una aceptación implícita de los efectos del acuerdo. Este es el supuesto en el cual se coloca el artículo 14° de la Ley de Arbitraje, cuando señala que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que lo comprende. En este caso, los directores y el gerente general participan de manera activa en la ejecución de las normas que rigen la sociedad, por lo que el convenio arbitral les resulta oponible. Sobre el particular, consúltese a Roque J. Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration* 1 (2006): 121-162.

antes mencionadas recibe para su evaluación y posterior suscripción los documentos de constitución o cualquier modificación de los estatutos. Todas estas personas tienen vínculos que exceden lo societario. Son trabajadores, en su gran mayoría, y en el caso de los representantes, su vínculo proviene del derecho civil³⁴.

La ausencia de relación entre arbitraje y consentimiento respecto de este tipo de personas, entonces, es evidente. Es imposible hablar de consentimiento si, como ocurre en las relaciones laborales, estamos frente a una relación asimétrica, desigual, de subordinación³⁵. Mientras, en el caso de la relación civil, ni siquiera existe una manifestación de voluntad del representante para sujetarse a las normas que rigen la sociedad.

IV. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LGS Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN MATERIA DE ARBITRAJE ESTATUTARIO.

El 8 de agosto de 2014, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS emitió la Resolución Ministerial 0182-2014-JUS, mediante la cual constituyó un grupo de trabajo encargado de revisar y proponer actualizaciones a la LGS. Tres años después, el MINJUS emitió la Resolución Ministerial 0108-2017-JUS, a través de la cual se conformó un nuevo grupo de trabajo con el fin de mejorar la labor realizada por el anterior equipo de especialistas. Ello dio como resultado un Anteproyecto de una nueva Ley General de Sociedades en el 2018. Debido a los cambios que experimentó nuestro país a propósito de la pandemia del Covid-19, dicha propuesta fue actualizada en el año 2020³⁶.

A efectos del presente artículo, nos interesan resaltar dos modificaciones introducidas. La regulación sobre el derecho de separación, y la relativas a los alcances del convenio arbitral estatutario.

Por un lado, el artículo 180° del Anteproyecto de la LGS no incorpora ningún cambio sustancial en los supuestos que habilitan el ejercicio del derecho de separación³⁷. De hecho, la propuesta de reforma reproduce en su integridad las cuatro causales en virtud de las cuales procede recurrir a dicho mecanismo (artículo 200° de la LGS): (i) el cambio del objeto social; (ii) el traslado del domicilio de la sociedad al extranjero; (iii) la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y, (iv) el resto de casos que establezcan la LGS o el estatuto. Nuevamente, la incorporación de un convenio arbitral de manera sobrevenida en los estatutos de la sociedad no constituye un supuesto

³⁴ Las reglas sobre representación se encuentran recogidas en el Título III del Libro II del Código Civil; así como en el artículo 12 y ss. de la LGS.

³⁵ Kahn-Freund, Otto. "Capítulo I. Introducción. Reflexiones sobre Derecho y Poder", en *Trabajo y Derecho* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987), 58.

³⁶ Anteproyecto de la Ley General de Sociedades. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mayo de 2021 (Perú), 11.

³⁷ **Anteproyecto de la LGS**

Artículo 180.- Derecho de separación del accionista

180.1 La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

- a) La sustitución, ampliación o reducción sustanciales del objeto social, salvo que la modificación sea acordada conforme a lo estipulado en el numeral 117.3 del artículo 117.
 - b) El traslado del domicilio social al extranjero.
 - c) La creación de limitaciones a la transferencia de las acciones o la modificación de aspectos sustanciales respecto al régimen de transferencia de acciones.
 - d) En los demás que establezca la ley o el estatuto.
-

que habilita el ejercicio del derecho de separación. Así, aun cuando ello se trate de un cambio estructural, y pese a que existan accionistas que puedan encontrarse en desacuerdo con tal modificación, la Ley no reconoce (ni reconocerá) ningún mecanismo a fin de que los accionistas minoritarios puedan retirarse de la sociedad y liquidar su inversión.

Por otro lado, el artículo 48° de la LGS analizado *supra* (ahora, artículo 59° del Anteproyecto de la LGS) ha incorporado un pequeño pero relevante cambio en lo que concierne a los alcances objetivos del convenio arbitral estatutario.

Texto original	Texto modificado
<p>Artículo 48.- Arbitraje</p> <p>Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.</p> <p>El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.</p> <p>El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.</p> <p>El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.</p>	<p>Artículo 59.- Arbitraje</p> <p>59.1 El estatuto puede incluir un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, directores, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos y obligaciones, las relativas al cumplimiento del estatuto o la validez de los acuerdos, <i>las que versen sobre materias relacionadas con las correspondientes actividades de la sociedad</i> y para cualquier otra situación prevista en la presente ley.</p> <p>59.2 El convenio arbitral alcanza a los socios, directores, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.</p> <p>59.3 El estatuto puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.</p> <p>59.4 Toda referencia en la presente ley al juez o la autoridad judicial o similar se entiende que comprende al árbitro y a la autoridad arbitral, salvo en los casos en que la ley impida la intervención de un árbitro.</p> <p>59.5 Lo establecido en el presente artículo no afecta la validez y eficacia de los convenios arbitrales contenidos en convenios de accionistas u otros acuerdos.</p>

La fórmula consagrada en el Anteproyecto de la LGS repite prácticamente en su integridad la regulación actual en torno a los alcances subjetivos del arbitraje estatutario (lo cual

demuestra que el legislador no advirtió los problemas anotados previamente sobre la extensión del convenio arbitral estatutario a administradores, representantes y funcionarios). Sin embargo, la propuesta de reforma no se limita a ello. El artículo 59° del Anteproyecto establece que el convenio arbitral estatutario alcanzará controversias que “versen sobre materias relacionadas con las correspondientes actividades de la sociedad”. La imprecisión legislativa de este extremo de la norma genera un problema adicional en torno a los alcances del convenio arbitral estatutario, esta vez, de índole objetivo (*ratione materiae*).

El artículo 48° de la vigente LGS hace referencia exclusivamente a aspectos intrasocietarios como materias pasibles de ser sometidas a arbitraje. La inclusión de un concepto indeterminado (las materias relacionadas con las actividades de la sociedad) en la regulación extiende el ámbito de aplicación del convenio arbitral a límites poco precisos – por decir lo menos – los cuales van más allá de la propia sociedad. Esto va en contra del espíritu del convenio arbitral estatutario: solamente las partes del convenio están llamadas a arbitrar sus disputas a través de este mecanismo de resolución de conflictos. Si la compañía suscribe un acuerdo con una persona natural o jurídica que involucra asuntos relacionados con sus actividades, ¿el convenio arbitral resulta aplicable para dirimir una controversia que se suscite en el devenir de dicha relación contractual? La propuesta de modificación es potencialmente peligrosa y podría traer mayores problemas que soluciones.

V. REFLEXIÓN FINAL.

Lamentablemente, por razones de espacio, no es posible desarrollar más estos asuntos o comentar respecto de otros temas que, desde un punto de vista del litigio, la regulación sustantiva debe considerar.

La finalidad de los autores es poder iniciar un debate más profundo antes de la emisión de una nueva Ley General de Sociedades, en el que se discuta sobre la posibilidad de armonizar la regulación del arbitraje estatutario con la noción del consentimiento. O, también, si por opción legislativa, ello no resulta necesario para todos los casos. Ya nuestra legislación nos ha demostrado que es perfectamente posible que se presenten casos de arbitraje sin consentimiento.

Lo que se necesita, desde nuestro punto de vista, es que se pueda tener la certeza de que hubo un debate sobre el particular, y que se eligió la opción mejor sustentada.

BIBLIOGRAFIA.

- Ackerman, Daniel Abramovich. “El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente”. *Ius et Veritas*, 34 (2007), 169-175.
- Alvarado Giraldo, Jorge Luis, y Julio Olórtogui Huamán. “El consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: Comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas”. *Themis – Revista de Derecho*, 77 (2020), 161-177.
- Amico Anaya, Mateo. “Derechos y obligaciones del accionista”. En *Tratado de Derecho Mercantil*, 431-471. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

- Barchi Velaochaga, Luciano. "El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071". *Ius et Praxis*, 44 (2013), 81-124
- Born, Gary. "Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration". En *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, 7-250. Kluwer Law International, 2021.
- Bullard Gonzáles, Alfredo. "¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana". *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 2 (2012), 21-44.
- Bullard Gonzáles, Alfredo, y Carlos Soto Coaguila. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011), XIX.
- Caivano, Roque J. "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". *Lima Arbitration*, 1 (2006), 121-162.
- Cantuarias Salaverry, Fernando. "El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572". *Derecho PUCP*, 49 (1995), 237-261.
- Cantuarias Salaverry, Fernando, y Roque J. Caivano. "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Salto a la Modernidad". *Revista Peruana de Arbitraje*, 7 (2008), 43-84.
- Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, 1999.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Sexta.- Arbitraje estatutario". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo II*, coordinadores Alfredo Bullard Gonzáles y Carlos Soto Coaguila, 83-87. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo, José Antonio Payet Puccio, Alfonso Montoya Stahl y Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón. "Mesa Redonda: Reforma de la Ley General de Sociedades en el Perú". *THEMIS – Revista de Derecho*, 72 (2017): 237-257.
- Jourdain-Fortier, Clotilde. "Chapter 2: Access to Justice and Arbitration: Is Consent to Arbitrate Still at Stake?". En *Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice*, ed. por Leonardo V.P. de Oliveira y Sara Hourani, 35-58. Kluwer Law International, 2020.
- Kahn-Freund, Otto. "Capítulo I. Introducción. Reflexiones sobre Derecho y Poder", en *Trabajo y Derecho*, 45-65. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- Montoya Stahl, Alfonso, "«Uno es compañía...». La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú", *Ius et Veritas*, 40 (2010): 172-195.
- Payet, José Antonio. "Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de las Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías". *THEMIS – Revista de Derecho*, 46 (2003): 77-103.

- Salas Sánchez, Julio. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. 1era. ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- Santistevan de Noriega, Jorge. "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje". *Revista Peruana de Arbitraje*, 8 (2009), 17-49.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Anteproyecto de la Ley General de Sociedades. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mayo de 2021 (Perú).
- Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993). Artículo 139. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf>
- Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008 (Perú).
- Ley 26887. Ley General de Sociedades. Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).
- Ley No. 13.129/2015. Diário Oficial da União, 6 de mayo de 2015 (Brasil).
- Resolución Ministerial 0108-2017-JUS. Crean Grupo de Trabajo encargado de elaborar un informe técnico que contenga la revisión y propuestas de mejora respecto del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades y otras normativas en materia de personas jurídicas mercantiles. Diario Oficial *El Peruano*, 14 de mayo de 2017 (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de marzo de 2006, sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC (Perú).



REPENSANDO LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS: PROPUESTA DE MEJORA

Autor:

Paolo Del Aguila Ruiz De Somocurcio

Repensando las competencias de la Junta de Resolución de Disputas: Propuesta de Mejora

Rethink the powers of the Dispute Resolution Board: A improvement proposal

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La competencia limitada de la JRD en función a la temporalidad.
- III. La competencia limitada de la JRD en función a las materias.
- IV. Conclusiones.

Resumen.

El reconocimiento de la Junta de Resolución de Disputas (JRD) en nuestra normativa sobre contrataciones con el Estado, como un mecanismo alternativo y adicional para la prevención y resolución de controversias, es muy positivo y, no cabe dudas, ayudará en el corto plazo, de forma decidida, al fin último, cual es el desarrollo eficaz del proyecto contemplado en el contrato de obra. Sin embargo, como toda regulación legal es perfectible; máxime cuando la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento (RLCE), así como la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD (Directiva), normas que regulan esta institución, presentan algunos problemas y hasta contradicciones.

Un problema gravitante en su regulación y, por tanto, materia de reforma urgente para su mejora, está vinculado con las competencias de la JRD. En efecto, consideramos que haber limitado o prohibido su ámbito de decisión le ha restado fortaleza y, con ello, efectividad a su labor en pro del buen avance de la obra. Impedir que la JRD se pronuncie sobre prestaciones adicionales, indemnizaciones y prohibir que su competencia se extienda hasta la liquidación del contrato es un error grave, por un lado, porque la JRD es un órgano técnico que sigue y “vive” la obra y, por tanto, es quien mejor puede brindar una decisión acerca de estos temas; y por otro lado, al restarle esa competencia, termina “judicializando” un campo de acción importantísimo, generando de ese modo tiempos excesivos, poca

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro y Consultor Legal Independiente. Profesor de Derecho en cursos de pregrado y postgrado en la PUCP, la Universidad de Lima, la Universidad Continental y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Correo: paolo@delaguilaconsultores.com.

predictibilidad y decisiones no necesariamente técnicas, justo todo lo que se quería evitar con la implementación de la JRD.

Por estas razones, planteamos la reforma en los alcances de sus competencias, conforme se desarrollará a continuación.

Palabras claves. *Junta de Resolución de Disputas (JRD); Competencia; Prohibiciones; Restricciones; Recepción y Liquidación de Obra; Prestaciones Adicionales; Indemnización; Funciones de la JRD.*

Abstract.

The recognition of the Dispute Resolution Board (JRD) in our regulations on contracting with the State, as an alternative and additional mechanism for the prevention and resolution of controversies, is very positive and, there is no doubt, will help in the short term, in a decisive way, finally, what is the effective development of the project contemplated in the work contract. However, like all legal regulation it is perfectible; Especially when the State Contracting Law (LCE) and its Regulations (RLCE), as well as Directive No. 012-2019-OSCE/CD (Directive), rules that regulate this institution, present some problems and even contradictions

A serious problem in its regulation and, therefore, a matter of urgent reform for its improvement, is linked to the powers of the JRD. In effect, we consider that having limited or prohibited its scope of decision has diminished its strength and, with it, the effectiveness of its labor in favor of the good progress of the work. Preventing the JRD from ruling on additional work, compensation and prohibiting its jurisdiction from extending until the settlement of the contract is a serious error, on the one hand, because the JRD is a technical body that follows and "lives" the work and, on the other hand, Therefore, he is the one who can best provide a decision about these issues; and on the other hand, by subtracting that competence, it ends up "judicializing" a very important field of action, thus generating excessive times, little predictability and not necessarily technical decisions, just everything that was wanted to be avoided with the implementation of the JRD.

For these reasons, we propose the reform in the scope of its powers, as it will be developed below.

Key words. *Dispute Resolution Board (JRD); Competence; Prohibitions; Restrictions; Reception and Liquidation of Work; Additional Features; Compensation; Functions of the JRD.*

I.INTRODUCCIÓN.

Ninguna persona está libre de enfermarse y que ese estado, de agravarse, conlleve problemas serios en su ámbito personal, familiar, laboral y, también económico. Sin embargo, esta situación, por sí misma complicada, puede mitigarse -no decimos, anularse, porque la posibilidad de enfermar es cierta- a través de diversos mecanismos, que van desde los cuidados alimenticios a través de una dieta balanceada, pasando por dejar estilos de vida sedentarios, llegando a chequeos médicos anuales preventivos para conocer nuestro estado de salud y tomar la medidas necesarias.

En el caso de un contrato de obra pasa lo mismo: es poco verosímil asumir que durante su ejecución nunca ocurrirá un incidente que pueda generar eventuales conflictos entre el propietario y el contratista. Ese no es el punto, el punto pasa por asumir que la ejecución de una obra humana no es perfecta, que es altamente probable que se presenten defectos, retrasos, descoordinaciones y casos fortuitos o de fuerza mayor que escapen del control de las partes. Frente a ello, contar con mecanismos “ex ante” que prevean tales situaciones y mitiguen su impacto es altamente recomendable.

En términos de costo-beneficio, es mucho mejor gastar (realmente, invertir) en mecanismos de prevención y mitigación como se indicó previamente -cuando no hay enfermedad o ésta es incipiente-, que asumir gastos elevados, acaso inmanejables, cuando la enfermedad está presente y afecta varios órganos de nuestro cuerpo. Siguiendo con la metáfora médica, en el contrato de obra, la JRD no asegura que nunca te enfermarás, pero sí es una inyección muy efectiva para prevenir o amenguar cualquier enfermedad.

De esa forma, coincidiendo con lo expuesto por Freitas y Gushiken, *“Para una mejor administración de un contrato de construcción, tenemos que desterrar el pensamiento equivocado de quienes consideran un desperdicio de dinero el separar una partida en su presupuesto de construcción para sus posibles disputas”*².

La JRD es una “póliza” que permite internalizar adecuadamente el riesgo del conflicto entre las partes y distribuir “ex ante” sus costos de forma eficiente; a diferencia de lo que sería un proyecto de obra sin dicha “póliza”, en el cual las disputas “ex post”, es decir, acaecidas durante la ejecución de la obra, ocasionarían costos mayores (legales, administrativos, entre otros) a los usualmente presupuestados, con la consiguiente merma de la utilidad esperada.

A decir de Podetti, *“En efecto, siendo las divergencias un ingrediente necesario de todo contrato de construcción, y aún de todo contrato de ejecución diferida, solo requieren de las partes un tratamiento adecuado en el acuerdo que ha originado el contrato”*.³

Por eso, mientras más presente y activa esté la JRD, desde el primer día del contrato, a lo que su ámbito de competencias se refiere, más eficaz será la prevención o resolución del conflicto y, también, menos costoso para las partes. Nuestra tesis es que restarle competencias a la JRD -como hacen la LCE, el RLCE y la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD- justamente genera lo contrario, es decir, resta eficacia y aumenta los costos de este mecanismo; de allí que consideremos necesario repensar tales competencias, desde su ámbito temporal y de materias, conforme se desarrolla en el presente artículo.

² Rodrigo Freitas y Juan Diego Gushiken. *Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción* (Lima, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 33, 2020) 105.

³ Humberto Podetti. *Contrato de construcción*. Citado por Gustavo Paredes. *Dispute Boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?* En: *Disputes Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* (Lima, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 23, 2014) 144.

II. LA COMPETENCIA LIMITADA A LA JRD EN FUNCIÓN A LA TEMPORALIDAD.

El ámbito temporal de la competencia de la JRD está establecido en el artículo 45.8 de la LCE, cuyo texto indica lo siguiente:

“En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma (...)” (El subrayado es agregado).

De igual modo, el artículo 243.2 del RLCE estipula que:

“En caso de resolución del contrato, la Junta de Resolución de Disputas es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta que la Entidad reciba la obra”. (El subrayado es agregado).

Nótese, entonces, un límite temporal muy marcado de las competencias de la JRD, a saber, la fecha exacta de la recepción de la obra, ni un día más.⁴

Al respecto, postulamos la necesidad que la permanencia de la JRD debe ser extendida hasta la liquidación del contrato. Ello, toda vez que existen eventos o disputas que pueden generarse en ese horizonte temporal -entre la recepción de la obra y la liquidación del contrato- que bien pueden ser tratados y resueltos por la JRD.

Si bien es cierto que tales disputas surgidas con posterioridad a la recepción de la obra se pueden dirimir a través de sendos procesos de conciliación o de arbitraje, en base al artículo 45.1 de la LCE, llama la atención la razón por la cual se retira de la competencia de la JRD aspectos no menos importantes como son aquéllos derivados de la liquidación de la obra, por ejemplo.

Pese a las indudables ventajas comparativas que tiene el arbitraje frente al Poder Judicial para resolver estos casos, ello no quita que, en ciertas ocasiones, la intermediación y conocimiento de la obra “de primera mano” de la JRD es mucho mejor para enfrentar el problema, atributo que los Tribunales Arbitrales carecen por cuanto ellos se constituyen “ex post” conflicto, con hechos consumados y en una etapa de alta conflictividad.

En esa línea, expone acertadamente Paredes, cuando señala:

*“En una industria muy sensible y habituada al conflicto, el reclamo forma parte del proceso constructivo; siendo ello así, resulta más costoso para las partes confiar la decisión de su conflicto a quienes no conozcan la obra ni la visiten periódicamente para entender el por qué de los reclamos y cómo prevenirlos”.*⁵

⁴ El artículo 249 del RLCE permite a la JRD emitir y notificar su decisión luego del acto de recepción de la obra, siempre que a ese momento se hallara en estado pendiente dicha decisión. Sin embargo, ello no desvirtúa la norma bajo análisis en el sentido que la competencia de la JRD, para conocer nuevas controversias, termina con la recepción de la obra.

⁵ Gustavo Paredes. Op Cit. 148.

En efecto, la JRD se convierte en un instrumento importante para la gestión contractual, en una actividad (la construcción) donde las desavenencias y disputas son situaciones cotidianas en las distintas fases del contrato. Por ello, el acompañamiento programado de la JRD a lo largo de la obra y hasta su liquidación resulta fundamental, de allí que nos parezca inconveniente quitarle un tramo de tiempo importante a su accionar.

Esa línea sigue, por poner un ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (ICC), cuando en el Prefacio del Reglamento relativo a los Dispute Boards señala que *“Un dispute board es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato...”*⁶

En consecuencia, consideramos sustentado y necesario, en orden con el valor que lleva la JRD, modificar y precisar la LCE, el RLCE y la Directiva, en las disposiciones antes mencionadas, con el objeto de extender la competencia temporal de la JRD por todo el contrato, incluyendo la liquidación misma de la obra.

III. LA COMPETENCIA LIMITADA DE LA JRD EN FUNCIÓN A LAS MATERIAS.

Así como la competencia “temporal” de la JRD es limitada por la normativa en contratación con el Estado, según lo expuesto en el acápite anterior, de igual modo su competencia relacionada con materias importantes en el desarrollo del contrato, también está restringida.

En particular, nos detendremos a estudiar la conveniencia o no de la prohibición de la JRD para pronunciarse acerca de las prestaciones adicionales de obra y pago de indemnizaciones, en general.

Al respecto, la parte pertinente del artículo 45.4 de la LCE establece:

“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a (...) pago de indemnizaciones (...) no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”. (El subrayado es agregado).

Para complementar la prohibición de someter el tema indemnizatorio a la JRD, el artículo 243.3 del RLCE, estipula que *“No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por concepto no previsto en la normativa de contratación pública”.* Con esta disposición reglamentaria se precisa que el pago de indemnizaciones, además de no poder ser sometidas a conciliación ni arbitraje, tampoco lo serán a la JRD, ese otro medio de solución de controversias referido indirectamente en el precitado artículo 45.4 de la LCE.

⁶ ICC Cámara de Comercio Internacional. Reglamento relativo a los Dispute Boards. Paris, 2015.

El numeral 7.6 de la Directiva no deja espacio a duda, cuando en lo referente a las facultades de la JRD enumera, entre las varias materias que no puede conocer, recomendar ni decidir: (i) la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales; y (ii) las pretensiones de carácter indemnizatorio.

Sobre el tema de los adicionales, los mismos cuestionamientos a la prohibición de arbitrar esta materia, se pueden hacer extensivos a su prohibición para la JRD⁷. Como dicen Castillo y Sabroso, *“la autorización en la ejecución de adicionales demandaría a la Contraloría General de la República contar con un gran plantel de personal altamente calificado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo cual significaría convertir a la Contraloría General de la República en una suerte de supra organismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia”*.⁸

Esta prohibición es una prueba tangible de las marchas y contramarchas, acaso también contradicciones, de la normativa en contratación estatal. ¿Qué sentido tiene abrir las opciones a las partes para resolver disputas en contratación pública, a través de un órgano técnico, imparcial y especializado, como es la JRD, cuando al mismo tiempo se le despoja de las atribuciones propias a su existencia? A decir de Franco, *“La racionalidad detrás de dicha exclusión es cuestionable y limita seriamente la eficacia de las JRD, así como la del arbitraje en materia de obras públicas, al eliminar la posibilidad que las controversias sobre adicionales puedan ser decididas de manera eficiente”*.⁹

Ahora, si bien la JRD tiene el impedimento legal para que ante ella se controvierta la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República (CGR) de aprobar o no prestaciones adicionales, consideramos que sí puede realizar recomendaciones respecto de dichos adicionales de obra. Como cuestión previa, debe quedar claro que, de acuerdo a lo dispuesto en el precitado artículo 45.4 de la LCE, *“... la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje, ni a la Junta de Resolución de Disputas”*. Independientemente a que restar esa materia a las competencias de los Tribunales Arbitrales y de la JRD es equivocado, la LCE no deja lugar a dudas en el sentido que las decisiones sobre aprobación o no aprobación de adicionales no puede ser materia controvertida para la decisión de la JRD.

Sin embargo, ¿la LCE o el RLCE restringen, limitan o prohíben a la JRD la posibilidad de brindar recomendaciones sobre esa materia? Pienso que no. Ello, en tanto la JRD no se pronuncie acerca de la decisión que la Entidad o la CGR emitió sobre la ejecución de

⁷ Al respecto, se puede consultar a Alexander Campos, Limitaciones de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?, Arbitraje On Line N° 4. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2004). También, véase a Fernando Cantuarias, El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Derecho & Sociedad N° 21 (2003).

⁸ Mario Castillo y Rita Sabroso, Materia arbitrable en la contratación pública, Derecho & Sociedad N° 33 (2009), 253.

⁹ Eric Franco, Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado peruano, Arbitraje PUCP N° 6 (2016), 34.

prestaciones adicionales de obra. En ese sentido, podría brindar recomendaciones a una consulta vinculada a la pertinencia de ejecutar una partida no contemplada, por ejemplo, en el Expediente Técnico, en tanto no exista sobre ese mismo tema pronunciamientos de la Entidad o de la CGR.

Respecto al tema de las pretensiones indemnizatorias, tenemos otra prohibición expresa en la LCE y el RLCE, mermando de nuevo las facultades de la JRD, en contradicción con las bondades expuestas de este mecanismo.

En efecto, el artículo 243.3 del RLCE señala que:

“No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por concepto no previsto en la normativa de contratación pública”.

A decir de Franco, refiriéndose al artículo 205 del anterior RLCE -equivalente al artículo 243.3 del actual- esta exclusión resulta ambigua e indeterminada, toda vez que no se definen aquellos conceptos indemnizatorios que serían excluidos, dando un margen de interpretación a las partes (usualmente el contratista) y a la propia JRD para formular pretensiones de ese tipo.¹⁰

Sea como fuere, hay una nueva exclusión a las funciones de la JRD que no se llega a comprender. De pronto, se podría presumir que ello obedece a que para amparar una pretensión indemnizatoria se requiere demostrar la confluencia de los cuatro presupuestos de la responsabilidad contractual, a saber:

- a) La antijuricidad del hecho dañoso.
El primer requisito de la responsabilidad civil es la antijuridicidad, la cual se encuentra referida al comportamiento dañoso; esto es, a la acción u omisión que produjo el daño. Así, habrá antijuridicidad si es que existe un incumplimiento -entendido como una lesión al derecho de crédito que, consecuentemente, genera la insatisfacción del interés del acreedor- o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación¹¹.
- b) El daño.
Entendido como la lesión de un interés jurídicamente protegido o el detrimento que sufre el acreedor por la inexecución de una obligación¹². En materia de responsabilidad civil contractual, los daños patrimoniales que pueden reclamarse son el daño emergente y/o el lucro cesante.
- c) El nexo de causalidad.
En materia contractual, el daño sólo es resarcible si es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¹⁰ *Ibíd.*, 33.

¹¹ Lizardo Taboada, *Elementos de la Responsabilidad Civil* (Lima, 2003), 49-50.

¹² Guido Alpa, *Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*, (Lima, Jurista Editores, 2006), 620.

La causalidad es aquella vinculación que deberá existir entre el hecho antijurídico o ilícito y los daños que ha tenido que soportar la parte que sí se ha mostrado siempre atenta a honrar sus obligaciones.

En relación con el nexo de causalidad, Lizardo Taboada señala lo siguiente: “(...) se entiende en el sentido que debe existir una relación causa efecto, es decir, de antecedente - consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil y no nacerá la obligación legal de indemnizar”¹³.

d) El factor de atribución.

Es el último requisito para la responsabilidad civil, asociado con la conducta del agente que causa el daño, el cual puede haber incurrido en culpa leve, culpa inexcusable o dolo.

¿Para una JRD, conformada mayoritariamente por ingenieros, y no por abogados, sería complicado analizar estos presupuestos de carácter eminentemente legal? De pronto, ese es el punto de partida, aunque cabe advertir que, como está redactada la norma reglamentaria y la Directiva, no elimina todo concepto indemnizatorio, solamente aquellos no previstos en la normativa de contratación pública. Entonces, ¿Será acaso que quiso eliminar la posibilidad de que la JRD pueda pronunciarse sobre conceptos como recursos improductivos o “stand by” que podrían plantearse a modo de indemnización?

Más allá de esas suposiciones, lo cierto es que la norma que quita competencia a la JRD para determinar el pago de indemnizaciones, es una de orden público, por lo que no cabe pacto en contrario, como lo indica la misma disposición. La “solución” a esta prohibición de competencia es que esta materia corresponderá ser conocida por el Poder Judicial, con todos los inconvenientes en tiempos, recursos y manejo técnico que esa opción legislativa representa, y que perfectamente conocemos, por lo que dejamos de lado mayores comentarios al respecto.

Otra vez, no se entiende -ni se explica- el sustento de esta norma, máxime cuando ha sido la JRD el órgano que ha acompañado el desarrollo del contrato, quien ha “vivido” la obra y que, por eso mismo, cuenta con todos los insumos para abordar cualquier cuestión vinculada a la obra, entre ellos cualquier consideración sobre el pago de indemnizaciones nacidas del contrato de obra.

Como correctamente dice Freitas al referirse al uso de la JRD:

“¿Por qué es recomendable el uso de la mencionada herramienta? Porque, una vez constituido el panel de adjudicadores, este va a estar familiarizado con la obra, va a tener una identificación temprana del conflicto, un conocimiento de primera mano y profundo de los hechos, y, por último, esta herramienta va a desincentivar los reclamos infundados; y es que, como bien se dice, al adjudicador

¹³ Lizardo Taboada, Op. Cit., 83.

*no le vas a contar la película (...) él va a estar en la película e incluso participará de ella”.*¹⁴

Lamentablemente, para el legislador peruano, la apuesta por fortalecer la JRD no es total.

Culminamos esta sección con una manifiesta contradicción respecto a las competencias generales de la JRD, vistas la regulación del RLCE (artículo 223.1) y la Directiva (numeral 7.6). Veamos las disposiciones pertinentes:

Artículo 223.1 RLCE

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes”. (El subrayado es agregado).

Numeral 7.6 Directiva

“No pueden ser sometidas a JRD las controversias sobre la nulidad, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato...” (El subrayado es agregado).

Como apuntamos líneas arriba, la contradicción es manifiesta. Total ¿puede la JRD resolver disputas que versen sobre problemas de eficacia o validez del contrato? De acuerdo al RLCE sí puede, pero según la Directiva, no.

Podríamos acudir a la LCE para zanjar la inquietud, pero su apoyo es limitado debido a una defectuosa técnica legislativa. De hecho, el artículo 45.1 de la LCE señala que las controversias antes mencionadas se resuelven mediante conciliación o arbitraje, sin mencionar explícitamente a la JRD. No obstante, en el numeral 3 de ese mismo artículo dice que las partes pueden acudir a la JRD para dirimir sus controversias en contratación de obras, sin menoscabar o limitar su competencia.

La anterior (artículo 45.3 de la LCE) es una cláusula general que da facultades a la JRD para emitir decisiones vinculantes sobre las materias anteriores, siendo en ese mismo artículo - en específico, el numeral 4- donde, de manera expresa, se limitan sus competencias a, por ejemplo, las prestaciones adicionales o el enriquecimiento sin causa. Consideramos que la norma legal ha querido ser específica en estas restricciones competenciales, y una muestra palpable lo observamos cuando en la parte final del artículo 45.1 de la LCE se dice que *“Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”*. Nótese acá cómo el legislador ha querido dejar en claro que para determinar la nulidad contractual solamente cabe usar el arbitraje como mecanismo válido, estando esta temática restringida a la conciliación, JRD o cualquier otro método de composición de conflictos.

En ese orden de ideas, compartimos la interesante opinión de Liseth Rodríguez, quien expone:

“... soy de la opinión que dicho artículo (45.1 LCE) debería ser entendido en el sentido que el hecho que se haya omitido a la Junta de Resolución de Disputas

¹⁴ Rodrigo Freitas, El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado: la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas, Foro Jurídico N° 18, Revista de Derecho (2020), 37.

como competente para conocer las controversias que allí se señalan no significa que dicho mecanismo esté impedido de hacerlo, caso distinto ocurre con la controversia referida sobre nulidad de contrato que también se menciona en el artículo 45.1 de la LCE, puesto que en ese caso sí existe una disposición expresa en relación a que ésta solo podrá ser resuelta únicamente mediante arbitraje”.¹⁵

Si se hubiera querido limitar la competencia de la JRD también a la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, pues de la misma manera se hizo con la nulidad contractual, la norma legal lo habría señalado. Por lo tanto, dicha restricción impuesta por la Directiva es un error manifiesto que contradice abiertamente el RLCE y la razón de ser de la LCE, por lo cual debería ser corregido urgentemente.

IV. CONCLUSIONES.

1. La JRD es una “póliza” que permite internalizar adecuadamente el riesgo del conflicto entre las partes y distribuir “ex ante” sus costos de forma eficiente; a diferencia de lo que sería un contrato de obra sin dicha “póliza”, en el cual las disputas “ex post”, es decir, acaecidas durante la ejecución de la obra, ocasionarían costos mayores (legales, administrativos, entre otros) a los usualmente presupuestados, con la consiguiente merma de la utilidad esperada.
2. La JRD se convierte en un instrumento importante para la gestión contractual, en una actividad (la construcción) donde las desavenencias y disputas son situaciones cotidianas en las distintas fases del contrato. Por ello, el acompañamiento programado de la JRD a lo largo de la obra y hasta su liquidación resulta fundamental, de allí que nos parezca inconveniente quitarle un tramo de tiempo importante a su accionar.
3. Consideramos sustentado y necesario, modificar y precisar el artículo 45.8 de la LCE, el artículo 243.2 del RLCE y el numeral 7.6 de la Directiva, con el objeto de extender la competencia temporal de la JRD por todo el contrato, incluyendo la liquidación misma de la obra.
4. La prohibición o limitación a la JRD para pronunciarse acerca de prestaciones adicionales o pagos indemnizatorios es una prueba tangible de las marchas y contramarchas, acaso también contradicciones, de la normativa en contratación estatal. Carece de sentido abrir las opciones a las partes para resolver disputas en contratación pública, a través de un órgano técnico, imparcial y especializado, como es la JRD, cuando al mismo tiempo se le despoja de las atribuciones propias a su existencia.
5. Existe una manifiesta contradicción respecto a las competencias generales de la JRD -referidas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de contrato-, vista la regulación del artículo 233.1 del RLCE y el numeral 7.6 de la Directiva. Por su lado, el artículo 45.3 de la LCE constituye una cláusula

¹⁵ Lizeth Rodríguez, Las Juntas de Resolución de Disputas reguladas en la nueva Ley de Contrataciones con el Estado peruano y su Reglamento: Ley 30225 y D.S. N° 350-2015-EF, Trabajo de Investigación para optar el título profesional de abogado (Lima, Universidad de Lima, 2017), 88.

general o abierta que ofrece a las partes la opción de acudir a la JRD para dirimir sus controversias en contratación de obras, sin menoscabar su competencia en los temas anteriores.

6. La restricción impuesta por el numeral 7.6 de la Directiva a la competencia de la JRD para pronunciarse sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato es un error manifiesto que contradice abiertamente el artículo 233.1 del RLCE y la razón de ser de la JRD apuntada en el artículo 45.3 de la LCE, por lo cual es imperiosa su corrección.
7. En síntesis, consideramos que mientras más abiertas y amplias sean las competencias de la JRD -bien definidas por la normativa pertinente- más eficacia tendrá en sus funciones y más cerca estará para alcanzar el cumplimiento de sus objetivos básicos.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alpa, Guido. Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil. Lima: Jurista Editores, 2006.
- Campos, Alexander. Limitaciones de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir? Arbitraje On Line N° 4. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2004).
- Cantuarias, Fernando. El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Derecho & Sociedad N° 21 (2003).
- Castillo, Mario y Rita Sabroso. Materia arbitrable en la contratación pública. Derecho & Sociedad N° 33 (2009).
- Franco, Eric. Las Juntas de Resolución de Disputas (Dispute Boards) en la nueva Ley de Contrataciones del Estado peruano. Arbitraje PUCP N° 6 (2016).
- Freitas, Rodrigo y Juan Diego Gushiken. Dispute Boards: Mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 33. Lima, 2020.
- Freitas, Rodrigo. El cambio físico y químico en la Ley de Contrataciones del Estado: la fórmula ganadora es el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas. Foro Jurídico N° 18, Revista de Derecho (2020).
- Paredes, Gustavo. Dispute Boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 23. Lima, 2014.
- Rodríguez, Lizeth. Las Juntas de Resolución de Disputas reguladas en la nueva Ley de Contrataciones con el Estado peruano y su Reglamento: Ley 30225 y D.S. N° 350-2015-EF. Trabajo de Investigación para optar el título profesional de abogado. Lima: Universidad de Lima, 2017.
- Taboada, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2003.



CONFLICTO, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE: UN ACERCAMIENTO AL ARBITRAJE EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PERUANO

Autor:

Marco Antonio Martínez Zamora

Recibido: 20/9/2021

Aceptado: 15/10/2021

CONFLICTO, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE:

Un acercamiento al arbitraje en el régimen de contratación pública peruano

CONFLICT, PUBLIC PROCUREMENT AND ARBITRATION:

An approach to arbitration in the Peruvian public procurement regime

Marco Antonio Martínez Zamora¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El tratamiento del conflicto en materia de contratación estatal.
- III. El Arbitraje Obligatorio como medio de solución de controversias.
- IV. El ensamblaje del modelo: ¿Arbitraje administrativo?
- V. Algunos pendientes que deben resolverse en el arbitraje en contrataciones con el Estado.
- VI. Conclusiones.

Resumen.

En el presente trabajo, el autor analiza el régimen de solución de controversias en los contratos que celebra el Estado Peruano para satisfacer sus necesidades, en el cual se ha establecido al arbitraje como su medio principal, en detrimento de otras soluciones posibles, tales como la administrativa o la judicial. Analiza, en ese sentido, cómo el modelo seleccionado ha generado una amplia difusión del arbitraje, tanto en número como en cuantía de las controversias, habiendo sido interiorizado por todos quienes participan del régimen de compras estatales, de modo tal que hoy en día es impensable concebir una forma distinta de solución de conflictos. Finalmente, analiza las principales características del arbitraje con el Estado, así como los retos que debe superar para mejorar su eficiencia y, con ello, el éxito del régimen de compras del Estado.

Palabras Claves: *Conflicto, arbitraje con el Estado, contrato, transparencia, eficiencia*

¹ Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Aseguramiento Universal en Salud y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, presidente del Tribunal de Disciplina Policial, así como asesor legal y consultor de diversas instituciones estatales y privadas. Actualmente se desempeña como árbitro, articulista y docente en las materias de su especialidad. Correo electrónico martinez.zamora@gmail.com

Abstract.

In the present work, the author analyzes the dispute settlement regime in the contracts that the Peruvian State celebrates to satisfy its needs, in which arbitration has been established as its main means, to the detriment of other possible solutions, such as administrative or the judicial. In this sense, it analyzes how the selected model has generated a wide dissemination of arbitration, both in number and amount of disputes, having been internalized by all those who participate in the state procurement regime, in such a way that nowadays it is unthinkable devise a different form of conflict resolution. Finally, he analyzes the main characteristics of arbitration with the State, as well as the challenges it must overcome in order to improve its efficiency and, with it, the success of the State procurement regime.

KEY WORDS: *Conflict, arbitration with the State, contract, transparency, efficiency*

I. INTRODUCCIÓN.

A diferencia de otras ramas del derecho, el que rige las adquisiciones del Estado es uno de los más dispares y variables a nivel de derecho comparado. Así, podemos encontrar regulaciones relativamente uniformes en materia de derecho civil, comercial y penal, que responden a opciones predecibles, sobre la base de institutos previamente definidos en el tiempo que se remontan incluso a la antigüedad clásica, como en el caso del primero de los nombrados; quizás con menos pedigrí podemos encontrar similar regla, en el caso del derecho administrativo.

El hecho es que en cada uno de los casos nombrados, los cambios se producen -digámoslo así, en una serie de olas, que no se limitan a un país u ordenamiento jurídico determinado, sino que se prolongan con un espectro mayor, de modo tal que, según el lugar donde nos encontremos, podremos encontrar un mismo derecho base e identificar la opción adoptada por el Legislador local, que resulte comprensible, pese a que no sea la opción adoptada por nuestra propia legislación.

No ocurre igual en el caso de la legislación que corresponde al régimen de contratación estatal. La razón es obvia, pues en este caso, confluyen de modo concurrente tanto el derecho administrativo, el derecho civil e incluso, otras materias de menor contenido propiamente legal, como son los aspectos presupuestales, contables e, incluso - pero no menos importantes-, los de control de gestión de los servidores y funcionarios públicos.

De ahí que la legislación en materia de contratación pública, sea una de las más variables, tanto por su mayor variación temporal, como por las diferentes opciones que se adopten en cada país, según la mayor proporción que se otorgue a la solución administrativa, la civil o, a cualquiera de sus formas intermedias.

No vamos a entrar en el debate relativo a la naturaleza del contrato administrativo, -que es muy interesante - pero desborda los límites del presente trabajo, sino únicamente a analizar el tratamiento del conflicto contractual en la legislación, con sus notorias particularidades, las ventajas o desventajas que su solución involucra, así como las opciones posibles para su mejor desempeño.

II. EL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.

Como ocurre con todo contrato, con independencia de su naturaleza civil o estatal (administrativo como le gusta repetir a muchos), existe una entendible tensión entre la parte que está obligada a brindar un servicio, proveer un bien o ejecutar una obra, respecto de quien debe pagar por ello. Evidentemente, cada una de ellas buscará maximizar su propio beneficio, pretendiendo obtener más por la parte que le corresponde aportar, siendo que, de esa tensión de intereses, se debe obtener un adecuado equilibrio, que permita no solo la satisfacción de ambas partes, sino principalmente, lograr el objetivo por el cual se suscribió el contrato que, en materia de contratación estatal, llamaríamos "*la finalidad pública*".

Hemos visto que, en esta materia, es decir el régimen de contrataciones del Estado entendido respecto de los casos en los cuales éste adquiere con sus propios recursos bienes, servicios o ejecución de obras, existe una tensión entre quienes enfatizan más su aspecto administrativo y, con ello, la preeminencia de las facultades de imperio del Estado y su posibilidad de imposición respecto del contratista que, bajo esa línea se convertiría en prácticamente un administrado; respecto de quienes, por el contrario, enfatizan el lado contractual, de modo tal que el (mal) llamado contrato administrativo, no sería más que un contrato típico con algunas reglas particulares, pero que tendrían como sustrato el derecho privado y, más específicamente, el derecho civil.

Sobre el tema, no cabe dudas que estamos ante partes notoriamente desiguales, de modo tal que es una de ellas (la parte estatal), la que establece las reglas del procedimiento de selección, la que exige la presentación de garantías, la que decide si otorga o no adelantos, si aprueba o deniega un adicional o, incluso si sustituyéndose en la jurisdicción correspondiente, puede declarar de modo unilateral una nulidad contractual. Tales facultades, sin embargo, son iguales a las de cualquier parte de un contrato que tenga una posición dominante, como ocurre con todos aquellos que se encuentran en la posición de imponer un contrato de adhesión.

Siendo así, la diferencia no se encuentra en el ejercicio de facultades desbordantes (que podrían ser utilizadas por cualquier contraparte en posición de poder), sino en el carácter público de los recursos que se administran y, claro está, en los mecanismos de control que se han establecido para garantizar su adecuado uso, incluidas las controversias que se deriven de su ejecución.

Para ello, el Legislador Peruano ha previsto al conflicto no como algo que se deba proscribir o negar, sino por el contrario, como un hecho innegable, que debe ser canalizado.

Así, cuando se trata de definir las condiciones de un procedimiento de selección y las exigencias a las que deben someterse los postores, ha previsto la etapa de consultas y observaciones, así como la elevación de las bases al organismo supervisor de las contrataciones para su pronunciamiento²; establecidas las reglas definitivas y presentadas las propuestas, ha previsto la posibilidad de recurrir en apelación (en la generalidad de los casos) ante un tribunal administrativo³. Finalmente, suscrito el contrato, ha previsto la

² Anteriormente el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones y Contrataciones del Estado (CONSUCODE), constituido a partir del 1 de febrero de 2009, hace ya más de doce años, como el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE).

³ El Tribunal de Contrataciones del Estado, como un tribunal de naturaleza administrativa, adscrito al OSCE.

posibilidad de recurrir al arbitraje, ante cualquier controversia que se suscitase entre las partes.

Es en este último punto, el arbitraje, sobre el que radica la singularidad del régimen de contratación pública peruano, pues no se trata de un arbitraje limitado a contratos de inversión, ni a los contratos de mayor envergadura, sino por el contrario a un arbitraje universal, aplicable a todos los contratos de adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras que celebre el Estado, más aún definido como obligatorio, de modo tal que ninguna de las partes, incluida la propia entidad pública, se encuentra en la posibilidad de evitar sus términos.

Sobre este tema, abundaremos en el apartado siguiente.

III. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

El régimen de contratación pública nacional, entendido como un conjunto unificado de disposiciones que regulan la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras bajo un único ente rector y bajo una misma institución supervisora, tiene su origen en la Ley N°26850 del 27 de julio de 1997, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N°039-98-PCM del 26 de septiembre de 1998. Ello no implica que, con anterioridad a tales disposiciones, no existiese regulaciones que estableciesen los procedimientos a utilizar por el Estado para satisfacer sus necesidades de proveerse de bienes, servicios y contratar la ejecución de obras, las que no solo se remontan al origen de la república, sino incluso al estado virreinal preexistente. Del mismo modo, para la atención de sus conflictos.

No obstante, una de las particularidades del régimen iniciado por la mencionada Ley N°26850, además de la ya mencionada unificación y centralización, viene a ser su tratamiento del conflicto y, dentro de este, el que corresponde a los que se producen en la etapa de ejecución contractual, en el que se optó por una generalización del arbitraje como medio universal de solución de controversias⁴, distanciándose de otras opciones preexistentes, tales como la judicial y la administrativa⁵. De hecho, la intención era promover un marco de seguridad jurídica, que permita fomentar la más amplia participación de postores, maximizar la competencia y, con ello, generar un mayor beneficio al Estado y a los recursos bajo su administración.

Una de las particularidades de este modelo, es que la solución arbitral se define como universal, aplicable a todos los casos, con prescindencia del monto o la materia contratada y, además, se define como obligatorio.

Pero ¿Qué implica que se trate de un arbitraje obligatorio?: En estricto, únicamente implica la voluntad del Estado de que todos los conflictos que pudiesen suscitarse en los que contratos que suscriba para proveerse de bienes, servicios y obras, serán resueltos en definitiva en sede arbitral, es decir por un tercero ajeno a su propia estructura de poderes. Es tan igual como que cualquier actor en condiciones de someter a condiciones de adhesión

⁴ La Ley 26850 en su texto original, establecía en el segundo párrafo de su artículo 53 lo siguiente: "Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente" (Los subrayados son nuestros). El texto actual, si bien bastante más largo, mantiene en estricto la misma estructura.

⁵ Que fueron las opciones adoptadas en otros momentos de nuestra historia.

a su contraparte imponga una cláusula similar, de modo tal que todo aquel que quiera contratar con él deberá aceptar dicha estipulación o, en su defecto, buscar un cliente distinto.

En todo caso, dicha obligatoriedad debe entenderse como la prohibición para cualquier entidad del Estado de establecer una solución que, en último término, sea ajena a la solución arbitral, tal como podría ser el sometimiento de la controversia a la sede judicial.

Otra de las particularidades de este modelo, es la naturaleza del arbitraje. Si bien existe en derecho comparado un amplio debate sobre su origen contractual, jurisdiccional o mixto, en el caso peruano, la Constitución Política establece que se trata de una jurisdicción propia, junto con la militar⁶, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Peruano⁷. No se trata sin embargo de una jurisdicción irrestricta, pues tanto son las partes las que, dentro de los términos de la cláusula arbitral, las que delimitan las competencias, requisitos y condiciones en las que se ejercerá tal función, por lo que en estricto podemos concluir en su naturaleza mixta.

IV. EL ENSAMBLAJE DEL MODELO: ¿ARBITRAJE ADMINISTRATIVO?

4.1 Las particularidades del modelo peruano.

Hemos visto que, para el tratamiento del conflicto en los contratos que celebra el Estado Peruano para atender sus requerimientos de bienes, servicios y obras, se ha establecido un modelo por el cual, a falta de acuerdo de partes, las controversias que se susciten entre las partes, serán resueltas mediante arbitraje, instituto al que se le reconoce el rango de jurisdicción, dentro de los límites establecidos en la cláusula arbitral. Todo proveedor que desee vincularse con el Estado, debe adherirse a esta forma de solución, mientras que toda entidad estatal, tendrá prohibido imponer dentro de las condiciones del respectivo procedimiento de selección y posterior contrato, una modalidad distinta.

Esto ha llevado a una masificación del arbitraje en el Perú, que no tiene equivalente en el derecho comparado. Si tenemos en cuenta que el número vigente de proveedores del Estado es de aproximadamente novecientos cincuenta y nueve mil ciento setenta y un (959,171)⁸, podremos tener una idea aproximada del número de contratos que celebran las entidades públicas y, con ello, el impacto de las potenciales controversias que pueden suscitarse entre las partes, las que tendrán como última solución definitiva, al arbitraje. Más

⁶ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

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*. (El subrayado es nuestro)

⁷ En el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC sobre Habeas Corpus, el Tribunal Constitucional refiere que: *"Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori (...)"*

⁸ Datos a junio de 2020, según información proporcionada en por el portal CONOSCE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Información extraída el 17.09.2021 del siguiente enlace: <https://public.tableau.com/app/profile/oscebi2/viz/InformeMensual-ConsolidadoJunio2020/IndicadoresdelMercadoEstatal>

aún, el 81.33% del total de procedimientos de selección se efectúan bajo el régimen de contrataciones del Estado general, siendo que, en cuanto al universo de proveedores, solo son ejecutores o consultores de obras el 5.71% del total de inscritos en el Registro Nacional de Proveedores, correspondiente el 94.29% a proveedores de bienes y servicios⁹.

Lo anterior, explica la amplia diversificación del arbitraje en el Perú, cuyo mayor impacto no corresponde a arbitrajes de inversión ni a conflictos entre privados, sino que principalmente corresponde a controversias surgidas en los denominados contratos administrativos, es decir aquellos que son suscritos entre un privado y una entidad pública, bajo las reglas privativas que corresponden al régimen de contratación estatal. Más aún, tal diversificación no se limita al número y variedad de proveedores y materias que arbitran, sino a la propia envergadura de cada caso arbitral, siendo comunes los casos a los que corresponde la cuantía mínima de cada centro arbitral.

Si bien bajo la legislación actualmente vigente, es difícil establecer el número de casos que se instauran anualmente en el país¹⁰, si tomamos la tendencia preexistente a la Ley N°30225¹¹ cuando aún el arbitraje predominante era el ad hoc con la Dirección de Arbitraje del OSCE como acto principal, vemos un incremento de casos entre los años 1993 al 2012 del 15,000%, así como una presencia de actividad arbitral en todos los departamentos del país¹².

En el mismo sentido, solo a manera de ejemplo y de acuerdo a la información proporcionada en la página web del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú¹³, se pasó de un único caso arbitral, a un total de cuatrocientos sesenta por año, en el período comprendido entre el 2002 y el 2020.

Todo ello no nos debe sorprender, teniendo en cuenta que desde el año 1998 la reserva legal efectuada a favor del arbitraje, ha retirado la competencia preexistente a favor de órganos administrativos – y a través del procedimiento contencioso administrativo, de la judicial, las controversias que se suscitan en los contratos de provisión de bienes, servicios y obras, en los que cualquiera de las administraciones estatales, sean parte. Las consecuencias no solo se evidencian en una menor duración promedio de cada proceso¹⁴, sino también en un conocimiento más especializado, que ha permitido un nutrido desarrollo jurisprudencial, favorecido por un lado por la transparencia que brinda la obligación de publicar los laudos en el portal del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) y, por el otro, por el control de legalidad que ejercen las Salas Comerciales mediante los recursos de anulación de laudo.

Más aún, le penetración del arbitraje en la cultura empresarial, a todo nivel, ha calado de modo aparentemente definitivo, así como en la propia administración estatal, cuya organización se ha amoldado a las exigencias que requiere la defensa de su posición en las

⁹ Datos a junio de 2020. Ibid.

¹⁰ La Ley de Contrataciones del Estado vigente, es la Ley 30225 modificada por los Decretos Legislativos 1341 y 1444 y reunidos en su Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N°082-2019-EF. Dicha norma pasa de la regla por defecto de los arbitrajes ad hoc, que se instalaban ante el OSCE, por los arbitrajes institucionales, que se interponen y se instalan en cada centro arbitral, los cuales llevan cada uno de ellos sus propios registros y estadísticas bajo las consecuentes reglas de confidencialidad, al menos en tanto se desarrolle el proceso arbitral.

¹¹ Que entró en vigencia el 09 de enero de 2016.

¹² Cuadro 4 y 8 que corresponden al artículo de: Paulet Monteagudo, F. (2013). El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Arbitraje PUCP*, (3), 87-101. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9388>.

¹³ <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/>

¹⁴ Que Fabiola Paulet Monteagudo estima en catorce meses, en el artículo citado ut supra.

controversias que se susciten, habiéndose notado incluso un incremento lento pero sostenido de los casos en los cuales es la parte estatal la que deviene en la parte demandante, es decir, en casos que tienen su origen -ya no en un solo acto de defensa, sino en su propia iniciativa. Sería, hoy en día, impensable pensar en una forma distinta de solución de controversias, ya sea esta administrativa o judicial, siendo que a pesar de la incertidumbre política por la que ha atravesado y, aún atraviesa el país, se han propuesto reformas, pero no la sustitución de esta figura por alguna otra.

Abundan los motivos para ello. El primero de ellos, la inexistencia en nuestro medio de otra vía que sea considerada como idónea, tanto por las deficiencias y carga propia de la sede judicial, como por la inviabilidad de volver a la sede administrativa, tanto por su posición de juez y parte, como por su carácter intermedio, que atenderá de modo final la decisión adoptada, pues esta correspondería siempre al contencioso administrativo.

El segundo, por la especialización de profesionales en materia arbitral, no solo ha llevado a que el número de casos que puedan estar a su cargo supere varias veces el promedio existente en otros países, sino incluso a la existencia de profesionales que se han apartado de la litigación desempeñando la actividad arbitral de modo exclusivo, lo que en los hechos los acerca aún más a un rol típicamente jurisdiccional; el tercero, como contrapartida del anterior, a una descentralización del arbitraje tanto a nivel territorial como social, dando lugar no solo a estudios de abogados igualmente especializados, sino a un conocimiento general a nivel del proveedor promedio del Estado, así como el impulso que genera en el propio arbitraje privado, por la traslación de la misma cultura arbitral que lleva dicho proveedor en las relaciones con sus pares.

Por último, pero no menos importante, a la necesidad del Estado de establecer un mecanismo que, sin desproteger sus propios intereses, le permita contar con un mejor y mayor conjunto de proveedores, que le permita alcanzar condiciones óptimas en competencia, en lugar de desalentar su participación y, con ello, hacer más compleja o más onerosa, la atención de las necesidades de bienes, servicios y obras que requiere para el cumplimiento de sus propias funciones.

4.2 La vocación diferenciadora. ¿El camino al derecho administrativo?.

No todas son flores ni virtudes, pues como toda institución humana, el arbitraje es vulnerable a vicios, como también susceptible de mejoras. Pero es aquí donde comienzan los problemas, pues dependerá del enfoque más propiamente contractual o del enfoque administrativo, para buscar una solución a través del restablecimiento del equilibrio entre las partes o los controles cruzados o, por el contrario, a través de la limitación de la voluntad de los actores que participan del sistema: Unos pretenderán mantener la esencia del arbitraje como un acto esencialmente contractual y, los otros, acercarlo más al acto administrativo.

Ya de por sí, el contrato administrativo, entendido como el que suscribe una entidad del Estado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, tiene elementos que lo diferencian del contrato privado en general. No necesariamente por las cláusulas desiguales, que comparte con otros actores susceptibles de imponer en todo o en parte condiciones de adhesión a sus contrapartes¹⁵, sino – por un lado, por atribuciones que ningún privado podría ejercer, tal como la de anular unilateralmente un contrato sin proceso arbitral o

¹⁵ Por ejemplo, la potestad de aprobar ampliaciones o adicionales, exigir la presentación de garantías, aplicar penalidades o aprobar la sustitución de profesionales o la incorporación de subcontratistas.

judicial previo y; por el otro, por la existencia de un procedimiento previo, estrictamente regulado, que lleva a la formación de la voluntad de la entidad para identificar quién será su contraparte.

La propia regulación de la ejecución del contrato, puede entenderse como un contrato típico, es decir un contrato especial regulado por sus propias reglas, respecto del cual el régimen común será supletorio. Ni siquiera en esto se es uniforme, pues como puede apreciarse de una simple lectura del texto de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, este conjunto de normas especiales, generalmente restrictivas, será más rígido en el tema de obras (por la propia relevancia e impacto de las mismas tanto a nivel económico, social e incluso político), mientras que será significativamente más flexible, en el caso las disposiciones sobre bienes y servicios.

Pero una cosa es establecer reglas especiales a la ejecución del contrato y otra, muy distinta, establecer restricciones a los que debe entenderse o debe contemplar el arbitraje. Existe una tendencia a acentuar la diferencia entre el arbitraje común y, el que se denomina – erróneamente – como arbitraje administrativo, al que llamaremos mejor arbitraje con el Estado.

En principio ambos tienen la misma estructura básica: un tribunal colegiado o unipersonal designado de conformidad con lo establecido por las partes o de acuerdo a las reglas de la respectiva institución arbitral, al que las partes le someten la solución de una controversia, para la emisión de un laudo que es definitivo e inapelable con rango de cosa juzgada y sin perjuicio de su control de legalidad, vía el recurso de anulación. Ambos bajo las mismas obligaciones de transparencia e independencia, así como de respeto del debido proceso.

¿Dónde está entonces la diferencia? O para decirlo de otra manera, ¿La sola naturaleza pública de alguna de las partes amerita una forma de organización diferente? La respuesta es tanto sí como no. De hecho, el arbitraje sigue siendo el mismo, sin perjuicio de lo cual el Estado – por los mismos motivos por los cuales lo estableció como obligatorio (es decir porque fue su decisión y voluntad)-, puede establecer algunas disposiciones especiales que, en estricto se pueden resumir en: i) Imposición de barreras de acceso a la función o materia arbitral; ii) establecimiento de obligaciones adicionales durante el proceso arbitral o como consecuencia de él.

4.3 Las restricciones de acceso.

En cuanto a las barreras de acceso, a diferencia del arbitraje privado, no cualquiera puede ser árbitro en el arbitraje con el Estado. El extenso artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, establece dentro de sus treintaiséis los acápites 45.15 y 45.16, que establecen lo siguiente:

“45.15 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.

45.16 Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Asimismo, para la designación residual del presidente del Tribunal

Arbitral en una institución arbitral o ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros.”

Como se puede advertir, en el primer caso estamos ante un requisito previamente adquirido por el árbitro, no tanto por la exigencia de ser abogado en caso de árbitro único o presidente de tribunal (requisito común en todo arbitraje de derecho según la legislación nacional), sino por el conocimiento en tres materias específicas (que se reducen a una en el caso de los demás integrantes del colegiado). Nótese el sesgo proveniente del legislador administrativista, pues en ningún momento se exige que los árbitros tengan conocimiento en materia contractual que es esencialmente bilateral, sino en otra más propiamente de relaciones unilaterales o de imperio.

En todo caso, no consideramos que se trate de una barrera excluyente, ni que importe una diferencia sustancial con el arbitraje privado. En todo caso, lo que promueve el Legislador en este punto es un sesgo que no es difícil de cumplir en un medio donde la absoluta mayoría de los procesos arbitrales, corresponden a arbitraje en materia de contratación estatal.

Respecto del segundo tema, como resulta obvio, constituye un requisito de forma. Un registro cumple tanto con una función de publicidad, como de acreditación (en tanto el registrante debe cumplir con una serie de requisitos de calidad o legalidad - preestablecidos para acceder a él): No consideramos que se trate de una exigencia que lo diferencie mayormente de un arbitraje común, puesto que las propias instituciones arbitrales, establecen también sus propias exigencias para incorporar árbitros a su nómina.

Podemos incluir en este grupo, ya no solo a las de acceso de la función arbitral, sino también a las que limitan su competencia, en adición a las contempladas en la Ley de Arbitraje, que rige los procesos arbitrales en general, específicamente en el caso de los adicionales o a otras figuras que sean consecuencia de su denegatoria¹⁶. En los hechos, sin embargo, esto no es más que la manifestación de voluntad estatal (a la que se adhiere su contraparte) que, así como se ha sometido voluntariamente de discutir la generalidad de sus controversias contractuales en sede arbitral, ha optado por reservar alguna de ellas a la sede judicial, estableciendo un sistema dual, tan igual como lo pudieran hacer dos partes privadas en sus propios pactos arbitrales.

4.4 Sobre las obligaciones adicionales durante o como consecuencia del proceso arbitral.

Tal como hemos mencionado, el artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado, en sus extensos treinta y seis acápite, establece un conjunto de reglas procesales y plazos, respecto de las cuales la Ley de Arbitraje y el propio Código Civil (en cuanto a la oportunidad de caducidad), devienen en supletorias. No puede derivarse de ello, sin embargo, que tales disposiciones no tienen como objetivo la actuación de la parte estatal como administración,

¹⁶ “45.4 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”.

ni siquiera establecer un trato diferenciado entre las partes, como es común en las reglas que rigen la contratación estatal¹⁷.

Sin perjuicio de ello, podemos destacar la inclusión de la obligación de registrar el laudo en el SEACE como requisito de su eficacia, la calificación como título ejecutivo de las resoluciones del OSCE que ordenen la devolución de honorarios, pero principalmente la inclusión de un régimen sancionador¹⁸ por infracción al Código de Ética establecido para los arbitrajes con el Estado. Sin embargo, dicho código – y por ende su régimen sancionador-, solo son aplicables de modo directo cuando la institución arbitral sea el propio OSCE o cuando estemos ante arbitrajes ad hoc, correspondiendo a cada institución aprobar sus propios documentos respectivos, así como las sanciones correspondientes¹⁹.

De ser este último el caso (el de la sanción por la infracción al Código de Ética), es donde más propiamente advertimos un elemento invasivo propio del derecho administrativo, no por la existencia de dicho instrumento de conducta, propio y común de toda institución pública o privada que establezca estándares de desempeño a sus miembros, sino porque dentro de las sanciones que establece, prevé las de inhabilitación y suspensión de la función arbitral. Esto a su vez, no tendría nada de particular, sino fuera porque la sanción publicada en la base de datos del OSCE, impediría la designación del respectivo árbitro, ya no solo en el centro arbitral respectivo, sino de modo general, en cualquier arbitraje en el cual el Estado sea parte.

4.5 ¿Regulación del contenido del laudo?.

Una de las características de todo laudo arbitral, es que la decisión emitida es definitiva, inapelable y con efectos de cosa juzgada. El recurso de anulación que se interpone ante el Poder Judicial, no constituye una segunda instancia donde discutir la posición de las partes en la controversia, sino únicamente un control de legalidad, bajo causales estrictamente específicas.

Tal situación no ha sido siempre debidamente entendida por partes formadas bajo el modelo judicial, donde el recurso de apelación y, eventualmente, el de casación, son parte consustanciales del litigio, de modo tal que, con frecuencia, se advierten casos en los que la nulidad interpuesta esconde un cuestionamiento sobre el fondo de lo decidido. Parte de dicha situación, nace de la percepción -esencialmente errónea²⁰ y frecuentemente atizada

¹⁷ Salvo en el caso de los requisitos para interponer acción judicial de anulación de laudo (acápites 45.22 y 45.23, en los que se establece un requisito más oneroso para el contratista (afianzar el monto cuestionado), pero más engorroso para las entidades (aprobación previa del más alto nivel para ejercer la acción).

¹⁸ A cargo de un Consejo de Ética integrado por representantes de tres ministerios del Estado.

¹⁹ Mención aparte merece el Decreto de Urgencia N°020-2020, que establece un requisito adicional (una sobre garantía), para el contratista que durante un proceso arbitral solicitase una medida cautelar, no solo por el carácter provisional que es propio de tales decretos de urgencia y el dictamen desfavorable que sobre el mismo emitió el Congreso de la República, sino también por la interpretación restringida o incluso contraria, que vienen adoptando diversos tribunales arbitrales sobre el mismo.

²⁰ Para este tema debe tenerse en cuenta el trabajo efectuado por: Guzmán - Barrón Sobrevilla y Rigoberta Zúñiga Maraví, Tendencia del Arbitraje en Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP. Recuperado el 17.09.2021 del siguiente enlace:

chrome-extension://efaidnbnmnnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcdn01.pucp.education%2Fcarc%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F05%2F22204433%2Festudio-laudos-carc-pucp.pdf&clen=1345718&chunk=true

por medios de difusión no especializados, de que las decisiones arbitrales tienen a favorecer a la parte contratista²¹.

Ello llevó en algún momento al Legislador a pretender -si bien tímidamente, establecer ciertas limitantes al razonamiento y fundamentación de los laudos arbitrales, como se advierte del texto artículo 52 párrafo 52.3 de la derogada Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo 1017 y modificada por la Ley N°29873, que establecía lo siguiente:

52.3. 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. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

Siendo que el actual texto, que corresponde al artículo 45° párrafo 45.10 de la Ley, se ha redactado en términos parecidos, pero sin el subrayado que se advierte Ut Supra:

45.10 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma 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.

No debe olvidarse que la decisión en sí misma, es el elemento central de todo proceso arbitral y lo que le da su razón de ser. En esa línea, no resulta viable establecer condicionantes o pautas para la decisión, que pudieran haber llevado a convertir el recurso de anulación en una segunda instancia, si ello obligase a la Corte a revisar el contenido del Laudo y la interpretación adoptada por el tribunal a cargo; es más, durante la corta vigencia de la mencionada norma derogada, la Corte dio por cumplido el requisito de validez cuando el laudo se encontraba debidamente sustentado en un sentido u otro respecto del citado

Asimismo, el elaborado por la Gerencia de Estudios y Gestión Pública de la Contraloría General de la República, Estudios sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas 2003 – 2013. Recuperado el 17.09.2021 del siguiente enlace:

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fdoc.contraloria.gob.pe%2Festudios-especiales%2Festudio%2Festudio-Arbitraje-Online.pdf&cflen=1977285&chunk=true

²¹ Este tema es altamente complejo y ameritaría, por sí mismo, un tratamiento incluso mayor a los límites del presente trabajo: En estricto concurren una serie de factores, tales como la falta de desarrollo de una cultura de conciliación (que se viene revirtiendo progresivamente por efecto del acápite 45.13 de la Ley que establece responsabilidad administrativa en quien no concilia cuando ello sí corresponde), factores presupuestales, cambios frecuentes o inestabilidad en la gestión de diversos entes administrativos, el desconocimiento de parte de quienes ejercen las acciones de control o, peor aún, la simple expectativa de una opinión negativa de dicha, entre otros. El citado estudio efectuado por el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, estableció que un 25% de los casos ni siquiera debieron llegar a arbitraje por evidencia del derecho en controversia a los que debía sumarse un porcentaje igual en los que la parte estatal obtenía un resultado absoluto a su favor; por su parte, el igualmente el citado informe de la Contraloría General de la República, si bien estableció que los resultados eran del 70% y 30% a favor del contratista y la entidad respectivamente, en su mayor parte obedecían a problemas de gestión, lo que en los hechos lo equipara con el primero de los estudios nombrados.

orden de prelación²²; todo ello teniendo en cuenta, tal como hemos mencionado que si bien dentro de los límites de la cláusula arbitral, los tribunales arbitrales actúan con jurisdicción.

V. ALGUNOS PENDIENTES QUE DEBEN RESOLVERSE EN EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO.

Como hemos visto, desde la instauración del arbitraje como medio definitivo de solución de conflictos en los contratos que celebra el Estado para la adquisición de servicios, bienes y ejecución de obras, éste se ha constituido en la vía idónea para solucionar los conflictos entre las entidades estatales y sus proveedores, no existiendo a la fecha en nuestro medio, una vía que pueda cumplir el rol que desempeña. Ello ha generado, tanto una cultura arbitral de ancha base, como también una natural tensión entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo que, desde sus respectivas ópticas, nutren al régimen de contratación pública.

Del mismo modo, se han ido incorporando diversas medidas que, acertadas o erradas, han tenido como finalidad superar las deficiencias existentes, incidiendo de modo significativo en la necesidad de transparencia, concentración y especialización, las cuales en modo alguno pueden ni deben incidir en la función decisoria que es el elemento esencial de la actividad arbitral.

Por otro lado, existen algunos temas que, hasta la fecha, no han sido parte de la preocupación central en las sucesivas reformas arbitrales, pero que nos permitimos poner en discusión, puesto que sus efectos vienen afectando de modo sensible la eficiencia de la institución arbitral que, como hemos visto, tiene como particularidad su carácter universal, en la atención de los conflictos nacidos de los contratos que rigen las contrataciones del Estado, como son los siguientes:

5.1 Promover su acceso, aún en las controversias menores.

Es correcto que el Estado ponga especial atención en los procesos arbitrales de mayor envergadura, pero no por ello se debe desatender los problemas que pudiesen suscitarse en los contratos menores, incluso aquellos que solamente se encuentran sujetos a una regulación parcial y no se rigen por un procedimiento de selección propiamente dicho, como es el caso de los contratos que involucren ocho o menos Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Pese a que la instauración de un arbitraje subsidiario se estableció desde la reforma de diciembre de 2004 (Decreto Supremo N°084-2004-PCM), poco se ha hecho hasta la fecha, puesto que, por el contrario, el CONSUCODE primero y el OSCE después, se concentraron en competir con otras instituciones arbitrales, en adición a su propia labor de supervisar el desarrollo de los arbitrajes ad hoc. A la fecha, el actual artículo 236° del Reglamento, establece la obligación de este último de establecer un régimen especial para los contratos

²² Incluso el propio OSCE a través de su Dirección Técnica Normativa, tienen una posición particular sobre el mencionado orden de prelación, por el que refiere que si bien durante el procedimiento de selección, la norma de derecho público (entendida como la Ley del Procedimiento Administrativo General), es preeminente sobre la norma de derecho privado (Código Civil), tal situación no se mantiene durante la ejecución del Contrato, en el cual la norma administrativa solo será preeminente respecto de los actos internos de la entidad, pero no respecto de sus relaciones con la contraparte (Opiniones N°001-2020/DTN del 2 de enero de 2020 y N°065-2019/DTN del 24 de abril de 2019).

que no superen las diez UIT, sin que a la fecha se hayan dado pasos conducentes en ese sentido.

No se trata de replicar en miniatura el proceso arbitral común. La comisión que trabajó esta figura en la reforma de diciembre de 2004, tenía como mira el proceso arbitral en salud que administra SUSALUD por sus costos y, con solución expeditiva bajo audiencia única. Nada de eso se ha implementado aún y, lamentablemente eso deja en indefensión a los proveedores de menores ingresos, que no pueden asumir los costos que genera el arbitraje común. Más aún, en los procesos iguales a menores a ocho UIT no se ha implementado el denominado arbitraje obligatorio, obligándolos a litigar en largos y engorrosos procesos judiciales, en caso se suscitase alguna controversia o, peor aún, asumir como costo hundido cualquier perjuicio que se les pudiese ocasionar.

5.2 Desalentar la estrategia de la “Asfixia económica”.

Dado que el arbitraje implica que cada parte asuma – al menos durante el proceso arbitral-, los costos que involucran los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral en partes iguales, una estrategia de la parte demandada, lamentablemente cada vez más frecuente, es simplemente omitir la parte de los costos que le corresponde asumir, lo que traslada todo el peso del costo procesal a la parte que demanda, que debe asumir a sus previsiones de presupuesto – ya de por sí afectado por el hecho que motiva el reclamo-, a la posibilidad de solventar el íntegro del proceso.

No son pocas las controversias que se cierran por la imposibilidad de la parte accionante de asumir tal cargo, lo que en los hechos no soluciona el conflicto de origen, sino que únicamente lo soterra, dejando pendientes las causas que le dieron origen.

En este caso, nuevamente podemos tomar como ejemplo el arbitraje en salud a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD, que establece diversas medidas para desincentivar el método de la “Asfixia económica”, quedando el tribunal arbitral, en tales casos, facultado para multar a la parte renuente.

5.3 Evitar la dilación innecesaria en la ejecución del laudo.

Se podría pensar que, una vez notificado el laudo y sus posteriores pedidos de integración, exclusión, interpretación o rectificación, el conflicto quedaría resuelto y cada parte debería asumir sus respectivas consecuencias. Lamentablemente esto no ocurre así, pues por un lado se ha ordinarizado el recurso de anulación de laudo y, luego de este, la renuencia al cumplimiento, que obliga a la parte ganadora a recurrir al Poder Judicial, esta vez bajo un procedimiento de ejecución del mismo; la pesadilla no acaba siempre ahí, sino que, por temas presupuestales, una vez expedido el mandato de ejecución del laudo arbitral, el pago se puede dilatar hasta en cinco años adicionales.

Para el contratista el tema es aún más duro, pues no tienen en su poder la garantía de fiel cumplimiento al que su contraparte tiene la opción de recurrir.

Parecemos olvidar que una de las garantías del régimen de contratación estatal – y su principal atractivo pese a la desigualdad entre las partes-, es el de contar con recursos comprometidos para cumplir con sus obligaciones contractuales, las que no deberían limitarse al monto del contrato original, sino a los reajustes, ampliaciones de plazo o toda otra contingencia que pudiese suscitarse, incluido el pago de intereses legales por los

retrasos que pudiesen producirse en los pagos. Tampoco debemos perder de vista que la obligación de pago debe nacer del propio consentimiento del laudo y no llegar a los extremos de la ejecución forzosa, el que constituye un remedio excepcional ante un deudor moroso, tema que claro está no puede ser fomentado por el propio Estado.

En ese sentido, coincidimos con Roger Vidal Ramos, cuando sostiene que la ejecución del laudo arbitral debería efectuarse de modo voluntario, dado que han sido las partes las que han convenido con utilizar dicho mecanismo de solución de controversias, en lugar de la vía arbitral²³.

Muchas son las posibles soluciones, tales como establecer plazos perentorios bajo responsabilidad, pero también establecer medidas que incentiven el pago oportuno de las obligaciones contraídas, en lugar de colocarse en la posición de la parte morosa con las consecuencias – y el ejemplo, que ello implica- e, incluso la posibilidad del contratista de utilizar como crédito fiscal o como título valor el monto que le correspondiese recibir. Lo que está en juego, en este punto, no solo es la credibilidad del arbitraje con el Estado, sino del propio régimen de contratación pública, en tanto pueda considerarse a cualquier administración del Estado, ya sea esta nacional, regional o local, como un agente creíble, con el cual contratar.

VI. CONCLUSIONES.

1. El régimen de contratación pública peruano, ha reconocido al conflicto como un hecho inevitable que, en lugar de ser negado, debe ser canalizado, de modo tal que, en la etapa de ejecución del contrato, es el arbitraje el medio idóneo – y definitivo-, una vez que se hubieran agotado otras formas intermedias de acuerdo, tales como el trato directo, la conciliación o, más recientemente y en el caso de obras, las juntas de resolución de disputas.

En este sentido, la alusión al arbitraje obligatorio, no es otra cosa que la decisión del Estado, bajo condiciones de adhesión de su contraparte, que sus controversias en los contratos para adquirir bienes, servicios o ejecutar obras, sean resueltos mediante tales mecanismos alternativos de solución de conflicto.

2. Desde la instauración del arbitraje como medio definitivo de solución de controversias, se ha producido una internalización del mismo en los diversos actores del sistema de contratación pública, con una difusión sustantivamente mayor, tanto a nivel del número de casos, materias y cuantías, pues todo conflicto que se produzca en materia de contratación con el Estado, a falta de acuerdo, debe ser atendido en sede arbitral.
3. Durante la vigencia del actual régimen de solución de controversias, la regulación sobre la materia muestra la tensión entre quienes optan por un enfoque más próximo al derecho administrativo y por quienes lo hacen desde una perspectiva propiamente contractual, que en buena cuenta son las dos fuentes que sostienen al régimen de contratación pública. Sin embargo, sea cual sea la perspectiva y más allá de sus propias peculiaridades, no puede hablarse propiamente de un arbitraje

²³ Roger Vidal Ramos, “Ejecución de laudos y terceros”, Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental, Biblioteca del Arbitraje Estudio Mario Castillo Freire 60 (2018):175-177

administrativo como una figura diferenciada del arbitraje común, menos aún de una naturaleza o estructura disímil.

4. Quedan pendientes diversos aspectos que puedan generar una mayor eficiencia en el arbitraje con el Estado, que más allá de las medidas orientadas a fomentar su transparencia, logren también su efectividad, de modo tal que las partes no vean la solución de su conflicto frustrado o, peor aún, que las obligue a seguir enfrentadas luego incluso de haber alcanzado una decisión firme en sede arbitral.

BIBLIOGRAFIA.

- Contraloría General de la República del Perú. Gerencia de Estudios y Gestión Pública Departamento de Estudios, "Estudios sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas 2003 - 2013"
- Guzmán - Barrón Sobrevilla, César Zúñiga Maraví, Rigoberto. Tendencias del Arbitraje en Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos Revista de Arbitraje PUCP 4, Lima (2014).
- Linares Jara, Mario. Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la Integración. Lima, GRIJLEY (2008)
- Paulet Monteagudo, Fabiola (2013). El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Arbitraje PUCP*, (3). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9388>.
- Página web del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, <https://carc.pucp.edu.pe/>
- Página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
- Plataforma Digital Única del Estado Peruano, <https://www.gob.pe/>
- Portal CONOSCE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, <https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/>
- Rubio Salcedo, César. Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal, Lima, Gaceta Jurídica (2013)
- Vidal Ramos, Roger. "Ejecución de laudos y terceros", Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental, Biblioteca del Arbitraje Estudio Mario Castillo Freire 60, Lima (2018)
- Villanueva Núñez, Ludovina. Limitaciones en las Facultades de los árbitros, Biblioteca del Arbitraje Estudio Mario Castillo Freire 57, Lima (2018)

Normas Legales

- Decreto Legislativo N°1017 modificado por la Ley N°29873 - Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley N°26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Decreto Supremo N°082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Opinión N°001-2020/DTN de la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Opinión N°065-2019/DTN de la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.



LA IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

Autor:

Fernando Nakaya Vargas Machuca

Recibido: 27/09/2021

Aceptado: 15/10/2021

LA IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

THE IMPORTANCE OF THE SUPLEESS IN THE ARBITRATION

Fernando Nakaya Vargas Machuca¹

SUMARIO:

- I. Antecedentes – Origen del Arbitraje.
- II. El arbitraje en el Perú.
- III. La flexibilidad como una de las principales características del arbitraje
- IV. La flexibilidad como diferencia entre el arbitraje y el proceso judicial.
- V. Marco general del arbitraje y aplicación de figuras procesales.
- VI. Consideraciones finales
- VII. Bibliografía

Resumen.

El presente trabajo analiza la flexibilidad en el arbitraje como una cualidad y ventaja que le permite adecuarse ante ciertas situaciones particulares, de manera tal, que se logre cumplir con el objetivo previsto, superando posibles imprevistos que la rigidez no lo permitiría.

En ese sentido, cuidando siempre mantener las formas básicas para garantizar el desarrollo adecuado de las actuaciones arbitrales y sobre todo el derecho al debido proceso y el derecho de defensa de las partes, la flexibilidad se destaca como una característica importante para que el arbitraje cumpla con su finalidad como mecanismo alternativo de solución de controversias; sin embargo, pese a su relevancia hemos podido observar cómo en algunos casos nos olvidamos de este aspecto tan importante optando por asemejarlo con el proceso judicial, desnaturalizándolo con ello dicho atributo.

Palabras clave: Jurisdicción, flexibilidad, arbitraje.

Abstract.

This work analyzes flexibility in arbitration as a quality and advantage that allows it to adapt to certain particular situations, in such a way that the intended objective is achieved, overcoming possible unforeseen events that rigidity would not allow.

In that sense, always taking care to maintain the basic forms to guarantee the adequate development of the arbitration proceedings and above all the right to due process and the right of defense of the parties, flexibility stands out as an important characteristic for the

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Arbitral y Contrataciones con el Estado. Jefe del Área Arbitral de Torres y Torres Lara Abogados. fnakaya@tytl.com.pe

arbitration to comply with its purpose as an alternative dispute resolution mechanism; However, despite its relevance, we have been able to observe how in some cases we forget this very important aspect, opting to resemble it with the judicial process, thereby denaturing this attribute.

Key words: *Jurisdiction, flexibility, arbitration clause.*

I. ANTECEDENTES – ORIGEN DEL ARBITRAJE.

La presencia de conflictos o controversias entre las personas resulta ser inherente al desarrollo de las relaciones humanas, así pues, se dice que *"el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad"*.²

Esta situación se presenta, pues existen aspectos donde las interrelaciones humanas generan que los derechos y/o expectativas de una persona o grupo de personas colisionan con los derechos y/o expectativas de otros, y es ahí donde surge la necesidad de contar con un mecanismo de solución de conflictos válido y eficaz; y en donde, el heterocompositivo resulta el más idóneo para evitar que dichas partes recurran a la autotutela o uso de la fuerza para imponer su posición, recurriendo a un tercero para que sea este quien dirima entre las partes.

Pero es importante tener en cuenta que no siempre el Estado, tal como lo conocemos en la actualidad, tuvo a su cargo esta función, ya que el camino para que la función jurisdiccional se concentre en el Estado es resultado de años de evolución en las relaciones humanas y la experiencia acumulada. En efecto, son las personas quienes a través de su propia acción y necesidades fueron buscando y creando formas de organización, formando inicialmente parte de grupos con intereses comunes sujetos a reglas básicas que cada vez se hicieron más complejas conforme se fue haciendo más grande el grupo. Así pues, tenemos cómo las familias fueron dejando su núcleo para integrarse con otras familias (como clanes y luego tribus), identificadas por un tema sanguíneo o de afinidad, ya sea territorial o similar, para luego ir ampliando su entorno de relaciones pasando a formar parte de un grupo mayor de personas, vinculadas por una factor de conciencia basado en la supervivencia y poder, dando paso a la época de los imperios, la época feudal y de los reinados, donde el aspecto territorial y económico, sumado a la conquista y la sumisión de pueblos, resultaban ser predominantes para determinar la autoridad al interior de estos; en esta etapa era la fuerza por la fuerza misma la que determinaba no solo el principio de autoridad, sino también la importancia de ser parte de un grupo y de encontrarse protegido por este quedando obligado a respetar sus reglas.

Posteriormente, con la evolución de la idea de nación surgen como factor de integración otros aspectos como los culturales, históricos, económicos, raciales, territoriales, religiosos, etc., que crean la convicción en los distintos grupos de personas de ser parte de un conjunto mayor, asentado en un determinado territorio surgiendo la necesidad de contar con una organización más estable y funcional, en donde la fuerza cede paso, a la voluntad de las personas y en donde se determina en otorgar al Estado -como administrador de dicha

² Zappala, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje ». Vniversitas, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.

organización- el monopolio de la administración de justicia, en lo que conocemos como jurisdicción.

En este breve resumen se busca explicar cómo es que las partes fueron quienes -luego de pasar por mecanismos de autotutela o autocomposición-, descubrieron la necesidad natural de que un tercero con la autoridad y poder suficiente (para garantizar el cumplimiento de su decisión) estuviera a cargo de resolver el conflicto, es así que, surge la figura el jefe del clan, cargo que recaía en el *paterfamilias* o el miembro de mayor edad o el jefe de la tribu, el emperador, el dueño de las tierras o señor feudal, reyes o sus representantes locales, quienes ostentaban esta facultad y cuya decisión era la que ponía fin al conflicto. En muchos casos esta decisión no se consideró correcta por alguna de las partes, lo cual motivó que no fuera respetada, dando lugar a que, en ejercicio del poder se aplicara algún tipo de sanción moral, económica o física a quien no acatará su decisión, creándose así, con el paso del tiempo, la conciencia y costumbre de respetar este orden que permitía superar de una manera racional los conflictos y continuar con el desarrollo de las sociedades.

Es así que, desde sus orígenes podemos apreciar que las partes sometían sus controversias a una persona elegida por ellos para que los resolviera, y quien, ante la falta de leyes generales escritas debía tomar una decisión basada en conocimiento y su criterio de justicia, lo cual con el tiempo se fue volviendo más complejo en tanto más complejas se volvían las relaciones personales y comerciales.

En resumen, podemos señalar que el arbitraje en su esencia y concepto es anterior al nacimiento de los estados, nació como un mecanismo autónomo y natural ante la necesidad de contar con una resolución de conflictos de manera pacífica y neutral.

De este modo, es fácil comprender que el arbitraje no siempre haya estado al alcance de todas las personas, así pues, en sus inicios y luego de su presencia casi natural durante el desarrollo de la humanidad, encontrando en el derecho romano los primeros indicios de su regulación, sin embargo, el punto de partida de esta institución la encontramos en el año 1821, cuando este es adoptado por los comerciantes de dicha época, quienes aplicando las leyes y costumbres comerciales, se organizaron e implementaron un mecanismo de solución rápida de sus conflictos privados, lo cual fue evolucionando y desarrollándose de manera tal que se extendió hacia otras actividades, generalizándose su aplicación, contando en la actualidad con un mecanismo de solución de controversias de carácter privado, mediante el cual las partes delegan de manera voluntaria una determinada, la jurisdicción a un tercero imparcial, otorgándole el poder y autoridad suficiente para aplicar una solución definitiva del conflicto y que se encuentra reconocido en la mayoría de los ordenamientos legales.

En palabras de Roque J. Caivano (Caivano, 1998), el arbitraje comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual en sus efectos a una sentencia judicial. Por cierto, que tiene innumerables ventajas respecto del litigio judicial: por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro; por otro lado, es más informal, más confidencial, más flexible, más rápido.

II. EL ARBITRAJE EN EL PERÚ.

La Constitución de 1979 y posteriormente la de 1993, reconocen expresamente al arbitraje dentro de nuestro ordenamiento legal, como una alternativa ante la jurisdicción a cargo del Estado; lo cual es consecuencia, de que el arbitraje como creación privada de los comerciantes fue ganando poco a poco terreno mostrando sus virtudes, hasta lograr su aceptación a nivel normativo por parte de los estados, pues su eficiencia en la resolución de los conflictos en el mundo comercial representaba un claro ejemplo de un mecanismo eficaz al alcance de las personas y la sociedad hasta lograr su aceptación general.

Sin embargo, recién en el Código Civil de 1984 desarrolla la denominada “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral” siendo este el primer gran paso para el desarrollo del arbitraje en el Perú. A diferencia de lo que lo que conocemos como convenio arbitral, el Código Civil de 1984 regulaba la posibilidad de obligarse anticipadamente a celebrar un compromiso arbitral cuando surja un conflicto, es decir, se trataba de un acuerdo previo para posteriormente formalizar dicha obligación, en la cual se daba una intervención directa y relevante por parte del Poder Judicial, pues era este el encargado de ejecutar e implementar dicho acuerdo, siendo necesario contar con el acuerdo de las partes respecto de las pretensiones para poder disponer el inicio del arbitraje, encargándose además, de designar a los árbitros y resolver las recusaciones contra éstos, situación que originaba demoras excesivas en su tramitación.

La primera Ley de Arbitraje en el Perú se dio con la ley N°15935, publicada el 9 de diciembre de 1992, estableciéndose de ese modo las primeras disposiciones específicas referidas al arbitraje, esta normativa fue derogada por la Ley de Arbitraje N° 26572, vigente del 5 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto del 2008, la cual, si bien representaba un avance en un desarrollo más adecuado del arbitraje, mantenía aún una dependencia al sistema anterior, al contemplarse el recurso de apelación del laudo (de derecho) ante el Poder Judicial o una segunda instancia arbitral, desnaturalizando el arbitraje como instancia independiente y alternativa a la Judicial, situación que fue corregida con la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071.

Es innegable que con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 1 de setiembre del 2008, se ha dado un paso importante en el desarrollo del Arbitraje en nuestro país, pues se implementó una normativa que respetó los principales principios y características que rigen el arbitraje, situando al Perú como uno de los países a la vanguardia en esta materia, al contarse con una ley moderna y con reglas definidas que garantizan un desarrollo adecuado del arbitraje, tanto nacional como internacional.

Son muchos los aciertos que se pueden destacar de la Ley de Arbitraje vigente, como por ejemplo: la desvinculación del Poder Judicial respecto a las actuaciones arbitrales, la incorporación del Tercero No Signatario, la eliminación de la segunda instancia o recurso de apelación, etc., pero tal vez, uno de los más destacados es el reconocer la importancia de la flexibilidad del proceso arbitral, la cual no se encuentra recogida en una norma específica que seguramente limitaría su aplicación, sino que se encuentra como eje de dicha normativa, permitiendo a las partes y árbitros fijar las reglas y adecuar las actuaciones que se den durante el proceso para su adecuado desarrollo.

Como se ha señalado, todo proceso arbitral, por lo general, tiene su origen en el acuerdo de las partes, voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral que permite ante la existencia de una determinada controversia activar dicho mecanismo de solución de conflicto, a través de una comunicación denominada "solicitud de arbitraje", la cual, luego de su contestación o sin ella, se pasa al procedimiento de designación de los árbitros, una vez constituido el Tribunal Arbitral, se fijan las reglas que regirán el arbitraje, para finalmente pasar a lo que es propiamente el proceso, con la presentación de la demanda y sus respectivas pruebas, contestación de demanda (reconvención si la parte demandada lo estimaba pertinente), escritos con peticiones de forma y de fondo, realización de audiencias y la emisión del laudo que pone fin al conflicto.

El D.L. N° 1071, ha determinado acertadamente, que el laudo arbitral solo podrá ser objeto de recurso de anulación ante el Poder Judicial por causales expresamente previstas en la ley, las cuales no permiten revisar el fondo de la decisión adoptada en la instancia arbitral, sino tan solo aspectos formales en garantía del debido proceso, respetándose de ese modo la autonomía de la institución del arbitraje.

Todos los actos descritos previamente, se basan en la autonomía de la voluntad de las partes y libertad de regulación de actuaciones de los árbitros, quienes dentro del margen que la Ley de Arbitraje establece, les permiten materializar esa flexibilización que caracteriza y diferencia al arbitraje frente a su alternativa judicial.

En la actualidad, la mayoría de las actividades y relaciones humanas han sufrido una transformación impulsada por una situación impensada e imprevista, como lo es la pandemia del COVID, que paralizó, sobre todo, el trámite de los diferentes procesos en curso, así como, el inicio de nuevos procesos, situación que se ha visto poco a poco superada teniendo como base a la flexibilidad como un atributo importante, que ha permitido al arbitraje adecuarse rápidamente al nuevo contexto, recuperando un dinamismo a través del empleo de la tecnología, que está y estuvo hace mucho tiempo al alcance de los actores en el arbitraje, pero que no era utilizada en su real dimensión; algunas veces como consecuencia de mantener antiguas costumbres y otras por un excesivo cuidado de las formas.

III. LA FLEXIBILIDAD COMO UNA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE.

El arbitraje se ha convertido en una alternativa cada vez más utilizada y aceptada por las partes para resolver sus controversias, pues se ha ido consolidando como un mecanismo eficaz dadas las características particulares de su institución; sin embargo, se debe tener presente que, si bien el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, existen algunos casos previstos por la ley, en los cuales este mecanismo resulta de concurrencia obligatoria, como sucede por ejemplo en los contratos celebrados bajo el marco legal de la Ley de Contrataciones del Estado o el arbitraje estatutario. Así pues, tenemos que dentro del desarrollo del arbitraje también existe un factor normativo que ha contribuido a su acogida, sobre todo en el marco de las contrataciones públicas donde la imparcialidad e independencia deben ser garantía para la solución de conflictos entre las partes, no siendo recomendable que dicha solución esté en manos del Estado a través del Poder Judicial, pues podría presentarse un doble rol del Estado en dichas relaciones: la de ser juez y parte.

No desarrollaremos todas las características del arbitraje, en primer lugar, porque no es objeto del presente artículo y además, porque existe cuantiosa doctrina sobre este aspecto, por ello, destacaremos tres elementos que resultan útiles para efectos del presente artículo y que son intrínsecos con la naturaleza del arbitraje; dichos elementos son: la especialidad, la rapidez y la flexibilidad.

Estos tres aspectos, tienen especial incidencia al momento de resolver las pretensiones que se resuelven en la vía arbitral y que, comparado con la demora y rigidez de un proceso judicial, resulta ser una gran ventaja para las partes.

La Especialidad: Implica el conocimiento específico sobre una materia, tema o aspecto que otorga la capacidad para desarrollar una actividad determinada. En ese sentido, la ventaja que otorga esta característica al arbitraje radica en que las partes pueden y deberían poner en manos de especialistas la solución de lo que es materia de la controversia, lo cual se puede lograr, ya sea porque establecieron en el convenio arbitral las características del árbitro a ser designado o porque a través de su nombramiento optan por un profesional con los conocimientos y experiencia que garanticen una decisión idónea, incluso aun cuando la designación del árbitro sea efectuada por una institución arbitral; éstas, por lo general, cuentan con una relación de profesionales que han sido evaluados e identificados de acuerdo a sus especialidades para las designaciones teniendo en cuenta lo que se formulen como pretensiones en los casos que administran.

La Rapidez: Esta característica vinculada directamente con el tiempo que toma cierta acción o decisión, es otro aspecto que caracteriza al arbitraje frente a la alternativa judicial, y que está estrechamente ligada a otro factor que influye en calificar a las actuaciones arbitrales desde su inicio hasta su culminación como un proceso rápido. Este factor adicional se encuentra vinculado a la ecuación Carga/Disponibilidad, en donde la excesiva carga procesal que soporta el Poder Judicial influye directamente y negativamente en la cantidad de tiempo con la que cuentan los jueces para resolver las causas que procesan; a diferencia de los árbitros quienes son nombrados para casos puntuales, asegurando de ese modo una solución pronta ante las posiciones de las partes.

Hasta este momento y de acuerdo a las características antes mencionadas cabe reflexionar, sobre la importancia de velar por el cumplimiento de estas dos características, pues la especialidad permitirá que los casos que se tramiten en la vía arbitral sean resueltos de la manera más idónea, con conocimiento y un análisis adecuado de los hechos y la normativa aplicable, asegurando con ello que la decisión que se adopte sea aceptada por las partes en el arbitraje; en tanto, que la rapidez garantizará una decisión en un tiempo que deberá ser el razonable de acuerdo a la complejidad de las pretensiones que se formulen, evitando de ese modo decisiones que por la demora en adoptarse puedan devenir en ineficaces; para ello, además de la independencia e imparcialidad que todo árbitro debe garantizar, debe asegurarse la disponibilidad para atender dichos procesos de manera directa.

La Flexibilidad: Como se señaló al inicio del presente artículo, representa una cualidad que permite adecuarse a ciertas situaciones particulares, de manera tal, que se superen los posibles escenarios imprevistos que se presenten con el fin de lograr cumplir con el objetivo previsto. Sin embargo, esta flexibilidad debe siempre, en el caso del arbitraje, observar un límite establecido que consiste en garantizar el desarrollo adecuado y equitativo de las actuaciones arbitrales y la observancia del derecho al debido proceso y derecho de defensa

de las partes, aspecto que es recogido en el fundamento 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente STC 6167-2005-PHC/TC, que señala:

“la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

La flexibilidad se destaca como una característica importante y particular para que el arbitraje cumpla con su finalidad como mecanismo alternativo de solución de controversias, pues frente a la rigidez que caracteriza a la mayoría de procedimientos y procesos originada por la observancia obligatoria de normas que los regulan y que, no permiten adecuarse a situaciones particulares, impidiendo a sus operadores que puedan hacer prevalecer el fondo sobre la forma, representa sin duda alguna una ventaja que le permite adaptar o adoptar reglas específicas, que en otro caso no sería posible. Sin embargo, un peligro que podría afectar esta cualidad lo constituye la excesiva cautela o minuciosidad por cuidar la forma poniéndola por encima del fondo, lo cual puede llevar inconscientemente a tratar de asemejar al arbitraje con el proceso judicial, desnaturalizando con ello dicho atributo.

Tal como lo indica Jose *MARIA ROJI*³:

“... la flexibilidad no constituye un fin en sí misma, sino un medio a nuestra disposición para alcanzar con mayor eficiencia la verdad en el procedimiento arbitral que sirva para dictar un Laudo que en derecho o equidad resuelva con justicia la controversia entre las partes. Si la flexibilidad pierde ese objetivo, se prostituye, y cuando los letrados la utilizamos para dinamitar un procedimiento al que voluntariamente se sometieron las partes, buscando el beneficio de una de ellas, estamos haciendo flaco favor al arbitraje y siendo infieles a nuestro compromiso con la justicia y con la verdad”.

IV. LA FLEXIBILIDAD COMO DIFERENCIA ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JUDICIAL.

Siendo el arbitraje una vía alternativa para la solución de controversias, que nace del acuerdo de las partes, son ellas quienes en principio determinan los alcances de dicho convenio, donde pueden pactar libremente el tipo de pretensiones que se resolverán por esta vía, el tipo de arbitraje, el número de árbitros, los plazos, el procedimiento para su designación, el requisito para interponer recurso de anulación, entre otros, y en donde la confianza resulta relevante para tal decisión, así pues podemos apreciar que ésta interviene en dos momentos de especial significancia. El primero: al acogerse a este medio de solución apartándose de la jurisdicción del poder judicial, confiando en el arbitraje y poniendo en manos de privados (árbitros) la decisión que ponga fin a las pretensiones; y el segundo: al momento de designar a los árbitros que tendrán a cargo esa función, ya sea que estemos

³ MARIA ROJI, Jose Arbitraje: Flexibilidad y Verdad. En: <https://cms.law/en/content/download/360571>
Consulta: 21 de setiembre de 2021.

ante un árbitro único o un tribunal arbitral, es aquí donde nuevamente interviene la confianza para determinar si las partes están conformes con la designación o si por el contrario cuestionan la misma (recusación), situación que no se presenta ante un proceso judicial, donde las partes al presentar sus posiciones no tienen la oportunidad de elegir a la persona (juez) que resolverá las pretensiones de la demanda, ni las características del mismo, ni aspectos de forma del proceso, debiendo seguir y cumplir con las normas procesales establecidas.

En cuanto, al marco normativo que regula el arbitraje y los procesos judiciales, encontramos otra sustancial diferencia que consiste en que mientras que para el segundo las etapas, plazos y actuaciones se encuentran definidas y reguladas de manera detallada, reduciendo al mínimo su ámbito de adecuación a posibles situaciones particulares que se pueden dar en el devenir de dichos procesos, en el caso del arbitraje sucede todo lo contrario; no existe una regulación al detalle, sino más bien un marco general establecido dentro del cual, se permite a las partes como actores principales del proceso y a los árbitros como directores de dichos procesos, establecer reglas particulares de acuerdo a la complejidad y naturaleza de las pretensiones, lo cual no es más que una expresión más de la flexibilidad que permite el arbitraje.

En palabras de Mario Castillo Freyre⁴ al comentar sobre el Principio de Flexibilidad en el Arbitraje, señala que:

“... consideramos que la flexibilidad del arbitraje se conceptualiza, en primer término, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de los procesos de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales.

Como se recuerda, el Código Procesal Civil peruano y, en general, los códigos de procedimientos civiles en el mundo, establecen términos y procedimientos cuyas normas tienen carácter de orden público, es decir, que, salvo casos absolutamente excepcionales, las partes no pueden disponer algo distinto con respecto a tales disposiciones.

Por el contrario, la Ley de Arbitraje del Perú y, en general, las leyes arbitrales del mundo, si bien contienen grupos de normas de carácter imperativo, como por ejemplo, las relativas a la materia arbitrable, también comprenden otras muchas de carácter dispositivo, con respecto a las cuales las partes pueden establecer disposiciones particulares, incluso apartándose del texto de la propia ley.

La idea general en el arbitraje, es que las partes puedan establecer las normas que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses.

Tratándose de una justicia privada, va implícito en el concepto del arbitraje esa libertad que tienen las partes para autorregular el proceso, de la manera que consideren más conveniente para resolver sus conflictos.

⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Editorial Palestra Editores. Págs. 95 – 96
En: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/\\$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf) Consulta: 21 de setiembre de 2021

En síntesis, la primera aproximación a la flexibilidad en el arbitraje, se da por oposición a los procesos de la justicia ordinaria”.

V. MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE Y APLICACIÓN DE FIGURAS PROCESALES.

El marco general que regula el arbitraje y la no regulación de situaciones específicas, que sí se encuentran recogidas en los diversos códigos procesales, ha ocasionado que, atendiendo a que la finalidad del arbitraje es similar a la del proceso judicial (resolver un conflicto suscitado entre dos partes: demandante y demandado), se opte por recurrir de manera referencial a la normativa procesal, para dar trámite y resolver dichas situaciones, lo cual, si bien reconocemos puede representar un punto de partida para afrontar aquellos aspectos no regulados, consideramos importante evitar caer en la tentación del facilismo de aplicar dichas disposiciones sin una adecuación y evaluación particular de la actuación arbitral que se plantea, así por ejemplo: No existe una regulación en la normativa arbitral respecto a las excepciones que se pueden proponer en el proceso, lo cual si encontramos en el Código Procesal Civil, por tanto resulta lógico que los árbitros se remitan a dicho cuerpo normativo para recoger los aspectos básicos de esta figura jurídica adecuándola a la naturaleza y características propias del arbitraje, así pues para poner un ejemplo planteamos el siguiente caso:

“Se formula una excepción de incompetencia señalando que el Tribunal Arbitral no puede avocarse al conocimiento de las pretensiones reclamadas por el demandante, pues este no ha cumplido con el trámite previo pactado referido al cumplimiento de la etapa de trato directo obligatorio previo al arbitraje, requisito sin el cual, no se puede instaurar o acudir a esta vía”.

Para resolver este tipo de excepción, es importante tener en cuenta que:

- a) La Ley de Arbitraje en su artículo 41° señala que “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje (...) 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.
- b) El mismo artículo 41° dispone que “las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación ...”
- c) Las excepciones no cuentan a nivel arbitral con una regulación como sí sucede en el código procesal civil (artículos 446° al 457°), ello nos lleva a que se tenga que acudir a dicho cuerpo normativo y a la doctrina para poder comprender su naturaleza y características.

En tal sentido, teniendo presente lo señalado y ante una excepción como la planteada en el ejemplo, cabe la interrogante ¿cómo resolver dicho caso? De manera muy breve, consideramos que fundamentalmente, tenemos dos alternativas, ambas viables, pero con efectos significativamente opuestos:

- La primera alternativa, consiste en aplicar los efectos previstos en la norma procesal, es decir, estando ante una excepción de incompetencia y, de verificarse los fundamentos de la misma, se deberá optar por anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso.

- La segunda alternativa, responde a un análisis del caso en particular, la naturaleza del arbitraje, la voluntad de las partes y la flexibilidad que permite el arbitraje, así pues, habiéndose observado el incumplimiento de una etapa previa para el inicio del arbitraje, queda claro que (i) las partes aceptaron esta vía como mecanismo de solución de sus controversias (ii) Existe una condición que no se ha cumplido, (iii) Existen controversias pendientes entre las partes, (iv) Las partes han invertido tiempo y recursos para el inicio del arbitraje, por lo que de ser posible, se podría disponer la suspensión de las actuaciones arbitrales, dando oportunidad a las partes para que cumplan con el trato directo (en el caso del ejemplo planteado) y de no concretarse ningún acuerdo, retomar con el arbitraje.

En el caso de la primera alternativa, si bien recoge la consecuencia directa de una excepción de incompetencia, tiene como efectos que el arbitraje concluya, dando lugar a que las partes tengan que iniciar el trato directo previsto, en el cual si no se llega a un acuerdo, tengan nuevamente que verse inmersas en un arbitraje presentando una nueva solicitud (si los plazos se lo permiten), además del procedimiento de designación de árbitros, lo cual implicaría nuevamente gasto de recursos para las partes. En cambio, en la segunda alternativa, se da la oportunidad a las partes para que subsanen la omisión incurrida, para que en el caso que no lleguen a ningún acuerdo, se pueda retomar las actuaciones arbitrales ya iniciadas, evitando de ese modo, que el tiempo y gestiones invertidas se pierdan.

Hay que hacer presente, que dichas alternativas son posibles en la medida que la flexibilidad del arbitraje le permite adecuarse a situaciones particulares, sin embargo, dicha adecuación no siempre será viable, pues si el cuestionamiento de la competencia se diera por causas que no resultan subsanables, los árbitros tendrían que declararse incompetentes y ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.

El ejemplo planteado, busca mostrar la importancia de la flexibilidad en el arbitraje y cómo los actores en el proceso, sobre todo los árbitros, deben tener presente dicha característica a efectos de adecuar las actuaciones dentro de los márgenes que les permite la ley, en búsqueda de lograr el objetivo que las partes le han encomendado que consiste en resolver las controversias planteadas.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Pocas veces encontramos que los procesos permiten dentro de su estructura o normativa que los regulan, la posibilidad de adecuar sus reglas a la complejidad o situaciones que se pueden presentar durante su desarrollo, sin embargo, ello sí es posible en el arbitraje, dada la flexibilidad que lo caracteriza.

Esta flexibilidad como característica del arbitraje, la encontramos presente en la mayoría de las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje y que recogidas en todos los reglamentos de las instituciones arbitrales que administran estos procesos, y que permiten a las partes y árbitros son fijar las reglas, plazos y disposiciones que regularan sus actuaciones.

Es pues la flexibilidad una ventaja que debe ser bien utilizada en favor de seguir desarrollando el arbitraje, debiendo romper aquella costumbre de quererlo equiparar con

el proceso judicial, pues si bien, ambos cumplen una función similar, su origen y características son diferentes, no debiendo darle al arbitraje, por tanto, la rigidez que caracteriza al proceso judicial.

Finalmente, la flexibilidad debe ser usada procurando que el arbitraje cumpla con su objetivo principal, que reiteramos, es resolver el conflicto entre las partes, dando la oportunidad a estas que puedan poner a disposición de los árbitros todos los elementos necesarios para que tomen conocimiento de los hechos y cuenten con todas las herramientas para emitir su decisión, siempre garantizando el debido proceso y el derecho de acción y defensa de las partes asegurando el trato igualitario a lo largo de todas las actuaciones arbitrales.

BIBLIOGRAFÍA.

- CASTILLO FREYRE, Mario. El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Editorial Palestra Editores. Págs. 95 – 96
En: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/\\$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf) Consulta: 21 de setiembre de 2021
- MARIA ROJI, Jose Arbitraje: Flexibilidad y Verdad.
En: <https://cms.law/en/content/download/360571> Consulta: 21 de setiembre de 2021
- ZAPPALA, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje». *Vniversitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.



LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

Autores:

José Enrique Palma Navea
Erick G. Cuba Meneses

Recibido: 13/08/2021

Aceptado: 25/08/2021

LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

THE IMPUGMENT OF REFEREE'S DECISION

José Enrique Palma Navea¹

Erick G. Cuba Meneses²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Distinciones necesarias: de esencias, naturalezas y mecanismos. Entre la teoría procesal y el arbitraje
- III. La impugnación en el arbitraje.
- IV. Conclusiones.

Resumen

En el presente trabajo los autores analizan el sustento dogmático y legal de los recursos de reconsideración y anulación de las decisiones arbitrales, descubriendo los puntos comunes y divergencias entre los medios impugnatorios en la teoría procesal y el derecho arbitral, aunque sin negar sus elementos comunes y pragmáticos. Luego, analizan los incidentes y características de cada recurso incorporando una exposición de los criterios del Tribunal Constitucional para proceder al amparo arbitral.

Palabras claves: Laudo Arbitral. Anulación. Reconsideración.

Abstract

In this article, the authors analyze the dogmatic and legal foundation of the reconsideration and annulment resources of referee's decisions, discovering the common points and divergence between the challenging means in the procedural theory and the arbitral law, without denying their common

¹ Abogado por la Universidad de Lima con estudios de Maestría y Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio Arrospide & Palma Abogados Consultores S. Civil de R.L. Vocal del Tribunal del Indecopi. Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo de contacto: jpalma@arrpal.com.

² Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios del Máster Level Degree en Derecho Administrativo por la Universidad Paris 2 - Pantheon Assas (Francia) y de la Maestría en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico. Profesor de Derecho Administrativo en el Programa de Especialización en Derecho Administrativo de la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER y de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo - APDA. Árbitro y Consultor en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Gestión Pública, Regulación y Arbitraje. Correo de contacto: ecubam@gmail.com; ecubam@unmsm.edu.pe.

and pragmatic elements. Then, they analyze the incidents and characteristics of each resource incorporating an exposure of the Constitutional Court criteria to proceed to the arbitral protection.

Key words: Referee's Decision. Annulment. Reconsideration

I. INTRODUCCIÓN.

¿Qué pasa cuando una fuerza imparable colisiona contra un muro inamovible? ¿Qué si la respuesta es que nunca se intersectarán y correrán en paralelo? El Estado nunca dejará de existir y si lo hace no desaparecerán las prestaciones del servicio público de administración de justicia. Pero el arbitraje tampoco ha dejado de evolucionar, y desde hace muchas décadas ha cobrado ingente relevancia en la sociedad peruana, volviéndose un mecanismo de resolución de controversias atractivo por su eficiencia.

En un contexto como este, el dilema de la intervención del Estado en la *justicia privada* es uno más cercano a las paradojas que a los teoremas: el Estado busca siempre medidas para intervenir e impregnar y el arbitraje busca medios para continuar moviéndose. Sin embargo, el comercio del mundo moderno exige una delimitación clara de atribuciones y una diferenciación de ámbitos de facultades.

Sin embargo, el arbitraje en su devenir y evolucionar va creando instituciones inicialmente tomadas prestadas por la tradicional teoría procesal y crea a partir de ellas instituciones *sui generis* que van adquiriendo autonomía. Tal es el caso de la garantía impugnatoria en el arbitraje.

En el presente trabajo se aborda el tema de los medios impugnatorios desde ese trasfondo: la interrelación Estado-arbitraje y la comunidad pragmática de la teoría procesal y a la teoría arbitral. Se exponen las incidencias estructurales y procedimentales de los recursos de reconsideración y de anulación del laudo arbitral y las particularidades de cada uno, de los criterios del derecho peruano para el control judicial y constitucional de las decisiones arbitrales. Ello con la esperanza de contribuir a la tentativa respuesta a la pregunta inicialmente planteada: ni el Estado ni el arbitraje se intersectan, el arbitraje sigue evolucionando a lo largo del muro del Estado.

II. DISTINCIONES NECESARIAS: DE ESENCIAS, NATURALEZA Y MECANISMOS. ENTRE LA TEORÍA PROCEDAL Y EL ARBITRAJE.

El arbitraje, si bien es una jurisdicción independiente sustentada en el principio de autonomía de la voluntad³, con reconocimiento y protección constitucional en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se aleja de la naturaleza de los procesos ordinarios, incluso por la misma voluntad de los legisladores del 2008⁴. No obstante, comparte categorías con la teoría general del proceso y la regulación procesal⁵, como lo son los términos “medios impugnatorios” y “recursos”. Concordamos, entonces, con quienes sostienen la utilidad de recurrir a la teoría

³ Ana María Arrarte, “De la interrelación a la interferencia del poder judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación”, *THEMIS* 53 (2007): p. 97.

⁴ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1071, http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1071.pdf.

⁵ Jhoel Chipana Catalán, “Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Tomo II” (Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014).

procesalista a fin de dilucidar ciertos aspectos comunes entre el arbitraje y los procesos ordinarios, como es el caso que nos convoca.

Motivados por la anterior observación, algunos autores proponen la idea que, no es admisible discurrir sobre procesos arbitrales, sino sobre actuaciones arbitrales. Por una cuestión más histórica que conceptual, que además tiene asidero en el derecho positivo nacional, el *íter* de un arbitraje es un producto entero de la voluntad de las partes que arbitran su controversia, aun cuando esta remita a una regulación procedimental específica. A mayor profundidad, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) no regula un *íter* específico, ni siquiera con carácter dispositivo, sino solo contiene disposiciones mínimas. Así pues, lo correcto es referirse a las actuaciones arbitrales, como “conjunto de actuados” y no a un *proceso* o *procedimiento* como tal, términos que designan más precisamente a las actuaciones de la jurisdicción estatal (judicial o administrativa)⁶. Efectivamente, un proceso es un conjunto de actos procesales regulados por normas generales y previas⁷, lo que no sucede con los arbitrajes, regulados por normas acordadas por las partes, que tienen en común con la regulación procesal estatal el respeto a garantías mínimas del debido proceso.

2.1. Brevemente, teoría impugnatoria.

Estas observaciones y las que siguen son necesarias para introducir la diferencia de la teoría impugnatoria arbitral y la teoría procesalista, puesto que un profundo estudio de la teoría general del proceso podría afirmar que existen algunos inconvenientes conceptuales al denominar al recurso de anulación como tal (“recurso”).

El concepto de impugnación forma parte de la teoría general del derecho⁸. Pero, ¿qué es impugnar? Se puede hallar tres acepciones de la palabra “impugnar”. El primero, es un sentido genérico: impugnar es cualquier conducta que apunte a “cuestionar una situación fáctica, un status, un deber, una obligación, con trascendencia en aquel terreno”. El segundo, es un sentido procesal amplísimo, el cual comprende el derecho de acción. El tercero, es un sentido procesal amplio: impugnar es todo ejercicio del derecho de defensa y contradicción que ataca cualquier acto procesal⁹. El último, es un sentido estricto: impugnar significa atacar un acto procesal emitido por el juez. En términos simples, impugnar es cuestionar un acto procesal dictado por el un juzgador, debido a un vicio o defecto de la decisión adoptada por este, a fin de que tal error se corrija, lo cual sirve a la estabilización de aquellas decisiones¹⁰.

Con ello, llegamos a la introducción del término “recurso” en el que se materializa la impugnación. Dentro de la teoría general del proceso, se reconoce que un *recurso* existe “para que se enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido”¹¹. De hecho, la existencia de recursos sustenta la organización jerárquica de “la administración de justicia, con el fin de que,

⁶ Franz Kundmüller Caminiti, “Actuaciones arbitrales”, en *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, Carlos Alberto Soto Coaguila, Alfredo Bullard González (Coord.), et. al. (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA), 384 y ss. (382-391).

⁷ Francesco Carnelutti, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 15.

⁸ Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Tomo I, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950) p. 554.

⁹ Rivas, Adolfo. “Aportes para una teoría de la impugnación”, *Revista del Instituto Colombiana de Derecho Procesal* IX, 9 (1990): 192. (191-209).

¹⁰ Dante Apolín. “Impugnación y adecuación: sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio”. *THEMIS* 58 (2010): 54.

¹¹ Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universal, 1997), 73.

como regla general, todo proceso sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía¹², no obstante, no todos los medios impugnatorios estén destinados a ser conocidos por una *segunda instancia*. (De hecho, por regla general, ello no es así en sede arbitral).

Esto último cobra sentido, toda vez que en la teoría procesal se distingue también entre los recursos propios e impropios. Los propios, son aquellos cuya cognición y resolución competen al órgano inmediato superior¹³; mientras que los impropios, competen al mismo órgano emisor de la decisión cuestionada¹⁴.

En sede nacional, encontramos distinciones entre las impugnaciones al interior del proceso pendiente y aquellas que atacan la resolución final que culmina el proceso. Se ha reflejado ello en la tipología de medios impugnatorios internos y externos¹⁵, de "*teoría impugnatoria recursal*" y "*teoría impugnatoria mediante pretensión autónoma*"¹⁶, de "medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas", "medios de impugnación en un nuevo proceso" y "medios de impugnación consistentes en oposiciones a decisiones judiciales"¹⁷. En las tres tipologías, la primera nomenclatura se reserva a la impugnación de las actuaciones dentro del proceso y la segunda a aquellas fuera del proceso.

A su vez, los recursos pueden clasificarse en ordinario o extraordinarios (según el nivel de conocimiento resolutor), propios o impropios (según el órgano que conoce el recurso), directo o indirecto (según el órgano ante el cual se interpone) o totales o parciales (según la extensión de la materia impugnada)¹⁸.

La doctrina procesalista, en el extremo de los *vicios* o *defectos*, los divide en errores de juicio (*in iudicando*) o procedimentales (*in procedendo*). Los primeros corresponden a "defectos [...] en la *operación intelectual de juzgar* [...]: el juez juzga, pero juzga mal", los cuales se materializan en errores en la apreciación de los hechos y/o de las pruebas ("errores *in iudicando* de hecho"), en la "individualización de la norma del caso (error de *subsunción*)" o "en la interpretación de la norma aplicada (error *interpretativo*)". Los segundos (errores *in procedendo*) se pueden presentar en el *íter* del proceso o en el contenido de la decisión final misma. En el primer caso, la impugnación cuestiona la justicia de la decisión; en el segundo, su validez¹⁹.

2.2 Cuestiones de principio.

En el plano de los principios y en la teoría procesal, se discute la subsunción de la garantía de la impugnación en el derecho fundamental del debido proceso o a la pluralidad de instancia²⁰. El Tribunal Constitucional peruano se ha posicionado en la primera sección en diversas decisiones, pero de manera explícita en la STC N° 5194-2005-PA. Aunque, también este tribunal ha

¹² *Ibidem*, 74.

¹³ Es pertinente aclarar que cuando se habla de "órgano inmediato superior" no se refiere a una autoridad con competencia administrativa sobre el inferior, sino solo respecto a los vicios de las decisiones que puedan ser cuestionados vía medio impugnatorio pertinente.

¹⁴ Renzo Cavani, *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. (Lima: Gaceta jurídica, 2018), 100.

¹⁵ Eugenia Ariano Deho, *Impugnaciones procesales*, (Lima: Instituto Pacífico, 2015): 30-31.

¹⁶ Renzo Cavani, *Op. cit.*, 17.

¹⁷ Dante Apolín. "Impugnación y adecuación: sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio". *THEMIS* 58 (2010): 54-55.

¹⁸ Renzo Cavani, *Op. cit.*, 63.

¹⁹ Eugenia Ariano Deho, *Op. cit.*, 32 y ss.

²⁰ Luis G. Alfaro Velarde, "Ficción y realidad en torno a la garantía constitucional de impugnación", en *Estudios sobre medios impugnatorios en el proceso civil*, Renzo Cavani (Coord.), et. al. (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 91.

vinculado el ejercicio de los medios impugnatorios directamente con el debido proceso, por ejemplo, en las STC de los expedientes acumulados Nos. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA (fundamentos de 3 a 8) o en la STC N° 03261-2005-PA en la que se relaciona el ejercicio de un medio impugnatorio con la existencia de “una estructura jurisdiccional que, cuando menos, se encuentre organizada en una doble instancia” (fundamento 26).

Pese a la aparente discrepancia, es posible concluir que el derecho a los recursos (o la garantía de la impugnación) es uno más comprensivo y genérico que el de la pluralidad de instancia, evidencia de ello es la existencia de *recursos impropios*.

Esta dilucidación es necesaria toda vez que se distingue, en un siguiente nivel, entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, el derecho de los particulares a “acceder a los órganos jurisdiccionales” y a la efectividad de las decisiones adoptadas en un proceso²¹.

III. LA IMPUGNACIÓN EN EL ARBITRAJE.

¿Cómo se relacionan tales observaciones al tema que nos aborda? Pues, la Ley de Arbitraje introduce dos mecanismos para cuestionar las decisiones arbitrales: el recurso de reconsideración, el cual es conocido por el mismo tribunal arbitral emisor de la *actuación* impugnada, y el recurso de anulación, que procede contra el laudo y abre la vía procesal -judicial / estatal- para la revisión de la decisión arbitral por parte del Poder Judicial, ya sea a través de un proceso ordinario o un proceso constitucional.

La garantía de la impugnación es una de las garantías mínimas que debe respetar el arbitraje. Por lo tanto, es indisponible para las partes. Sostenemos que no se puede convenir la imposibilidad de interponer recursos de reconsideración o de anulación del laudo arbitral, toda vez que ambas son expresiones del contenido esencial del debido proceso, en su faz de garantía de la impugnación o derecho a los recursos. Las partes pueden convenir mecanismos “dilatorios”; o, en el caso del recurso de anulación, previos o que brinden seguridad a la contraparte, pueden convenir los plazos para la interposición de los recursos; pero no pueden renunciar a un derecho fundamental. Ello, salvando las derivaciones del principio de no interferencia.

Ahora bien, el recurso de reconsideración (ex reposición de la anterior ley de arbitraje) del artículo 49 de la Ley de Arbitraje y el recurso de anulación tienen distintas configuraciones, las cuales se exponen a continuación.

3.1 El recurso de reconsideración.

3.1.1. Generalidades.

La reconsideración prevista en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje es un verdadero recurso, pese a que la Ley de Arbitraje no lo denomine de esa manera²², lo cual es ratificado por la práctica misma. En ese sentido, el recurso de reconsideración tiene las características de ser ordinario, impropio y directo. Es ordinario, por cuanto, mediante él puede cuestionarse cualquier decisión del tribunal arbitral distinta al laudo en todo su alcance. Es impropio, habida cuenta que el

²¹ STC N° 763-2005-PA/TC, del 13 de abril de 2013, fundamento jurídico 6.

²² Ricardo Luque Gamero, “Reconsideración”, en *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Coord.), (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 565 (564-578).

órgano que conoce y resuelve el recurso es el mismo que emite la *actuación arbitral* cuestionada, es decir, en ambos casos, el tribunal arbitral. Es directo, puesto que se interpone ante el mismo tribunal arbitral.

En cuanto a lo primero, el mencionado artículo de la Ley de Arbitraje permite someter a reconsideración todas las decisiones arbitrales distintas al laudo. Ello implica poder reconsiderar las decisiones (i) sobre la fijación de honorarios profesionales, ya sea durante el procedimiento o, en su caso, durante la fase de ejecución del laudo, de acuerdo al artículo 72.5 de la Ley de Arbitraje; (ii) sobre las medidas cautelares, conforme al artículo 47.3 de la Ley de Arbitraje; y, (iii) aquella que si bien la Ley de Arbitraje no lo dice expresamente, puedan ser adoptadas durante la fase de ejecución de laudo y las otras decisiones de mero impulso. No es posible, por tanto, cuestionar en sede arbitral las decisiones sobre la integración, interpretación, exclusión o rectificación del laudo. Tampoco es posible someter a reconsideración los laudos parciales²³.

3.1.2 Control estatal sobre decisiones arbitrales distintas al laudo.

¿Puede cuestionarse judicialmente la resolución de un recurso de reconsideración? La respuesta es que no se podrá “nunca salir del foro arbitral”²⁴ durante el devenir de las actuaciones arbitrales, excepto en los casos en que se requiera de la colaboración judicial. La decisión que resuelve un recurso de reconsideración cierra absolutamente la puerta a cualquier vía de impugnación posterior. Una respuesta distinta contravendría la naturaleza contractual del arbitraje. Se debe partir de una interpretación de la Ley de Arbitraje desde el principio de autonomía de la voluntad, de no interferencia y seguridad jurídica. La Ley de Arbitraje, en su artículo 3.1, prescribe que solo se admite la intervención judicial en los casos en que la ley así lo regule: si la ley o el acuerdo de las partes no establece impugnación alguna, entonces esta no tiene cabida. En conjunción con la reflexión ya expuesta sobre la voluntad de los legisladores del 2008, se concluye que la decisión que resuelve un recurso de reconsideración es inimpugnable, sin perjuicio de que se expongan los argumentos de la reconsideración o que la decisión misma sea vulneradora de derechos fundamentales y/o se haga notar un vicio en la decisión y el tribunal arbitral de oficio decida subsanarlo. Dicha respuesta es compartida por la doctrina nacional²⁵.

Tal posibilidad ha sido admitida solo para los errores *in procedendo*, previa notificación a las partes y dentro del plazo con que las mismas cuentan, vencido este y si se verifica que el defecto es manifiesto, el tribunal puede subsanarlo con el acuerdo y la anuencia de las partes, de lo contrario, el defecto se *convalidará*²⁶. No obstante, ante el silencio de la ley, podría adoptarse una interpretación diferente. Sin perjuicio de ello, la parte perjudicada debiera expresar la existencia de la afectación o el vicio, sobre todo si es insubsanable, en el momento oportuno y hacerlo valer en el futuro recurso de anulación del laudo.

²³ *Ibidem*, 565.

²⁴ Guillermo Lohmann Luca de Tena, “Interferencia Judicial en los arbitrajes”, *Revista Peruana de Arbitraje* 1, 2005: 265-280.

²⁵ Alfredo Bullard González, “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. *Derecho & Sociedad* 38, (2012): 17-31.

²⁶ Ricardo Luque Gamero, *Op. cit.*, 573-574.

3.1.3 Cuestiones de trámite del recurso reconsideración.

En relación a los requisitos subjetivos del recurso, este solo puede ser interpuesto por aquellos que son parte en el arbitraje. La eficacia de las decisiones judiciales alcanza a la generalidad de los ciudadanos. En cambio, las decisiones arbitrales son solo eficaces para las partes que arbitran su controversia. Por ello, ningún tercero está legitimado a plantear una oposición o impugnación en el arbitraje, salvo los supuestos del artículo 14 de la Ley de Arbitraje²⁷.

En cuanto al ámbito objetivo del recurso, como ya se dijo, la definición de la reconsideración es configurada por exclusión: se impugna a través de ella las resoluciones distintas al laudo, al laudo parcial y las referidas a la rectificación, exclusión, integración o interpretación del laudo. Se entiende la exclusión de los laudos parciales y finales, debido a que son decisiones definitivas atinentes a la controversia, además los primeros son tales porque deciden sobre aspectos que las partes o el tribunal acuerdan resolver previamente a otras²⁸. No obstante, y aquí no hacemos sino recoger las observaciones de Gamero, es posible que las resoluciones que contienen laudos parciales, contengan pronunciamientos sobre concesión de medidas cautelares, por lo que, en estos casos, procederá el recurso de reconsideración contra ese extremo de la resolución²⁹.

En cuanto a los otros supuestos, se entiende su exclusión dado que, una vez corregido el error material, en el caso de la reconsideración, o excluido o integrado el aspecto (im)pertinente del laudo o interpretado el extremo exigido, estamos en todos los casos frente a la decisión final (respecto de un extremo o de toda la controversia) del tribunal. Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 63.7 de la Ley de Arbitraje que dispone que: “No procede la anulación del laudo si la **causal** que se invoca ha podido ser **subsana** mediante **rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo** y la parte interesada no cumplió con solicitarlos” (resaltado agregado). Es decir, el sustento de esta exclusión es que tales figuras apuntan a errores subsanables del laudo y no de *otras* decisiones.

Por lo demás, el recurso debe interponerse ante el mismo tribunal arbitral y, salvo pacto en contrario, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión.

En último lugar, si no se pacta en contrario, el recurso de reconsideración produce efecto suspensivo. Se ha observado esta disposición, toda vez que resta seguridad jurídica y mayor riesgo de sufrir “perjuicios por ejecuciones anticipadas de las resoluciones que, precisamente, puedan haber sido, como de hecho lo son, impugnadas”³⁰.

3.2 El recurso de anulación de laudo.

3.2.2 Generalidades.

El recurso de anulación no tiene otro fin que el cuestionamiento de la validez del laudo, según lo disponen los artículos 62.1 y 62.2 de la Ley de Arbitraje. En efecto, el recurso de anulación de laudo es un medio impugnatorio que se constituye como “una acción autónoma de impugnación” que “tiene como finalidad obtener la declaración de nulidad del laudo arbitral,

²⁷ *Ibidem*, 575-576.

²⁸ *Ibidem*, 575-576.

²⁹ *Ibidem*, 576.

³⁰ Jhoel Chipana Catalán, *Op. cit.*: 803.

siempre que se den los motivos legales para ello". Dada su condición de acción, "[el] recurso de anulación contra los laudos supone la concesión en la regulación del arbitraje, del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva"³¹.

Sin embargo, la nomenclatura no está exenta de cuestionamientos, puesto que -en teoría- un recurso es un medio impugnatorio interno. Por ello, se sostiene que el recurso de anulación no presupone "la preexistencia [salvando la redundancia] de una relación jurídico-procesal ni de la existencia de un acto procesal contra el que se interpone el recurso [...], pero la utilización del término resulta oportuna por cuanto recalca la función jurisdiccional que el laudo definitivo está llamado a desempeñar"³². Además, se trata de un nombre de uso ya extendido y convencional, aceptado en el Derecho nacional, comparado e internacional.

De hecho, la Secretaría de la CNUDMI en la Nota Explicativa de la Ley Modelo CNUDMI versión 2016 describe el recurso de anulación como aquel que permite recurrir ante un tribunal judicial / estatal.

Prima facie, creemos que no se trata en esencia de un recurso, en base al principio del *nomen iuris*, sino que, ha sido configurado como un medio impugnatorio externo al proceso, una acción o mecanismo de tutela judicial, que representa un control judicial ex-post e impide por su naturaleza y configuración una revisión del fondo.

Ahora bien, esta no es la única manera de analizar el recurso de anulación de laudo. Bullard González sostiene que la naturaleza de este recurso es contractual y no procesal, por lo tanto, su análisis debe ser desde la perspectiva del Derecho Privado y no del Derecho Procesal (público). En ese sentido, a lo que apunta el recurso de anulación es a "proteger y ejecutar, el convenio arbitral". Desde este punto de vista, el recurso de "anulación es consecuencia de que el carácter autoejecutable del convenio excluye la revisión previa a la ejecución", por lo cual requiere de una revisión ulterior que verifique "si la ejecución no fue adecuada por ir contra la Ley o contra el pacto". Con ello, se excluye cualquier forma de categorización o clasificación desde la teoría procesalista: el recurso de anulación es un remedio al incumplimiento del convenio ya sea de las partes o de los árbitros; y, ello, por otro lado, implica que el recurso de anulación es una figura de derecho sustancial.

Como evidencia de la solidez de esta tesis, Reggiardo argumenta el requisito de la subsanación del laudo mediante integración, exclusión, rectificación y/o interpretación como paso previo a la interposición del recurso de anulación, de acuerdo al artículo 63.7 de la Ley de Arbitraje. "La subsanación del laudo protege la inevitabilidad del arbitraje porque limita la procedencia del recurso de anulación de laudo, de modo que el vicio por el cual se pretende ir al Poder Judicial podría ser corregido por los propios árbitros"³³.

Las observaciones de Bullard González expuestas anteriormente pueden explicar por qué el recurso de anulación solo admite la revisión de la validez del laudo. Al ser este el producto de la ejecución de un contrato (convenio arbitral), el recurso de anulación es un remedio contractual que se le otorga a las partes frente al incumplimiento de lo acordado en el convenio arbitral

³¹ Marino de Llana Vicente, "El recurso de anulación contra laudo arbitral", Boletín del Ministerio de Justicia N° 1859, 1999: 3877-3905, 3880.

³² *Ibidem*.

³³ Mario Reggiardo, "Una Revisión Funcional Al Recurso De Anulación De Laudo En El Perú". *Forseti. Revista De Derecho* 2 (2), 2019, 145-178. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1208>: 152.

sucedido en el devenir de las actuaciones arbitrales o contenido en el laudo y que este refleja³⁴, aunque también es posible la anulación del laudo por la vulneración del ordenamiento jurídico por una falta de adecuación del contenido y objeto del convenio con el marco legal vigente.

Por otro lado, Avendaño Valdez sostiene que la “validez del laudo es de naturaleza procesal más que civil” y que “el juez estatal solo puede pronunciarse sobre el aspecto externo del laudo analizando si tiene algún *error in procedendo*”³⁵. En ese marco, el citado autor califica el recurso de anulación como extraordinario, habida cuenta de que “solo procede en los casos preestablecidos por el legislador; sirve para impugnar ciertos vicios de un fallo, los poderes del juez o tribunal que debe resolverlos son más limitados [...] y no está abierto sino en tanto que no sea viable un recurso ordinario”.³⁶

Cuando se expuso sobre los errores que pueden objetarse vía impugnación, se dijo que el efecto de la impugnación por errores *in procedendo* es la declaración de validez o nulidad del acto procesal impugnado. De conformidad con el artículo 62.1 de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación se resuelve declarando la validez o nulidad del laudo. Ello significa que no es posible cuestionar la *justicia* del laudo mediante este recurso, es decir, no se pueden objetar errores *in iudicando*, es decir, el recurso de anulación no permite una revisión del fondo de la controversia. Ello es consecuencia del trasfondo de política jurídica de la Ley de Arbitraje y el principio de no interferencia.

Ello *prima facie*, puesto que se ha sostenido que el recurso de anulación no está construido para la revisión de errores³⁷; además, los laudos son -en principio- inapelables, tal como lo dispone el artículo 59.1 de la Ley de Arbitraje. En efecto, ninguna de las causales previstas en el artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje parece estar abierta a la revisión de cualquier *error*. Aún más, no se encuentra referencia a error alguno entre la doctrina procesal que ha tratado del tema³⁸. Bullard González distingue entre las causales que buscan revisar la adecuación del convenio arbitral o su ejecución al ordenamiento jurídico y las que buscan revisar si la ejecución del convenio fue acorde al contenido del mismo, mas no recurre al termino error en su razonamiento.

Ciertamente se trata de un tema aun debatible. Sin embargo, queremos dejar sentado que si el recurso de anulación de laudo no está destinado a revisar errores *in procedendo*, ello significaría que no es posible hacer valer una serie amplia de derechos derivados del debido proceso (formal). Pero los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional no parecen concordar con una postura restrictiva.

³⁴ Alfredo Bullard González, Op. cit., 26.

³⁵ Juan L. Avendaño Valdez, “Art. 62º – Recurso de Anulación”, en *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, Carlos Alberto Soto Coáguila y Alfredo Bullard González (Coord.), (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 684-690.

³⁶ Mario Alzamora Valdez citado por Juan L. Avendaño Valdez, Op. cit., 585-86.

³⁷ Jhoel Chipana Catalán, *Op. cit.*

³⁸ Eugenia S. M. Ariano Deho, “Las impugnaciones en el arbitraje entre pasado y presente”, en *Arbitraje. Panorama actual del arbitraje* (Lima: Themis-Thomson Reuters, 2015), 257 - 284. Recuperado de: https://www.pucp.edu.pe/profesor/eugenia-ariano-deho/publicaciones/?x&orden=titulo#:-:text=http%3A/www1.legalpublishing.cl%3A8080/coleccionarbitraje/%3Fpage_id%3D135

3.2.3 Control estatal sobre el laudo.

En solución de continuidad, la respuesta debería iniciar con el alcance del recurso de anulación de laudo. Si el recurso es un verdadero medio de impugnación externo -en cuyo caso ya no se le calificaría como ordinario o extraordinario, entre las clasificaciones indicadas párrafos arriba-, entonces sería *procedente* para el conocimiento de cualquier error *in procedendo*, es decir, podría solicitarse tutela respecto de cualquier afectación al debido proceso. De lo contrario, esto es, si el recurso es puramente contractual, regulado por el Derecho Privado, entonces, no hay mayor discusión y el método de su estudio es del todo distinto. Lo cual tiene repercusiones prácticas.

El Tribunal Constitucional ha adoptado distintos criterios a lo largo de sus encuentros con el arbitraje en lo que respecta a la intervención estatal en la "jurisdicción" arbitral. No haremos aquí un nuevo recuento de estos criterios, no tanto por la falta de espacio, sino porque la doctrina nacional y el mismo tribunal han realizado ese recuento en varias ocasiones. Nos limitaremos a exponer el criterio del precedente vinculante del Caso Minera María Julia en la STC N° 00142-2011-PA/TC, obrante a fojas 20. Ello tendrá dos objetivos: exponer esos criterios como parte del objeto de este trabajo y procurar tener claridad sobre la naturaleza del recurso de anulación en el derecho peruano.

Desde antes de la dación de la Ley de Arbitraje se discutía respecto del alcance del recurso de anulación en lo concerniente al debido proceso. Antes del precedente María Julia, se podría encontrar varias posiciones distintas hasta cierto punto. La doctrina exponía conclusiones como que el recurso de anulación, tal y como era configurado por la derogada Ley General de Arbitraje -y ahora por la Ley de Arbitraje-, permitía la revisión de cualquier vulneración del debido proceso³⁹; o que solo permitía cuestionar vulneraciones al derecho de defensa; o que, desde una perspectiva de *lege ferenda* -en relación con la Ley General de Arbitraje- no debería admitirse la revisión de ningún aspecto del debido proceso por parte de la justicia ordinaria bajo el recurso de anulación, sino por parte de la justicia constitucional mediante el recurso de amparo⁴⁰, claro está, antes del precedente María Julia.

Dichas interpretaciones devenían de la causal contemplada en el artículo 73.2 de la derogada Ley General de Arbitraje y en el artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje que refieren como causal de anulación, la indefensión de una de las partes, en contextos en el que el Tribunal Constitucional comprendía el recurso de anulación como vía previa⁴¹. En concreto, esa causal comprendía el debido proceso y todas sus dimanaciones; y, en concreto, ello significaba crear una nueva causal de anulación⁴².

Con la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, el legislador oportunamente establece que, el recurso de anulación es una vía igualmente satisfactoria en

³⁹ Ana M. Arrarte Arisnabarreta. "Apuntes Sobre El Debido Proceso En El Arbitraje: La Anulación De Laudo Y El Proceso De Amparo", *IUS ET VERITAS* 17 (35), 2007, 70-90. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12285>: 77.

⁴⁰ *Ibidem*: 79.

⁴¹ STC N° 6167-2005-PHC/TC, de 28 de febrero de 2006, f.j. 14.

⁴² Ana M. Arrarte Arisnabarreta. "Apuntes Sobre El Debido Proceso En El Arbitraje: La Anulación De Laudo Y El Proceso De Amparo", *Op. cit.*: 78.

relación a los procesos constitucionales. Ante ello, el Tribunal Constitucional sale al paso y establece una serie de reglas de procedencia que se adaptan a la nueva legislación.

En la sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC, en su fundamento jurídico 20, el Tribunal Constitucional enumera las siguientes reglas de procedencia de amparos arbitrales:

- (i) El recurso de anulación es una vía igualmente satisfactoria que determina la improcedencia del amparo arbitral.
- (ii) La causal del artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje impide el control constitucional sobre el laudo por vulneración del debido proceso.
- (iii) No procede el amparo que cuestiona “la falta de convenio arbitral”.
- (iv) No procede el amparo arbitral contra laudo por haberse decidido sobre materia no arbitrable.
- (v) El amparo interpuesto en contravención a las reglas del precedente no surte efecto suspensivo.
- (vi) Las partes disponen del amparo únicamente para cuestionar lo decidido por el Poder Judicial, vía amparo contra resoluciones judiciales.

Acto seguido, en el fundamento jurídico 21, el Tribunal Constitucional incorpora tres excepciones. El amparo arbitral solo procede, entonces, cuando se verifique al menos uno de los siguientes tres supuestos:

- (i) El laudo incumple los precedentes del Tribunal Constitucional.
- (ii) El tribunal arbitral realiza control difuso de constitucionalidad de una norma declarada constitucional por el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
- (iii) El amparo es interpuesto por un tercero que no está incurso en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Entonces, ¿cabe argumentar que el artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje contiene la vulneración del debido proceso como causal de anulación? Hoy en día la doctrina lo entiende de esa manera⁴³ y el criterio expuesto permite inferirlo, puesto que el Tribunal Constitucional no excluye el amparo arbitral en los casos de vulneración del debido proceso porque no esté contemplado en el artículo indicado, sino porque el recurso de anulación es la vía específica para su tutela. Aunque sí se hallan discrepancias en cuanto al contenido del *debido proceso* al momento de interpretar la causal⁴⁴. Es decir, no ha cambiado nada, solo que hay mayor certeza sobre la respuesta. Luego, el recurso de anulación sí existe para revisar errores *in procedendo*, puesto que es impensable que se admite cuestionar afectaciones al debido proceso no conducibles a errores de esa categoría. Además, la práctica jurisprudencial admite la alegación de vicios de motivación⁴⁵, lo cual es posible incluso por una interpretación sistemática del

⁴³ Mario Castillo Freyre & Ricardo Vasquez Kunze, *Arbitraje. El juicio privado la verdadera reforma de la justicia* (Lima: Palestra Editores, 2006), 258. Fernando Cantuarias Salaverry citado por Jhoel Chipana Catalán, *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Tomo II (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014): 980.

⁴⁴ Alfredo Bullard González, Op. cit., 28.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la SCSJL del Expediente N° 00176-2020-0-1817-SP-CO-01, considerando sexto, en la que la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial arguye que lo que debe verificarse en sede judicial es que el laudo cuente con motivación fáctica y jurídica; SCSJL del Expediente N° 00367-2020-0-1817-SPCO-01, en que se declara fundado el recurso de anulación por falta de motivación del laudo debido a un razonamiento incongruente y a la mera enunciación de hechos y norma aplicable por parte del árbitro; la SCSJL recaída en el Expediente N° 00440-2020-0-1817-SP-CO-01 en la

artículo 63.1.b y el artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje, de hecho, es la causal más invocada en sede judicial cuando se alude al debido proceso y que está en estrecha conexión con el derecho de defensa.

No obstante, ello aun no contesta del todo la pregunta por la naturaleza sustantiva o procesal del recurso de anulación. Mientras más se ahonda en ello, más sentido parece cobrar la afirmación de que el recurso de anulación está dirigido a verificar que la ejecución del convenio fue acorde a su contenido.

En seguida, uno se pregunta en qué altera esto el alcance del recurso de anulación y, en consecuencia, del control estatal sobre el laudo. La respuesta es que se extiende hasta que la interpretación de lo que es debido proceso (arbitral) lo permita, pero excluye el cuestionamiento y control de cualquier aspecto atinente al debido proceso sustantivo; es decir, al derecho a obtener una decisión justa, porque ello implicaría que el juez estatal pudiera ponderar el mérito de la decisión del árbitro, lo cual está prohibido. El recurso de anulación no apunta a cuestionar la justicia del laudo, sino su conformidad con el pacto de las partes y con el ordenamiento.

3.2.4 Cuestiones procedimentales.

En cuanto al objeto del recurso de anulación, este es la declaración de nulidad del laudo, no es un cuestionamiento a los árbitros, aunque sí a su autoridad, cuando la causa de anulación se relacione con el ejercicio de la competencia de los árbitros; por lo que los árbitros no están legitimados para actuar como partes en el proceso. La consecuencia inmediata de ello es que el recurso de anulación no otorga la facultad de revocar o reformar ningún extremo de la decisión final sobre el fondo adoptada por los árbitros⁴⁶.

En cuanto a la legitimación, esta asiste únicamente a las partes del convenio arbitral, puesto que son ellas quienes celebraron el convenio y a las únicas a las que vincula el laudo.

En tanto a las cuestiones del trámite, el plazo para la interposición del recurso es de 20 días computado desde la fecha de notificado el laudo o desde la notificación del documento que resuelve, ya sea a iniciativa de las partes o por iniciativa del tribunal, respecto de la interpretación, integración, rectificación o exclusión del laudo.

En esa línea, la fundamentación sobre la cual se base la aparente nulidad del laudo debe ser objeto de reclamo ante el tribunal arbitral y agotarse las vías para cuestionar el aparente vicio, de manera que “[no] procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”. Así lo dispone el artículo 63.7 de la Ley de Arbitraje.

Respecto de la competencia para conocer del recurso de anulación, el artículo 64.1 de la Ley de Arbitraje establece que, esta corresponde a las cortes superiores del distrito judicial del lugar en el que se dictó el laudo, específicamente a las salas comerciales de los juzgados superiores. Una arista de ello que nos gustaría destacar es que los juzgados comerciales conocen de *todos* los recursos de anulación, incluyendo los incoados con ocasión de un arbitraje con el Estado. ¿Es esto correcto? ¿Por qué un laudo que resuelve sobre una controversia de trascendencia

que la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial declara infundado el recurso de anulación por haberse configurado un motivación adecuada, entre otras.

⁴⁶ Ana M. Arrarte Arisnabarreta. *Op. cit.*

pública, que vincula al Estado actuando como persona de Derecho Público y que decide sobre un contrato regido por el Derecho Público debe ser sometido a un juzgado “especializado en lo comercial”, es decir, especializado en relaciones de Derecho Privado? El legislador no ha ofrecido mayor explicación, sino que se limitó a zanjar la cuestión *para todos o para nadie*, creemos, de manera errónea. El mismo silencio guarda la Ley N° 30225 y el Decreto Legislativo N° 1362. En nuestra opinión, para una futura reforma, debería contemplarse que los laudos sobre contratos públicos sean revisados por los jueces especializados en lo contencioso administrativo, que cuenta con los conocimientos y técnicas especiales para resolver tales controversias, tal y como se concibe en otras latitudes como Colombia o Francia.

3.2.5 Causales de anulación.

3.2.5.1 Falta de convenio arbitral.

No cabe duda de que “si el nacimiento del arbitraje obedece a la existencia y eficacia del convenio arbitral, cuando no existe dicho convenio o este es inválido, carecería de todo sentido otorgar eficacia al laudo”⁴⁷. Esta causal contempla la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral. En definitiva, para determinar la concurrencia de alguno de esos aspectos debe acudir a la regulación sustantiva: los artículos 219 y 221 del Código Civil. Sin embargo, debe tenerse cuidado al momento de la aplicación de esas causales, “en la medida en que en un proceso de anulación de laudo el análisis sobre la nulidad del convenio arbitral no es tan profundo como el que se realizaría en un proceso de conocimiento”⁴⁸. Pero, además, también puede viciar el convenio la inobservancia del artículo 13 de la Ley de Arbitraje.

Resulta pertinente señalar que, esta causal ha sido rechazada, como es de esperarse, cuando es invocada por el demandante del proceso arbitral⁴⁹.

3.2.5.2 Indefensión de las partes o debido proceso.

Esta causal es el meollo del asunto de la extensión del recurso de anulación; y, por ello del control estatal sobre las decisiones arbitrales. Teniendo en cuenta que se revisó los aspectos relativos al debido proceso en su momento, nos limitaremos a suscribir lo señalado por Arrarte Arisnabarreta respecto del contenido del debido proceso arbitral, el cual estaría conformado por:

“a) El derecho a ejercer la autonomía de la voluntad y celebrar un convenio arbitral que otorgue a los particulares la potestad de resolver las controversias que surjan respecto de derechos disponibles.

b) El derecho a elegir a los árbitros que resolverán las controversias que -dentro del margen que le otorga el ordenamiento jurídico- sometan a su conocimiento.

⁴⁷ Rita Sobroso Minaya, “La nulidad del convenio arbitral como causal de anulación del laudo arbitral”, en *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*, Castillo Freyre, Mario (Dir.) et. al. (Lima: Palestra Editores, Estudio Mario Castillo Freyre, 2007), 285.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ SCSJL recaída en el Expediente N° 00365-2020-0-1817-SP-CO-01.

c) *El derecho a establecer el procedimiento con el que los árbitros deberán resolver las controversias, en la medida que respeten preceptos mínimos como el derecho de defensa, prueba, audiencia, etcétera.*

d) *El derecho a que se resuelva en base a criterios de conciencia, y no aplicando el ordenamiento jurídico, en la medida que respeten los derechos fundamentales*⁵⁰.

Mientras que aquellos que conformarían el núcleo del debido proceso arbitral son:

“a) El derecho de defensa, que se manifiesta en la contradicción y audiencia.

b) El derecho a un juez (o árbitro) imparcial.

c) El derecho a la prueba (que comprende el derecho al ofrecimiento, admisión y valoración de medios de prueba).

d) El derecho a una debida motivación de las decisiones.

*e) El derecho a la igualdad de trato*⁵¹.

Adviértase que esta causal otorga relevancia a la notificación de las actuaciones arbitrales y al ejercicio derecho de defensa. Por lo tanto, la parte impugnante debería demostrar cómo la afectación al debido proceso se reconduce a un menoscabo del derecho de defensa.

3.2.5.3 La composición del tribunal o las actuaciones no se ejecutaron conforme a lo pactado por las partes.

Esta causal está prevista para la revisión de si la composición del tribunal arbitral y el “procedimiento” se llevó a cabo de conformidad con el contenido del convenio arbitral o con lo dispuesto en algún reglamento cuya aplicación fue acordada por las partes. Por lo tanto, el artículo comprende, entre otros aspectos, el hecho que no se siguió el procedimiento pactado para el nombramiento de los árbitros o que en su devenir se sucedieron algunos defectos que alejan el resultado del pacto, que los árbitros designados no están habilitados o no tienen capacidad para ser árbitros⁵², que la composición del tribunal se aleja del pacto en cuanto al nombramiento de un árbitro especializado en una determinada materia o profesión, o, en general, a una contravención a los artículos 20 a 25 de la Ley de Arbitraje.

3.2.5.4 El tribunal resolvió sobre materias respecto de las que es incompetente.

Existen dos perspectivas sobre esta causal. Se puede sostener, en principio, que guarda relación con los conceptos de *ultra petita* o *extra petita* de la teoría procesal civil⁵³ o que estamos ante figuras completamente distintas, puesto que aquellas no comprenden “la materia que no esté comprendida dentro del pacto arbitral, sea que este se derive del mismo convenio, de reglas

⁵⁰ Ana M. Arrarte Arisnabarreta. “Apuntes sobre el Debido Proceso en el Arbitraje: la Anulación de Laudo y el Proceso de Amparo”, Op. cit. 88

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Juan L. Avendaño Valdez, “Art. 63º – Causales de Anulación”, en *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Coord.), (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 690-720: 704.

⁵³ Jhoel Chipana Catalán, *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Op. cit.: 803.

establecidas con posterioridad o de la conducta u omisión de las partes” y que la limitación de los árbitros proviene del convenio mismo y no del ordenamiento como en el caso de los jueces⁵⁴.

En esa línea, Cantuarias Salaverry sostiene que, “solo será procedente aplicar esta causal cuando se pruebe de manera fehaciente, de una superficial lectura del convenio y del laudo arbitral, que manifiestamente los árbitros han excedido su poder”, puesto que es posible que los árbitros deban pronunciarse sobre un aspecto accesorio de las pretensiones de las partes, sin que ello implique una transgresión de sus limitaciones⁵⁵.

Así, pues esta causal se configurará si los árbitros se pronuncian sobre una materia no cubierta por el convenio y sobre la cual las partes no autorizaron un pronunciamiento -excepto en aspectos accesorios y aquellos asuntos que las partes hayan convalidado posteriormente o cuya incorporación no haya sido objetada oportunamente-⁵⁶, si se pronuncian sobre un contrato distinto al que contenía en convenio arbitral, entre otras situaciones.

3.2.5.5 El tribunal resuelve sobre materias no arbitrables.

Es de advertir que bajo esta causal no puede identificarse el orden público o las materias indisponibles, puesto que puede darse el caso que, cuestiones calificadas típicamente como de orden público, sean arbitrables porque una norma con rango de ley así lo dispone o que el ordenamiento admita el arbitraje en relación a una materia que no es disponible⁵⁷. Básicamente, lo arbitrable es lo que la ley prescribe que es y no se identifica con el orden público; dudosamente se pudiera hablar de una relación de inclusión⁵⁸.

Ante la indeterminación por parte de la Ley de Arbitraje tanto en los artículos 2 y 63.2.e), Avendaño Valdez sostiene que, lo que se concrete como arbitrable o no es un trabajo de interpretación del juzgador en el caso concreto o respecto del tópico concreto, más bien esa sería la intención de la ley: que la práctica defina lo que es arbitrable a partir de las herramientas que el ordenamiento prevé⁵⁹.

Incluso se han construido varios criterios para determinar si una materia es *disponible y por tanto arbitrable* -aunque ya se haya visto que no necesariamente es inarbitrable una materia indisponible-, como es el criterio de la patrimonialidad, según el cual es arbitrable aquello que pertenezca al ámbito patrimonial y no extrapatrimonial de los sujetos o el criterio de la disponibilidad conforme a derecho tal como se expuso, un criterio que permite de mejor manera determinar lo arbitrable desde una óptica más segura y clara⁶⁰. Este último criterio también contempla supuestos en los que una materia no es arbitrable en razón de las circunstancias de la persona⁶¹.

⁵⁴ Alfredo Bullard González, Op. cit., 29.

⁵⁵ Fernando Cantuarias Salaverry. La Anulación De Un Laudo Arbitral Por La Causal De Exceso En La Resolución De La Materia Sometida a Arbitraje. *IUS ET VERITAS* 15 (30), 2005, 203-209. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11800>: 207.

⁵⁶ Alfredo Bullard González, Op. cit., 29.

⁵⁷ Alfredo Bullard González, Op. cit., 29.

⁵⁸ Penny Madden QC, et. al., “*Arbitrability and Public Policy Challenges*”, 8 de junio de 2021. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7cc9f4ed-b97f-4cb5-adc2-86b968981d29>.

⁵⁹ Juan L. Avendaño Valdez, “Art. 63º – Causales de Anulación”, Op. cit.: 708.

⁶⁰ Esteban Alva Navarro, “*La anulación del laudo*”, (Lima: Palestra Editoriales & Mario Castillo Freyre, 2011): 185.

⁶¹ *Ibidem*, 187.

Al respecto la Corte Superior de Justicia de Lima, ha declarado que, para la procedencia de esta causal, el impugnante debe argumentar y probar en referencia una ley que disponga expresamente que una materia es no arbitrable⁶².

Por otro lado, se suele hacer un salto desde las materias no arbitrables a las de orden público y dentro de este concepto a las normas imperativas y a las que regulan tópicos de alto valor jurídico-político respecto de los cuales el Estado asume completa, absoluta e indelegable jurisdicción. En inglés se tiene una distinción para esos dos conceptos: *mandatory rules*, para el primero, y *public policy*, para el segundo⁶³.

Resulta curioso cómo es posible encontrar pronunciamientos en sedes nacional⁶⁴ y extranjera que califiquen como vulneración de orden público algún vicio de motivación del laudo, lo cual sí es una causal de anulación, pero no vulneratorio del orden público, sino del debido proceso. Así pues, la arbitrabilidad no puede admitir que el juez estatal ingrese a la revisión del fondo de la controversia, ni encubrir una discrepancia con el razonamiento del tribunal arbitral⁶⁵.

3.2.5.6 El laudo contraviene el orden público internacional.

Esta causal está prevista explícitamente para los arbitrajes internacionales. El orden público internacional es un concepto más restringido en cuanto a su alcance que el del orden público nacional y se refiere a esos valores o tópicos de orden político, económico, social, moral, que permiten y aseguran el orden social y estatal⁶⁶. No contraviene el orden público internacional, por ejemplo, el laudo que somete a arbitraje materias que para el derecho interno no es arbitrable, aunque sí lo es aquel que pudiera interpretarse como contrario a los derechos humanos, normas de ius cogens, normas de derecho internacional humanitario, entre otras que protegen derechos humanos⁶⁷.

3.2.5.7 Laudo emitido fuera de plazo.

Esta causal se advierte cuando los árbitros incumplen con su obligación para con las partes de resolver dentro del plazo que se haya acordado en el convenio o en un documento posterior. Esta disposición muestra de mejor manera el rol del Poder Judicial para velar por el cumplimiento del convenio arbitral.

IV. CONCLUSIONES.

1. El espíritu de la Ley de Arbitraje es aumentar las garantías de la autonomía de la jurisdicción arbitral respecto de la estatal. Ello se ha reflejado en la construcción de los medios impugnatorios en la medida en que se han reducido a los recursos de reconsideración y de anulación del laudo y su estructura procedimental.

⁶² SCJL recaída en el Expediente de N° 367-2018-0-1817-SP-CO-01.

⁶³ Mauro Rubino-Samartano, *"International Arbitration. Law and Practice"*, (Países Bajos: Kluwer International Arbitration, 2001): 504-505.

⁶⁴ SCJL, Resolución N° 5, sentencia, Expediente N° 00199-2018.

⁶⁵ Fernando Bedoya, Daragh Brehony, Pérez-Llorca, *"Spanish Constitutional Court Judgment On Public Policy: The Right Decision at the Right Moment"*, 3 de diciembre de 2020. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bede9419-e795-4512-bf96-76b94956f5f4>

⁶⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, *"On International Arbitration"*, (Países Bajos: Kluwer International Arbitration, 1999): 860 y ss. Mauro Rubino-Samartano, Op. cit.: 503 y ss.

⁶⁷ Alfredo Bullard González, Op. cit., 30.

2. El recurso de reconsideración es un recurso ordinario, impropio y directo, que procede contra cualquier decisión del tribunal arbitral distinta a la del laudo, excepto aquellas que resuelven recursos de reconsideración en el íter de las actuaciones arbitrales. De subsistir defectos o afectaciones a una de las partes, deberán hacerse valer a través del recurso de reconsideración del laudo, debido a que la intervención estatal sobre el arbitraje es siempre posterior.

3. El control judicial del laudo es *ex-post* siempre y procede por las causales previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje y la tutela del recurso de anulación también se extiende a toda afectación al debido proceso arbitral, mientras que el control constitucional del laudo se restringe a las excepciones previstas en el precedente María Julia. Ello corresponde al estado actual de las cosas, aunque pudiera criticarse que la garantía impugnatoria es de configuración legal y todo ejercicio de acción o impugnación presupone una construcción jurídica previa, por lo que debe tenerse cuidado respecto de cuándo estamos frente a una interpretación extensiva autorizada y cuándo se está frente a la creación de causales de anulación de laudo que menoscaban las competencias del legislador.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alfaro Velarde, Luis G. «Ficción y realidad en torno a la garantía constitucional de impugnación.» En *Estudios sobre medios impugnatorios en el proceso civil*, de Renzo Cavani (Coord.), 81-105. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Alva Navarro, Esteban. *La anulación del laudo*. Lima: Palestra Edotires; Mario Castillo Freyre, 2011.
- Apolín, Dante. «Impugnación y adecuación: sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio.» *THEMIS*, n° 58 (2010): 53-61.
- Ariano Deho, Eugenia. *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- —. «Las impugnaciones en el arbitraje entre pasado y presente.» En *Arbitraje Panorama actual del arbitraje*, 257-284. Lima: Themis - Thomson Reuters, 2015.
- Arrarte Arisbaneta, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo.» *IUS ET VERITAS*, 2007: 70-90.
- Arrarte Arisbaneta, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del poder judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación.» *THEMIS*, n° 53 (2007): 91-104.
- Avendaño Valdez, Juan Luis. «Art. 62 - Recurso de Anulación.» En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, de Carlos Soto Coáguila y Alfredo Bullard González (Coord.), 684-690. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

- —. «Art. 63 - Causales de Anulación.» En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, de Carlos Soto Coáguila y Alfredo Bullard González, 690-720. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Bedoya, Fernando, Daragh Brehony, y Pérez Llorca. *Spanish Constitutional Court Judgement On Public Policy: The Right Decision at the Right Moment*. 3 de diciembre de 2020. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bede9419-e795-4512-bf96-76b94956f5f4> (último acceso: 16 de junio de 2021).
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- —. *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.
- Catalán, Jhoel Chipana. *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Vol. I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- Cavani, Renzo. *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- Cantuarias Salaverry, Fernando. «La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje.» *IUS ET VERITAS* 15, n° 30 (2005): 203-209.
- Echandía, Devis. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universal, 1997.
- Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1071. Lima, 2008.
- Fouchard, Gaillard, Goldman. *On International Arbitration*. Países Bajos: Kluwer International Arbitration, 1999.
- Freyre, Mario Castillo, y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado la verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestr Editores; Estudio Mario Castillo Freyre, 2006.
- Gamero, Ricardo Luque. *Reconsideración*. Vol. I, de *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, de Carlos Alberto Soto Coáguila y Alfredo Bullard González (Coords.), 564-578. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- González, Alfredo Bullard. «¿Qué fue primer: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación.» *Derecho & Sociedad*, 2012: 17-31.
- Kundmüller Caminiti, Franz. «Actuaciones arbitrales.» En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, de Carlos Alberto Soto Coáguila y Alfredo Bullard González (Coord.), 382-391. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2011.

- Penny Madden QC, et. al. *Arbitrability and Public Policy Challenges*. 8 de junio de 2021. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7cc9f4ed-b97f-4cb5-adc2-86b968981d29> (último acceso: 15 de junio de 2021).
- Reggiardo, Mario. «Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú.» *Forseti* 2, n° 2 (2019): 145-178.
- Rivas, Adolfo. «Aportes para una teoría de la impugnación.» *Revista del Instituto Colombiana de Derecho Procesal IX*, n° 9 (1990): 191-209.
- Rubino-Samartano, Mauro. *International Arbitration. Law and Practice*. Países Bajos: Kluwer International Arbitration, 2001.
- Sabroso Minaya, Rita. «La nulidad del convenio arbitral como causal de anulación del laudo arbitral.» En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*, de Mario Castillo Freyre (Dir.), 441-456. Lima: Palestra Editores, Mario Castillo Freyre, 2007.
- SCSJL N° 00199-2018. Resolución No 5 (s.f.).
- SCSJL N° 00176-2020-0-1817-SP-CO-01. (s.f.).
- SCSJL N° 00365-2020-0-1817-SP-CO-01. (s.f.).
- SCSJL N° 00367-2020-0-1817-SPCO-01. (s.f.).
- SCSJL N° 00440-2020-0-1817-SP-CO-01. (s.f.).
- SCSJL N° 367-2018-0-1817-SP-CO-01. (s.f.).
- STC N° 6167-2005-PHC/TC. (28 de febrero de 2006).
- STC N° 763-2005-PA/TC (13 de abril de 2013).
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo. «Interferencia Judicial en los arbitrajes.» *Revista Peruana de Arbitraje*, 2005: 265-280.
- Vicente, Marino de Llana. «El recurso de anulación contra laudo arbitral.» *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1999: 3877-3905.



ANTECEDENTES, DESARROLLO Y SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE MARÍTIMO EN EL PERÚ

Autor:

José Antonio Pejovés Macedo

Recibido: 17/08/2021

Aceptado: 28/08/2021

Antecedentes, Desarrollo y Situación Actual del Arbitraje Marítimo en el Perú

Background, Development and Current Situation of Maritime Arbitration in Peru

José Antonio Pejovés Macedo¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Una aproximación a la definición del arbitraje
- III. Antecedentes del arbitraje en el Perú.
- IV. El arbitraje marítimo.
- V. Marco normativo del arbitraje marítimo en el Perú y los convenios y prácticas internacionales.
- VI. Los centros de arbitraje marítimo.
- VII. ¿Jurisdicción arbitral o judicial? Conveniencia de la solución arbitral.
- VIII. La cláusula contractual atributiva de competencia o de sumisión a la jurisdicción arbitral.
- IX. Reflexiones finales.

Resumen.

En este artículo se trata sobre el arbitraje, específicamente el arbitraje marítimo y portuario, el cual se puede entender como un mecanismo alternativo de solución de controversias producidas en las relaciones jurídicas ligadas con la libre disposición, que nacen y se desarrollan en el mar y en los puertos.

El arbitraje marítimo viene registrando en los últimos años, un mayor protagonismo en la solución de disputas mercantiles y esto guarda relación con el perfeccionamiento que, con el paso del tiempo, han tenido las normas de arbitraje en distintas partes del mundo, y con una mayor difusión entre los operadores del derecho y los empresarios de las bondades que la institución ofrece.

Palabras Claves: Arbitraje marítimo, transporte marítimo, servicios portuarios, solución de controversias.

¹ Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Abstract.

This article deals with arbitration, specifically maritime and port arbitration, which can be understood as an alternative mechanism for the resolution of disputes produced in legal relationships linked to free disposition, which arise and develop at sea and in the ports.

In recent years, maritime arbitration has had a greater role in the solution of commercial disputes and this is related to the improvement that arbitration rules have had over time in different parts of the world, and a greater diffusion among operators of the law and businessmen of the benefits that the institution offers.

Key words: *Maritime arbitration, maritime transport, port services, dispute resolution.*

I. INTRODUCCIÓN.

Este artículo se aproxima a una institución de especial relevancia como es el arbitraje, específicamente el arbitraje marítimo y portuario, el cual se puede entender como un mecanismo alternativo de solución de controversias producidas en las relaciones jurídicas ligadas con la libre disposición, que nacen y se desarrollan en el mar y lo marítimo², y en los puertos³.

Como es conocido, el arbitraje marítimo viene registrando en los últimos años, un mayor protagonismo en la solución de disputas mercantiles y esto guarda relación con el perfeccionamiento que con el paso del tiempo han tenido las normas de arbitraje en distintas partes del mundo, y con una mayor difusión entre los operadores del derecho y los empresarios de las bondades que la institución ofrece.

El punto focal de este trabajo se centra principalmente en el desarrollo del arbitraje marítimo en el Perú, el que para efectos de este artículo comprende también al arbitraje portuario⁴.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DEL ARBITRAJE.

El arbitraje puede entenderse como un mecanismo alternativo de solución de controversias, por el cual las partes acuerdan someter a árbitros, la solución de una disputa concerniente a cuestiones de libre disposición o aquellas que la ley autorice.

Es un mecanismo especial que tiene normas propias que regulan aspectos relativos a la administración del proceso y cuestiones procesales que lo distinguen de la jurisdicción

² Ignacio Arroyo en diversas publicaciones ha definido al Derecho marítimo como “El conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar y lo marítimo”. Nos referimos a esta definición en: Pejovés Macedo, José Antonio. *Derecho Marítimo 25 Ensayos –Transporte Marítimo, Multimodal y Puertos-*, Cultural Cuzco, Lima, 2007, p. 19.

³ Sobre la base de la definición de Derecho marítimo aportada por el profesor Arroyo, y a efecto de acotar los alcances del emergente Derecho portuario, definimos a este como “El conjunto de normas y relaciones jurídicas que nacen y se extinguen en los puertos”, véase: la obra colectiva *Derecho Portuario*. Pejovés Macedo José Antonio, coordinador, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2014, p. 7.

⁴ Sobre el arbitraje marítimo en el Perú, me he referido en otros ensayos: “El Arbitraje Marítimo y su Desarrollo en el Perú”, en el *Anuario de Derecho Marítimo –director: prof. Ignacio Arroyo-*, Vol. N° 34, Barcelona, 2017, pp. 287-303; y en “L’arbitrage et son Développement au Pérou”, en la obra colectiva *Le Droit des Activités Maritimes et Portuaries* –dirigida por los profesores Nicolás Guillet y Jean Michel Jude- que reunió las ponencias del coloquio internacional que con el mismo título del libro organizó la Universidad de Le Havre entre el 26 y 27 de octubre de 2017, Institut Universitaire Varenne, París, 2019, pp. 143-156.

ordinaria. Sostiene Oswaldo Hundskopf refiriéndose al sistema legal peruano que "... cuando nuestro ordenamiento jurídico regula las actuaciones arbitrales, las aleja taxativamente del proceso civil tal y como lo conocemos"⁵.

III. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ.

El antiquísimo *Fuero Real* o *Fuero Juzgo* de los godos –cuyo origen todavía no es precisado por los expertos- que rigió en España hasta la dación del Código Civil de 1889, y rigió también en América y en el Perú, contenía normas relativas al arbitraje; sin embargo, la especialidad de la *Lex mercatoria*, en particular las Ordenanzas del Consulado de Lima de 1619 en el virreinato peruano, forzaban la participación del fuero consular en la solución de los pleitos mercantiles y marítimos.

Desde la Constitución de Cádiz en adelante, todas las constituciones que han regido en el Perú, han recogido algunas normas relativas a los fueros privativos –arbitrales- de solución de controversias.

El Código de Procedimientos Judiciales de 1836 –fue el primer texto legal aprobado en el Perú tras su fundación como república, que desarrolló normas concernientes al arbitraje, antes de la Constitución Política de 1839 -, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, y el Código de Procedimientos Civiles de 1912, contenían normas relativas al arbitraje, y a través de estos cuerpos normativos, se extendió la aplicación de la institución arbitral al ámbito del Derecho común.

Posteriormente, el Código Civil de 1984, como lo recuerda Ulises Montoya Alberti, "... modificó aspectos sustantivos concernientes al juicio arbitral contenidos en el Código de Procedimientos Civiles, distinguió entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral considerándolos como contratos nominados (arts. 1906 a 1922). De este modo, el Código Civil sustrajo del Código de Procedimientos Civiles los aspectos sustantivos o materiales del arbitraje, hasta entonces legislados como materia procesal"⁶. Y por último, las normas específicas, como la Ley General de Arbitraje –Decreto Ley N° 25935-, que rigió entre diciembre de 1992 y enero de 1996 y derogó el régimen arbitral de los citados Código de Procedimientos Civiles de 1912 y Código Civil de 1984. El mencionado Decreto Ley N° 25935 fue reemplazado por la Ley N° 26572⁷, vigente hasta septiembre de 2008, cuando a su vez fue reemplazada por el *Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje* -Decreto Legislativo N° 1071-, de 27 de junio de 2008, cuerpo normativo que ha ido perfeccionando el contenido de las leyes antes citadas, de acuerdo con la realidad y la experiencia arbitral acumulada en el Perú⁸.

⁵ Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Aplicación del Principio *Iura Novit Curia* en el Arbitraje", en la revista *Ius et Praxis* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 44. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2013, p. 39.

⁶ Montoya Alberti, Ulises. "Historia del Arbitraje", en la *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, número 56, Lima, 2003, p. 18.

⁷ La Ley General de Arbitraje -Ley N° 26572-, en parte recogió la estructura y disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL, por sus siglas en inglés-, con las enmiendas que fueron aprobadas en 2006.

⁸ El Decreto Legislativo 1071, fue posteriormente modificado por el Decreto Legislativo N° 1231 de 25 de septiembre de 2015 y por el Decreto de Urgencia n° 020-2020 de 20 de enero de 2020.

El Consulado de Lima, que funcionó desde 1613⁹ tuvo una presencia especial en la gestación y maduración del Derecho mercantil y marítimo peruano. Supo aplicar los usos y costumbres mercantiles de Lima y de todas las circunscripciones territoriales en las que desplegó sus competencias —la *Lex mercatoria*—, así como los cuerpos normativos vigentes durante la colonia, como las Ordenanzas de los Consulados de Sevilla y Burgos o las Ordenanzas de Bilbao de 1737, sus propias Ordenanzas aprobadas en 1619 y confirmadas en 1627 y luego el Código de Comercio de 1853.

A través del Tribunal, la corporación de mercaderes administró justicia en forma exclusiva y excluyente, como un fuero privativo, el cual se mantuvo durante la República y fue reconocido por las Constituciones Políticas que rigieron en el Perú hasta la extinción del Consulado en 1887. El Tribunal fue establecido para resolver las controversias mercantiles cuando había contravención de las normas que regían el comercio o incumplimientos contractuales entre mercaderes del gremio o entre estos y terceros. El Tribunal también tuvo jurisdicción como juez de quiebras.

Existe un paralelismo entre la función jurisdiccional contenciosa del Tribunal del Consulado de Lima y los mecanismos vigentes de solución de controversias, como la conciliación y el arbitraje —comercial y marítimo—. Está demostrado que la poderosa corporación de mercaderes limeños, cuando desplegaba su función jurisdiccional tenía la obligación de buscar la conciliación entre las partes antes de que estas se sometieran a un juicio.

La solución privada a las controversias de derecho mercantil y marítimo, son un rasgo que comparten la función jurisdiccional del Consulado y el arbitraje en la actualidad. Lo privado es visible en la composición de los órganos colegiados, personas naturales del sector privado y no funcionarios públicos, como es el caso de los jueces ordinarios; este elemento es común en el Tribunal del Consulado y en los procesos arbitrales de la actualidad.

El Tribunal del Consulado, al igual que los árbitros y tribunales arbitrales modernos, aplicaba los principios de igualdad, audiencia y contradicción. La flexibilidad en la organización y conducción de los procesos, propia del arbitraje actual, no era necesariamente la regla en los procesos que conocía el Tribunal del Consulado, pues lo estipulado en las Ordenanzas debía aplicarse.

En el libro sobre el Tribunal del Consulado de Lima –véase el pie de página 7- me he referido extensamente a los antecedentes de la solución de controversias privadas en el Perú, y a ese paralelismo existente entre la función jurisdiccional privativa de la corporación mercantil limeña y los mecanismos alternativos de solución de controversias utilizados en la actualidad.

⁹ Sobre el Consulado de Lima y su función jurisdiccional, dentro de ella el arbitraje, nos referimos en el libro: Pejovés Macedo, José Antonio. *El Tribunal del Consulado de Lima, Antecedentes del Arbitraje Comercial y Marítimo en el Perú*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2018; así como también los trabajos de mi autoría: “Cuatrocientos años de fundación del Tribunal del Consulado de Lima (Consulado de la universidad de los Mercaderes de esta Ciudad de los Reyes, Reynos y Provincias del Perú, Tierra Firme y Chile)” en el *Anuario de Derecho Marítimo*, Volumen XXXII, Barcelona, 2015, pp. 223-249; y “El Tribunal del Consulado de Lima y el Comercio Marítimo y Terrestre”, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Marítimo -Libro Homenaje a la Memoria de Carlos A. Matheus-* Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, 2015, pp. 327-347.

IV. EL ARBITRAJE MARÍTIMO.

El arbitraje marítimo¹⁰ no configura una especialidad -salvo, claro está, por la materia-, de allí que su estudio y normativa procesal aplicable deba incardinarse con las reglas del arbitraje general.

En el sector marítimo, se recurre al arbitraje para resolver controversias derivadas de los contratos de utilización de buques, en sus distintas modalidades: fletamentos por viaje -*voyage charter*-, por tiempo -*time charter*-, a casco desnudo -*bareboat charter*-, transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque -*bill of lading*- o documentos similares, y contratos de volumen -*volume contract of affreightment*-. Es así que el arbitraje marítimo toca los dos hemisferios del traslado marítimo de mercancías: los servicios regulares -*liner*-, ligados con cargas heterogéneas -*common carrier*- y los servicios irregulares -*tramp*-, vinculados con cargas homogéneas -*private carrier*-.

Hay que considerar que las controversias derivadas de contratos de utilización de buques pueden surgir de negocios jurídicos domésticos o internacionales. En esta línea cabe recordar que el desplazamiento de buques por jurisdicciones marítimas de distintos Estados como efecto de servicios de transporte marítimo prestados en tráfico internacional, genera disputas en las que la transnacionalidad adquiere cierta relevancia y es allí donde el arbitraje marítimo encuentra su mayor efectividad. Como lo sostiene Eliseo Sierra "Los litigios nacidos con ocasión de algunos contratos marítimos se solventan generalmente ante árbitros u organismos especializados. La sumisión de controversias a arbitraje obedece, primero que todo, a razones de seguridad jurídica y neutralidad. De un lado, los contratos marítimos son, en un buen número de ocasiones, relaciones jurídicas con uno o varios elementos de extranjería. Es habitual que estos elementos tengan naturaleza personal (como la nacionalidad o el domicilio de los contratantes), real (como la bandera del buque o el lugar de ubicación del mismo) o geográfica (como el lugar de conclusión del contrato, del abordaje, de carga o de descarga o de pago del flete)"¹¹.

Las disputas marítimas resueltas en la vía arbitral, como se sabe, también pueden abarcar los contratos de remolque, de construcción y reparación naval, de hipoteca naval, de compra venta y *leasing* de buques; así como los contratos de seguros marítimos -casco y carga-, la asistencia y salvamento, y los abordajes, entre otros.

Es un hecho comprobable con la realidad, que la mayor cantidad de arbitrajes marítimos radican en los contratos de transporte marítimo y de fletamento -al menos esta es la situación en el Perú¹²-, ello es así porque estos contratos son los más numerosos en el tráfico marítimo y por

¹⁰ No nos referimos en este artículo a las controversias marítimas que pueden surgir de las actividades pesqueras y de la navegación deportiva, o asociadas a usos no comerciales de los buques como podrían ser la investigación científica o el tendido de cables submarinos, entre otros.

¹¹ Sierra Nogero, Eliseo. "El Convenio Arbitral y de Ley Aplicable en los Seguros Marítimos y su Eficacia Frente a Terceros en Derecho Español e Inglés" en la *Revista de Derecho Mercantil*, N° 256, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2005, pp. 643-644.

¹² El arbitraje como mecanismo para dirimir litigios marítimos en general, se ha difundido enormemente en el mundo. Años atrás, Ignacio Arroyo, basado en estudios de las décadas del sesenta y setenta del siglo pasado, señalaba que "Mientras que la sumisión al arbitraje se ha extendido en la práctica del fletamento, el arreglo de las diferencias surgidas

consiguiente de los que derivan un mayor número de controversias. Más adelante nos referiremos a los esfuerzos internacionales por armonizar la normativa sobre transporte marítimo internacional, específicamente lo cardinal que está constituido por la responsabilidad civil del porteador.

El arbitraje portuario se concentra en los puertos. Es sabido, y estudios especializados lo han comprobado, que un alto porcentaje de la siniestralidad ligada con el transporte de mercancías se produce durante la manipulación de esta en tierra firme, es decir, en los terminales portuarios.

En esa línea, el literal q) del artículo 24° la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) -Ley N° 27943 y Decreto Legislativo N° 1022- estipula que la Autoridad Portuaria Nacional (APN) es competente para establecer sistemas alternativos de solución de controversias entre operadores y usuarios por materias de libre disposición de las partes. Basada en la referida norma de la LSPN, en la primera disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 1492, aprobado el 9 de mayo de 2020, se dispone: "Otórguese a la Autoridad Nacional Portuaria el plazo de ciento ochenta (180) días calendario para que ponga en funcionamiento lo dispuesto en el inciso q) del artículo 24 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional". En los días que escribo este artículo -octubre de 2020-, la APN se encuentra abocada en la elaboración de las normas para implementar un centro de arbitraje especializado en materia portuaria, que le permita desplegar la atribución contemplada en la aludida norma de la LSPN, y de este modo darle la opción a los operadores portuarios y a los usuarios para que puedan someter sus diferencias a la solución arbitral.

El arbitraje es un mecanismo de solución heterónoma de controversias que también es utilizado, por citar algunos ejemplos: en las disputas generadas por las relaciones jurídicas entre operadores o administradores portuarios y los proveedores de equipos portuarios; o en las controversias entre el Estado -*landlord*- y un particular, que pudiesen surgir de la interpretación de los contratos de concesión portuaria, y en estos casos generalmente las diferencias están siendo dirimidas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), ya que así está pactado en los contratos de concesión.

V. MARCO NORMATIVO DEL ARBITRAJE MARITIMO EN EL PERÚ Y LOS CONVENIOS Y PRÁCTICAS INTERNACIONALES.

Como se mencionó, el arbitraje en el Perú se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 -y sus modificaciones, véase el pie de página 6-, en lo sucesivo el DL 1071.

con motivo de la interpretación de un conocimiento por el procedimiento arbitral es todavía un uso desconocido" - véase: Arroyo Ignacio. "Relación entre Póliza de Fletamento y Conocimiento de Embarque: la Cláusula de Incorporación", en *Estudios de Derecho Marítimo*, I, Librería Bosch, Barcelona, 1993, p. 475. Entiendo que ese trabajo del profesor Arroyo fue publicado originalmente en los años ochenta. En el mismo sentido, Fernando Sánchez Calero sostenía que "En los conocimientos de embarque, a diferencia de lo que acontece con las pólizas de fletamento, no es frecuente que se contenga una cláusula con convenio arbitral para resolver las diferencias que puedan surgir entre las partes" -véase: Sánchez Calero, Fernando. *El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de La Haya-Visby)*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 488.

Las normas del DL 1071, regulan los arbitrajes de carácter nacional e internacional que se sustancien en el territorio peruano. En efecto, el *Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje* está dividido en ocho (8) títulos que contienen setentaiocho (78) artículos, en catorce (14) disposiciones complementarias, tres (3) disposiciones transitorias, cuatro (4) disposiciones modificatorias, una (1) disposición derogatoria y tres (3) disposiciones finales. Es así que el citado cuerpo normativo está estructurado como sigue: El Título I “Disposiciones Generales” -artículos 1° a 12°-; el Título II “Convenio Arbitral” -artículos 13° a 18°-; el Título III “Árbitros” -artículos 19° a 32°-; el Título IV “Actuaciones Procesales” -artículos 33° a 51°-; el Título V “Laudo” -artículos 52° a 61°-; el Título VI “Anulación y Ejecución del Laudo” -artículos 62° a 72°-; el Título VII “Costos Arbitrales” -artículos 69° a 73°-; y el Título VIII “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros” -artículos 74° a 78°-.

El Perú es parte desde 1988 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) auspiciada por la Organización de los Estados Americanos (OEA); y es parte también desde 1988 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

Vinculado con el arbitraje, conviene señalar que el Perú es parte del Acuerdo Multilateral de Garantía de Inversiones de 1991 -conocido en inglés como *Multilateral Investment Guarantee Agreement* (MIGA)-; del Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington, 1965) -Convenio CIADI-; de la Convención de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; del Código de Derecho Internacional Privado de 1928 -también conocido como Código Bustamante-; de la Convención Boliviana de 1911; del Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1889; del Tratado de Lima de 1878; y ha celebrado treintaicinco tratados bilaterales de inversión con diversos países.

En el plano sustantivo relacionado con el Derecho marítimo, la comunidad marítima ha desplegado esfuerzos para armonizar la normativa internacional sobre transporte marítimo de mercancías, sin embargo, tal despliegue en la práctica está lejos de concretarse, pues coexisten diversos sistemas de responsabilidad vigentes, contenidos en instrumentos internacionales y leyes domésticas. En el plano internacional se encuentran vigentes el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas sobre Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento de Embarque (Bruselas, 1924) conocido como las *Reglas de La Haya*, sus modificaciones contenidas en el Protocolo de Bruselas de 1968, que se conoce como las Reglas de La Haya-Visby o Protocolo de 1968, y en el Protocolo de Bruselas de 1979 que básicamente incorpora los llamados Derechos Especiales de Giro (DEG); el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), mejor conocido como las *Reglas de Hamburgo*¹³. Asimismo, se ha adoptado el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato

¹³ El 26 de febrero de 2021, se publicó el Decreto Supremo n° 006-2021-RE, a través del cual el Estado peruano se adhiere a las Reglas de Hamburgo. De acuerdo con el art. 2 del citado Decreto Supremo que alude al párrafo 1 del art. 31 de las Reglas de Hamburgo “el Ministerio de Relaciones Exteriores notificará al Gobierno de Bélgica que la denuncia del Perú de la ‘Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque’ adoptada en Bruselas el 25 de agosto de 1924 surtirá efecto para el Perú cuando el Convenio de 1978 entre en vigor para el Perú”. Las Reglas de Hamburgo que se aplicarán a los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en el Perú, en reemplazo de las Reglas de La Haya, empezarán a regir en el país el 1 de abril de 2022, de acuerdo a lo dispuesto en dicho instrumento internacional y a lo señalado en una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú publicada

de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008), denominado *Reglas de Rotterdam*, instrumento internacional que todavía no ha entrado en vigor y que ha sido aprobado con el objeto de reemplazar a los convenios internacionales antes citados.

El Perú es parte de las *Reglas de La Haya* de 1924, desde 1964, en que se aprobó la Resolución Suprema N° 687¹⁴, y rige también el Libro III –con el título Del Comercio Marítimo– del Código de Comercio de 1902, cuerpo normativo vetusto y anacrónico que ya debería haber sido reemplazado, como lo sugirió la Subcomisión que elaboró el anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo en 1999, la cual integramos un grupo de especialistas en Derecho marítimo y que se creó en base a la Ley N° 26595 que instituyó la Comisión de Reforma del Código de Comercio. La reforma del Derecho marítimo, aplicable en parte a los arbitrajes marítimos, es un asunto de calado en la agenda pendiente de modernización legislativa en el país¹⁵.

Las *Reglas de La Haya* no contienen referencias al arbitraje, sin embargo, las *Reglas de Hamburgo*, las *Reglas de Rotterdam* y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional (Ginebra, 1980)¹⁶, sí recogen normas concernientes al arbitraje. Así se constata en el artículo 22 de las *Reglas de Hamburgo*, en el capítulo 15 de las *Reglas de Rotterdam* y en el artículo 27 del Convenio de Ginebra de 1980. Cabe precisar que la inexistencia de normas sobre arbitraje en las *Reglas de La Haya*, no enerva la posibilidad que las partes en aplicación del principio de libertad contractual puedan acordar que el arreglo de sus diferencias sea sometido a arbitraje.

el 9 de mayo de 2021 en la separata Normas Legales del diario oficial El Peruano, al pie del texto de las Reglas de Hamburgo, en la que se expresa que este instrumento entrará en vigor el 1 de abril de 2022.

¹⁴ Mediante Decreto Supremo n° 012-2020-RE, publicado el 12 de mayo de 2020, el Estado peruano denunció las Reglas de La Haya, con lo cual dicho instrumento internacional deja de ser vinculante para el Perú. El último párrafo del art. 15 de las Reglas de La Haya, estipula que “*La denuncia producirá efecto únicamente con respecto al Estado que la haya notificado y un año después de haber llegado la notificación a poder del Gobierno belga*”, es decir, las Reglas de La Haya estarán vigentes todavía en el Perú hasta el 1 de abril de 2022, conforme lo señala la adenda a la denuncia de las Reglas de La Haya efectuada por el Perú, publicada por el Gobierno belga el 14 de abril de 2021, la cual se basa en lo dispuesto en el art. 30 de las Reglas de Hamburgo.

¹⁵ Sobre la necesidad de reformar el Derecho marítimo peruano y el anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo nos hemos referido en otros lugares, así: Pejovés Macedo, José Antonio. “La Reforma del Derecho Marítimo Peruano”, en el volumen XVI del *Anuario de Derecho Marítimo*, Escuela de Administración Marítima, Departamento de Transportes y Obras Públicas-Gobierno Vasco, Barcelona, 1999. También de mi autoría: “Hacia la Modernización del Derecho Marítimo Peruano”, en la *Revista del Foro* -N° 2 de 1998- del Ilustre Colegio de Abogados de Lima; “El Anteproyecto de la Ley General de la Navegación y del Comercio Marítimos”, en el Tomo II, del libro *Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República -Legislatura 1998-1999-*; “La Reforma del Derecho Marítimo Peruano”, en la publicación de las ponencias del *Seminario: El Código Civil y el Código de Comercio: Proceso de Reforma Legislativa*, organizado por la Revista Thémis de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1999; y “¿Es Necesario Modernizar el Derecho Marítimo Peruano? (La Derogación del Libro III del Código de Comercio Peruano de 1902, la Sustitución de las Reglas de La Haya de 1924, y la Aprobación de una Ley de Navegación y Comercio Marítimo)”, en la revista *Ius et Praxis* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima –N° 38-39 de 2008-.

¹⁶ El Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional, como es de conocimiento no ha entrado en vigor, sin embargo, fue una fuente inmediata en la elaboración de las Decisiones 331 y 393 que norman el transporte multimodal internacional en la Comunidad Andina, proceso de integración del que forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador y el Perú.

Como instrumentos de la nueva *Lex mercatoria*, aplicables al arbitraje, es oportuno mencionar el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 (con el nuevo artículo, párrafo 4, aprobado en 2013); y específicamente para arbitrajes marítimos, el Reglamento de Organización para el Arbitraje Marítimo Internacional de 1978, preparado por expertos de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y del Comité Marítimo Internacional (CMI).

VI. LOS CENTROS DE ARBITRAJE MARÍTIMO.

Es una realidad, como analizamos más adelante, que el arbitraje es el mecanismo más eficaz para resolver las controversias marítimas, de allí emerge la necesidad de contar con árbitros y centros de arbitraje especializados en materia marítima y portuaria.

Bárbara de la Vega Justribó recuerda que “Una particularidad del arbitraje marítimo radica en la existencia de centros arbitrales especializados en controversias marítimas que otorgan una cierta garantía de competencia en las materias. Así se encuentran la London Maritime Arbitrators Association, la Society of Maritime Arbitrators of New York o la Chambre Arbitral Maritime de Paris, entre otras. Todas ellas son instituciones que se caracterizan por administrar los arbitrajes que se les encomienden conforme a unas reglas de procedimiento ágiles y operativas”¹⁷. Es oportuno agregar, como es dato conocido, que también tiene una presencia importante en el arbitraje marítimo internacional, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Los centros principales de arbitraje marítimo internacional en el mundo se localizan en Londres, Singapur, Hong Kong, Nueva York, Hamburgo, París, y Tokyo. Sobre todo es Londres donde más se ha desarrollado el arbitraje marítimo, debido a su antiquísima tradición marítima¹⁸. Los seguros marítimos, las coberturas de los clubes de protección e indemnización (P&I) y las prácticas recogidas en las pólizas o formularios de fletamento *-charter parties-* tienen la impronta del *common law* inglés, a lo que hay que agregar la creación de una poderosa jurisprudencia.

Conviene también mencionar el Congreso Internacional de Árbitros Marítimos –ICMA, por sus siglas en inglés- que desde 1972, congrega cada dos años en distintas ciudades del mundo a abogados y árbitros marítimos para intercambiar puntos de vista y conocimientos sobre asuntos profesionales de interés.

En España existe la Asociación Española de Arbitraje Marítimo, también conocida como IMARCO, y a nivel regional es destacable el esfuerzo realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) en buscar el afianzamiento del Centro Permanente de Arbitraje Marítimo (CEAMAR) creado en 1991. Al momento que redactamos estas líneas, no hemos podido

¹⁷ Vega Justribó, Bárbara de la. “El Arbitraje en el Ámbito Marítimo”, en el volumen 4 de la *Biblioteca de Arbitraje -El Arbitraje en las Distintas Áreas del Derecho-*, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, pp. 16-17.

¹⁸ En un artículo publicado en Mundo Marítimo el 17 de agosto de 2020, titulado: *Londres continúa siendo el centro mundial de arbitraje de controversias marítimas en el mundo*, se menciona que en la ciudad de Londres en 2019 se resolvieron aproximadamente el 83% de todos los arbitrajes relacionados con disputas marítimas internacionales. Solo la London Maritime Arbitrators Association administró en 2019 aproximadamente 1,668 arbitrajes marítimos frente a los 1,483 que administró en 2018. Según se destaca en el mismo artículo, Singapur y Hong Kong son los competidores más fuertes de Londres. Véase: <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/londres-continua-siendo-el-centro-mundial-de-arbitraje-de-controversias-maritimas-en-el-mundo>.

encontrar información respecto a las actividades de estas instituciones arbitrales ni se sabe si se encuentran en funcionamiento.

En el Perú no existen centros de arbitraje marítimo especializados, sin embargo, es importante mencionar que instituciones arbitrales como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, han administrado procesos arbitrales en los que se han resuelto controversias marítimas con singular éxito. Los centros existentes o los especializados que se constituyan, podrían incorporar a sus listas de árbitros no solo abogados especialistas en Derecho marítimo, sino también otros profesionales relacionados con el tráfico marítimo y portuario, sobre todo si se van a tramitar arbitrajes de conciencia o equidad.

La CCL es la sucesora del Consulado de Lima, corporación que como se mencionó anteriormente tuvo una larga trayectoria -durante el virreinato y parte de la república- como fuero privativo para la solución de controversias mercantiles y marítimas. El Centro de Arbitraje de la CCL, desde el 1 de enero de 2017 tiene un nuevo Reglamento en vigencia, el cual además de agilizar los procesos incluyó mecanismos como el procedimiento del arbitraje de emergencia para darle celeridad y eficiencia al otorgamiento de medidas cautelares y el procedimiento de arbitraje acelerado para las disputas que no excedan los 50 mil dólares americanos, por citar algunos.

El Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la CCL presentó en noviembre de 2019 el *Faro de Transparencia*, una plataforma digital que brinda a los usuarios un mayor control sobre los casos administrados por el Centro de Arbitraje. A través de un fácil acceso se pone a disposición de los usuarios información sobre: la lista de árbitros nacionales e internacionales, los árbitros que conforman los tribunales arbitrales, las sanciones recibidas por los árbitros, los laudos anulados, los laudos de casos en los que haya participado una entidad estatal, y reseñas sobre laudos en materia comercial.

El Consejo Superior de Arbitraje de la CCL, el 30 de septiembre de 2020, aprobó la Nota Práctica N° 3/2020, cuyo propósito es mejorar la calidad de los arbitrajes, al promover que los tribunales gestionen el proceso arbitral en una forma eficiente, mediante la optimización de los costos y el tiempo de su duración, es así que en dicha Nota se ha establecido la necesidad de contar en todo arbitraje con un calendario procesal acordado por las partes, con fechas concretas, que todos los involucrados en el arbitraje se comprometan a cumplir.

El Centro de Arbitraje de la CCL ha administrado arbitrajes en los que los tribunales instalados han conducido y resuelto satisfactoriamente para las partes, procesos en materia de Derecho marítimo, sobre asuntos relativos a ventas marítimas o sobre contratos de fletamento o de remolque, por citar solo algunos. Si bien es cierto las actuaciones arbitrales son confidenciales y los laudos emitidos no se pueden publicar salvo que las partes lo autoricen, el tercer párrafo del artículo 51° del DL 1071 dispone que en todos los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano como parte, el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones. Un ejemplo de arbitraje marítimo lo encontramos en el caso arbitral N° 2920-2014-CCL, *Petróleos del Perú (Petroperú) S.A. y Rimac Seguros y Reaseguros vs. Pluspetrol Perú Corporation S.A. y Naviera Transoceánica S.A.A.*, en el que uno de los demandantes, Petroperú, es una empresa del Estado

en régimen de derecho privado y por esa razón el laudo es público. En este arbitraje se resolvió una controversia surgida de un contrato de venta marítima, negocio jurídico que tiene como característica la confluencia de contratos autónomos como el de compraventa, transporte marítimo y seguro de la carga. Otro arbitraje sobre la misma materia marítima, es el caso arbitral N° 0142-2016-CCL, Petróleos del Perú (Petroperú) S.A. vs. Pluspetrol Perú Corporation S.A. y Naviera Transoceánica S.A.A. Los laudos emitidos en dichos procesos arbitrales están disponibles, respectivamente en los sitios web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y de la CCL:

<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2017/346.pdf>
<https://www.arbitrajeccl.com.pe/busqueda-laudo>

VII. ¿JURISDICCIÓN ARBITRAL O JUDICIAL? CONVENIENCIA DE LA SOLUCIÓN ARBITRAL.

Es conocido que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias más ventajoso que la jurisdicción judicial. Los abogados y los especialistas, reconocen tres ventajas del arbitraje: economía procesal, menores costos y la garantía de una solución justa.

7.1 Economía Procesal.

Un proceso iniciado en el Poder Judicial, especialmente si es de conocimiento, tiene plazos extensos que no se condicen con los establecidos en el Código Procesal Civil, cuya dilación se puede prolongar por varios años, los mismos que transcurren desde la conciliación prejudicial –que en el Perú es obligatoria– hasta el pronunciamiento de última instancia, que en oportunidades puede darse en la Corte Suprema de Justicia.

El principio de la economía procesal, no está suficientemente asimilado en el Poder Judicial, por una serie de razones que no necesariamente radican en la mentalidad de los jueces. El tráfico mercantil ha aumentado en tanto la economía del país también ha crecido y naturalmente hay una mayor litigiosidad que muchas veces se configura como una pesada carga procesal en los juzgados y tribunales de justicia.

El recurso del arbitraje, cuyas reglas son más flexibles y sin formalismos excesivos, permite soluciones más rápidas y realmente económicas desde el punto de vista procesal.

Como bien sostiene Pedro Calmon Filho, “Es fácil de comprender que en un arbitraje los árbitros coloquen como punto de honra la rapidez de su trabajo. Buenos árbitros son aquellos que se dedican a la causa que se les entregue, como una tarea a enfrentar y completar, sin dilatación de los plazos, relativamente cortos, establecidos en los reglamentos de arbitraje. Aquí no se ve la congestión crónica de la mayor parte de los foros y tribunales. Ni se permiten las demoras, intencionales o no de los representantes de las partes”¹⁹.

¹⁹ Calmon Filho, Pedro. “Arbitraje Marítimo”, en la *Revista de Derecho Marítimo*, N° 9, de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, Lima, 1987, p. 6.

7.2 Menores Costos.

Si bien es cierto los costos de un proceso arbitral, esto es, las tarifas que cobran los centros de arbitraje, pueden ser más onerosas que los aranceles judiciales que se deben pagar para movilizar el aparato jurisdiccional del Estado, a fin de cuentas siempre será más ventajoso el mecanismo arbitral.

En efecto, se da una suerte de compensación, entre la rapidez de la solución arbitral y la dilación del proceso judicial. Esta compensación es más beneficiosa para las partes, pues la materia de libre disposición sometida al pronunciamiento de los árbitros será mejor aprovechada en tanto la controversia será resuelta con mayor prontitud.

El menor tiempo del juicio supone menos costos para las partes involucradas, pues la materia de libre disposición reingresa al mercado más rápidamente. Un proceso más corto, puede significar también menos costos en servicios jurídicos.

7.3 Garantía de una Solución Justa.

Las partes escogen a los árbitros. Esto de por sí ya es una garantía, pues los llamados a resolver la disputa, serán abogados o profesionales competentes, capaces e idóneos, en la materia sometida a su conocimiento.

En el Perú como en otros países, no existen juzgados y tribunales especializados en Derecho Marítimo. Esta carencia conlleva a que muchas veces procesos complejos y también elementales, sean resueltos sin el conocimiento legal y doctrinario apropiado. Naturalmente el Estado no puede renunciar a resolver una controversia marítima, pero lamentablemente no se ha preocupado en institucionalizar una jurisdicción marítima ni en dotar a los jueces y magistrados de los conocimientos especiales que integran el Derecho Marítimo. De allí que sea frecuente que una solución justa en un pleito marítimo, quede desdibujada y reducida a los nobles esfuerzos y mejor voluntad de los jueces.

Es cierto que no se puede generalizar y existen algunos casos de jueces y magistrados que han buscado perfeccionarse, pero es sabido que el Derecho Marítimo es una disciplina compleja cuyo tratamiento demanda mucho estudio y constante actualización. Al no existir juzgados y tribunales especializados, es muy difícil incluso para los jueces comerciales, adentrarse en las extensas aguas del Derecho Marítimo.

Con acierto Calmon Filho señala que "Raro es el juez de carrera que tiene condiciones de involucrarse a fondo en la causa que le traen a juzgar. Si no fuera así, por paradójico, no sería un buen juez. El estudio más profundo demanda tiempo. Y si el juez se dedica a una causa, atrasará el atendimiento de las demás, las muchas causas que tiene que juzgar. Su eficiencia por tanto, como engranaje de una máquina que trabaja con sobrecarga, está en la rapidez y objetividad, enemigos mortales de la perfección. Por otro lado, no se puede pretender que el juez profesional tenga un conocimiento jurídico enciclopédico, aunque eso se le exija"²⁰. En el mismo sentido, José Domingo Ray considera que "Cabe tener en cuenta que en la mayoría de países como el nuestro los jueces pueden ser -y en la mayoría de casos lo son- funcionarios que

²⁰ *Ibid.*, p.6.

nunca han ejercido la profesión, que desconocen la realidad comercial y las condiciones que circunscriben el tráfico (...) Se explica así que se haya señalado el arbitraje como la forma de complementar ese derecho comercial conocido como *lex mercatoria* y para obtener en la práctica las soluciones más justas a los problemas y diferencias que se planteen entre los comerciantes. Esos laudos arbitrales incluso podrían servir de referencia para la decisión de casos futuros”²¹.

El árbitro, experto en la materia, es consciente de su obligación de resolver la controversia a tiempo y desplegando todos sus conocimientos, de tal forma que su laudo sea justo, tanto en lo que concierne a la sustanciación y argumentación como a lo puramente temporal. El árbitro sabe que si no honra la fe puesta en él, seguramente no volverá a ser designado para ejercer la función arbitral.

VIII. LA CLÁUSULA CONTRACTUAL ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA O DE SUMISIÓN A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.

Como es de conocimiento, las partes en un contrato pueden pactar que de surgir una controversia esta podrá ser dirimida por la vía arbitral, bien sea por un árbitro o tribunal arbitral integrado por nacionales y constituido en el país, o por árbitros extranjeros y tribunales constituidos en el extranjero.

Estos acuerdos de atribución de jurisdicción a tribunales arbitrales, y su oponibilidad entre los firmantes y frente a terceros, son cuestiones de especial importancia ya que el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en el Perú y en muchos países, tiene cada vez más aceptación entre las empresas vinculadas al negocio marítimo y portuario.

La tercera disposición complementaria del DL 1071, estipula que “... todas las referencias legales o contractuales a la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo”, y el numeral 1 del artículo 13° del citado DL 1071, dispone que “El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza” y el numeral 2 del citado artículo 13°, agrega que “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”.

En el sector marítimo, es común el uso de cláusulas contenidas en los contratos de fletamento y de transporte marítimo, que someten el arreglo de las diferencias al arbitraje. Estas cláusulas arbitrales, auténticos convenios arbitrales como los denomina el DL 1071, es usual que se encuentren recogidos en cláusulas de los contratos de fletamento de buques, documentados mediante pólizas o formularios de uso masivo mundialmente *-charter parties-*²² o en

²¹ Ray, José Domingo. *Derecho de la Navegación*, apéndice I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 880.

²² Como es el caso por ejemplo de las pólizas *Gencon* –en los fletamientos por viaje-, *Barecon* –en los fletamientos o arrendamientos a casco desnudo- y *Balttime* –en los fletamientos por tiempo-, pólizas elaboradas por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico -BIMCO, por sus siglas en inglés-.

conocimientos de embarque –*bills of lading*- y en cartas de porte marítimo –*sea waybills*- con los que documentan los contratos de transporte marítimo de mercancías.

En los contratos de transporte marítimo, documentados con conocimientos de embarque, nos encontramos frente a contratos de adhesión y no paritarios, donde generalmente no hay negociaciones ni posibilidades de arribar a un convenio arbitral, y la imposición, por ejemplo, de un arbitraje que se realice en un país distinto al del domicilio del cargador, puede resultar perjudicial para este, si nos atenemos a los costos de los juicios arbitrales en determinadas plazas, que pueden incluir eventualmente los desembolsos necesarios para el funcionamiento del centro de arbitraje, los honorarios de los abogados y de los peritos o los gastos de desplazamiento. En este orden de ideas, Cecilia Fresnedo de Aguirre, opina que “Cuando hablamos de cláusulas de jurisdicción exclusiva impresas al dorso de los conocimientos de embarque, no estamos analizando una disposición contractual libremente consentida y que refiera al foro más conveniente para resolver el caso, sino a una imposición unilateral en la que el emisor del conocimiento intenta impedir y obstaculizar los reclamos de los titulares de la mercadería”²³. Como una suerte de paliativo, en que la asimetría sea desventajosa para una de las partes en el transporte marítimo de mercancías, Fresnedo agrega que “...casi todos los textos de derecho positivo vigentes y los proyectos de convenciones más conocidos, prohíben y declaran nulas las cláusulas de los conocimientos de embarque que intentaren dejar de lado las reglas legales o convencionales sobre jurisdicción por la vía de establecer alguna jurisdicción exclusiva y negar al reclamante la libre elección del tribunal”²⁴.

La nueva Ley General de Navegación Marítima de España –Ley 14/2014- vigente desde el 25 de septiembre de 2014, que reemplazó al vetusto Libro III del Código de Comercio de 1885²⁵, hace referencia al arbitraje, específicamente a la nulidad de las cláusulas arbitrales abusivas. Así señala Juan Luis Pulido Begines que “En este terreno la ley es muy escueta, limitándose a establecer reglas específicas sobre las *Cláusulas de Jurisdicción y Arbitraje* en su artículo 468: según este, sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, *serán nulas y se tendrán por no puestas* las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. Se pretende con ello defender al contratante marítimo español de posibles situaciones abusivas, teniendo en cuenta que, por su condición de empresario, está menos protegido por las normas generales del Derecho del consumo”²⁶.

El citado anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, que elaboramos en 1999, acertadamente recogió el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Es así que el artículo 447° establece que “El conocimiento de toda controversia derivada de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación será sometida a arbitraje. Salvo pacto en contrario, el arbitraje será de derecho, se sujetará a las normas sobre arbitraje nacional previstas en la Ley General de Arbitraje, y el laudo que se expida será definitivo”. Dicha norma

²³ Fresnedo de Aguirre, Cecilia. “Jurisdicción y Arbitraje en las Reglas de Rotterdam”, en la obra colectiva *Contingencias de Derecho Marítimo*, Legis, Caracas, 2013, p. 171.

²⁴ *Ibid.*, p. 172.

²⁵ Copiado casi literalmente en el Perú, en el vigente y citado Libro III del Código de Comercio de 1902.

²⁶ Pulido Begines, Juan Luis. *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 501-502.

establece el arbitraje con aplicación de la normativa nacional como regla, y en un párrafo siguiente dispone que las partes pueden expresar su sometimiento a otra jurisdicción, nacional o extranjera, ordinaria o arbitral.

La cuestión sobre la validez de las cláusulas de jurisdicción que sometan la solución de la controversia a un tribunal arbitral constituido en el Perú o en el extranjero, sus efectos entre los que suscribieron el acuerdo -sea en virtud de contratos de fletamento o de conocimientos de embarque- y sobre todo su oponibilidad frente a terceros en controversias surgidas de conocimientos de embarque, no ha sido suficientemente analizada y discutida en el país, como sí lo ha sido en otras jurisdicciones en las que el asunto ha suscitado polémicas desde hace algunos años.

En esta línea, no hemos podido encontrar jurisprudencia peruana ni algún aporte doctrinario que aborde la cuestión, pero sí comentarios de algunos autores españoles que han tratado el asunto, de ahí que se pueda señalar que la jurisprudencia en España tiene distintas posturas respecto a la validez y los alcances de las cláusulas atributivas de jurisdicción, es así que Clara Isabel Cordero Álvaro sostiene que “Existen divergencias jurisprudenciales internas relativas al tratamiento de la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción establecidos en los conocimientos de embarque, que reflejan problemas de interpretación de la normativa convencional -art. 17 CB- que podrá ser extensiva a la aprobación del art. 23 R44/2001: requisitos materiales y formales del acuerdo de jurisdicción, extensión, límites y eventual alcance frente a terceros del pacto”²⁷. El “art. 17 CB” mencionado por la referida autora es el artículo 17 del Convenio de Bruselas y el “art. 23 R44/2001” citado también, es el artículo 23 del Reglamento 44/2001. Sobre el particular, Tomás Fernández Quirós en un interesante trabajo, menciona la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) que se ha ocupado de la interpretación y aplicación de las referidas normas del Convenio de Bruselas y del Reglamento 44/2001; así hace alusión el autor a la sentencia del caso *Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa contra Hugo Trumpy Spa* (asunto C-159/97), conocido como “Transportes Castelletti”, y a la sentencia dictada en el asunto *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV and others* (asunto C-387/98), conocido como “Coreck Maritime”²⁸.

²⁷ Cordero Álvaro, Clara Isabel. “La Cláusula Atributiva de Jurisdicción en el Conocimiento de Embarque”, en el *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLI, Madrid, 2008, p. 214.

²⁸ Véase: Fernández Quirós, Tomás. “Oponibilidad Frente a Terceros de las Cláusulas de Jurisdicción en los Conocimientos de Embarque” en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, vv.aa., Asociación Española de Derecho Marítimo, Dykinson SL, Madrid, 2015, pp. 430-433. Con relación al caso “Coreck Maritime” que es posterior al caso “Transportes Castelletti”, el citado autor señala que:

“La principal novedad de esta sentencia se encuentra en el apartado 3) de su fallo, pues no se limita sin más a sancionar que las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque cumplen con las exigencias del artículo 17 del Convenio de Bruselas (hoy artículo 23 del Reglamento 44/2001), sino que para que la citada cláusula sea considerada como válida y oponible frente a un tercero, sólo contempla los siguientes escenarios:

a) Cuando con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tercero tenedor de un conocimiento de embarque sucede al cargador en todos sus derechos y obligaciones;

b) Si el Derecho nacional aplicable no estableciera dicha sucesión al cargador por parte del tercero, sólo en el supuesto en que el tercero tenedor haya dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia. Y en este supuesto, en ningún caso se estima como suficientes para presumir la existencia de un consentimiento tácito del tercero atendiendo a sus conocimientos especiales o a su prolongada relación comercial con el porteador”.

IX. REFLEXIONES FINALES.

Destacar la conveniencia del arbitraje como la vía idónea para resolver las controversias marítimas y portuarias, por las ventajas que tiene en comparación con la jurisdicción ordinaria.

Además del potencial del arbitraje descrito en este trabajo, importa resaltar que dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos, contribuye a aliviar la carga procesal del Poder Judicial.

El arbitraje marítimo debería consolidarse en el país. La inexistencia de centros especializados en arbitraje marítimo, no es un obstáculo para que en el Perú los empresarios opten por resolver sus disputas llamando a especialistas en Derecho marítimo y de ser el caso de otras profesiones relacionadas con el mar y lo marítimo.

Recomendar que siempre se negocie un convenio arbitral y se incorpore una cláusula en los contratos que someta las controversias a la solución arbitral. Esta recomendación no se dirige solo a los contratos de utilización de buques, sino a los contratos marítimos y portuarios en general.

No es exagerado afirmar que la experiencia del arbitraje marítimo en el Perú viene de muy antigua data, ya que el Tribunal del Consulado de Lima que funcionó entre 1613 y 1887, conoció y resolvió controversias marítimas no solo del Callao sino de casi toda la Sudamérica española, mediante la utilización de un mecanismo arbitral semejante al que se usa en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- Arroyo Ignacio. "Relación entre Póliza de Fletamento y Conocimiento de Embarque: la Cláusula de Incorporación", en *Estudios de Derecho Marítimo*, I, Librería Bosch, Barcelona, 1993.
- Calmon Filho, Pedro. "Arbitraje Marítimo", en la *Revista de Derecho Marítimo*, N° 9, de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, Lima, 1987.
- Cordero Álvaro, Clara Isabel. "La Cláusula Atributiva de Jurisdicción en el Conocimiento de Embarque", en el *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLI, Madrid, 2008.
- Fernández Quirós, Tomás. "Oponibilidad Frente a Terceros de las Cláusulas de Jurisdicción en los Conocimientos de Embarque" en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, vv.aa., Asociación Española de Derecho Marítimo, Dykinson SL, Madrid, 2015.
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia. "Jurisdicción y Arbitraje en las Reglas de Rotterdam", en la obra colectiva *Contingencias de Derecho Marítimo*, Legis, Caracas, 2013.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Aplicación del Principio Iura Novit Curia en el Arbitraje", en la revista *Ius et Praxis* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 44. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2013.

- Montoya Alberti, Ulises. "Historia del Arbitraje", en la *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, número 56, Lima, 2003.
- Mundo Marítimo el 17 de agosto de 2020, titulado: *Londres continúa siendo el centro mundial de arbitraje de controversias marítimas en el mundo*, Véase: <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/londres-continua-siendo-el-centro-mundial-de-arbitraje-de-controversias-maritimas-en-el-mundo>.
- Pejovés Macedo, José Antonio. "El Arbitraje Marítimo y su Desarrollo en el Perú", en el *Anuario de Derecho Marítimo -director: prof. Ignacio Arroyo-*, Vol. N° 34, Barcelona, 2017.
- Pejovés Macedo, José Antonio. "L'arbitrage et son Développement au Pérou", en la obra colectiva *Le Droit des Activités Maritimes et Portuaires* -dirigida por los profesores Nicolás Guillet y Jean Michel Jude- que reunió las ponencias del coloquio internacional que con el mismo título del libro organizó la Universidad de Le Havre entre el 26 y 27 de octubre de 2017, Institut Universitaire Varenne, París, 2019.
- Pulido Begines, Juan Luis. *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2015.
- Ray, José Domingo. *Derecho de la Navegación*, apéndice I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Sánchez Calero, Fernando. *El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de La Haya-Visby)*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- Sierra Nogero, Eliseo. "El Convenio Arbitral y de Ley Aplicable en los Seguros Marítimos y su Eficacia Frente a Terceros en Derecho Español e Inglés" en la *Revista de Derecho Mercantil*, N° 256, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2005.
- Vega Justribó, Bárbara de la. "El Arbitraje en el Ámbito Marítimo", en el volumen 4 de la *Biblioteca de Arbitraje -El Arbitraje en las Distintas Áreas del Derecho-*, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007.



EN TIEMPOS DE HÉROES Y VILLANOS: LAS SÚPER INSTITUCIONES ARBITRALES

Autor:

Elizabeth Rosa Peralta Quispe

Recibido: 21/9/2021

Aceptado: 1/10/2021

EN TIEMPOS DE HÉROES Y VILLANOS: LAS SÚPER INSTITUCIONES ARBITRALES

IN TIMES OF HEROES AND VILLAINS: THE SUPER ARBITRATION INSTITUTIONS

Elizabeth Rosa Peralta Quispe¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Regulación Actual.
- III. Problemática Detectada.
- IV. Propuesta de Solución.
- V. Conclusiones.

Resumen.

En este artículo la autora analiza la regulación actual del arbitraje institucional en el Perú, evidenciando que, pese a ser considerado sustancialmente mejor frente a un arbitraje Ad Hoc, adolece de una grave ausencia de regulación que pone en riesgo sus principales características tales como: la confianza, seguridad y transparencia. También se evidencian casos concretos de problemáticas detectadas y se presenta una propuesta de solución.

Palabras Clave: Arbitraje, Arbitraje Institucional, Arbitraje Ad Hoc, regulación.

Abstract.

In this article, the author analyzes the current regulation of institutional arbitration in Peru, showing that, despite being considered substantially better compared to an Ad Hoc arbitration, it suffers from a serious lack of regulation that puts its main characteristics at risk, such as: trust, security and transparency. Also the author exposes specific cases of problems detected are also evidenced and a solution proposal is presented.

Key words: Arbitration, Institutional Arbitration, Ad Hoc Arbitration, regulation.

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Con estudios en curso de Maestría en Derecho Procesal. Con estudios de posgrado en Contrataciones con el Estado, Derecho Administrativo y Arbitraje. Especialista en Compliance. Forma parte del Área de Arbitrajes de Torres y Torres Lara Abogados. Email: eperalta@tytlcom.pe.

I. INTRODUCCIÓN.

El arbitraje es un método hetero compositivo de solución de conflictos consagrado en nuestra Constitución Política (artículo 139 inciso 1) como jurisdicción; si bien gran parte de los estudiados en la materia, entre los cuales me permito sumarme, consideramos que: en esencia este método no podría ser catalogado puramente como jurisdicción por adolecer de la ausencia de todos los elementos que constituyen y confieren esta calificación (coertio); finalmente, así lo ha contemplado nuestra norma madre.

El hecho de considerarse al arbitraje como jurisdicción permite a quienes requieran el acceso a la justicia poder recurrir válidamente, para recibir una decisión con carácter válido y oponible al Poder Judicial o al Arbitraje. Vemos entonces el peso y relevancia de esta característica; se pone al arbitraje a la misma altura que al Poder Judicial, y como solía decir un gran personaje de ficción: *"Un gran poder conlleva una gran responsabilidad"*. Es importante tener esto presente pues, como veremos más adelante se le ha dado una especial confianza y relevancia, particularmente, a un tipo de arbitraje que, realmente no tiene ninguna regulación pese a que, como ya hemos referido, este método de solución de conflictos es considerado como jurisdicción y se encuentra al mismo nivel que la vía ordinaria.

El Arbitraje puede dividirse de múltiples formas sea: a) nacional – internacional, b) público – privado, c) de derecho – de conciencia, d) comercial – potestativo – societario, e) ad hoc – institucional. A efectos del desarrollo del presente trabajo nos enfocaremos en el arbitraje dividido por el tipo de administración el cual puede ser: Ad Hoc o Institucional. Será Ad Hoc cuando la administración recaiga en el mismo Tribunal Arbitral e Institucional cuando repose en una institución arbitral.

En los últimos años, la vía arbitral ha estado en el ojo público al hacerse conocidas diversas denuncias (como el caso Orellana) en las cuales se evidenciaba que la corrupción, un mal que nos aqueja como sociedad, se había enquistado en los tribunales arbitrales; desde tal momento se consideró que las deficiencias de esta justicia privada residían en el Arbitraje Ad Hoc. Frente a ello, empezó a considerarse que la solución, el héroe que se requería para luchar contra las malas prácticas, era darle mayor relevancia al Arbitraje Institucional.

No pretendemos señalar que un Arbitraje Ad Hoc no pueda ser una excelente opción puesto que creemos que es factible conducir uno en óptimas condiciones; sin embargo, es sabido que, encargarle la administración de un proceso a un centro arbitral tiene las siguientes ventajas: a) reglamentos internos, b) cortes internas que definen problemas *prima facie*, c) transparencia, d) sistemas de seguimiento estandarizados, e) infraestructura especializada, f) nóminas de árbitros, entre otros.

Ahora bien, como se aprecia, las ventajas del arbitraje institucional recaen específicamente en quienes prestan el servicio de administración del proceso: las instituciones arbitrales; sin embargo, existe poca o ninguna regulación para las instituciones lo que nos lleva a reflexionar que, tal vez nos encontramos en un error al creer que, ser un proceso administrado por una institución arbitral, per se, resulta ser más seguro frente a uno ad hoc.

II. REGULACIÓN ACTUAL.

En la actualidad el arbitraje en el Perú se encuentra regulado, principalmente, por el Decreto Legislativo N° 1071; sin embargo, en este cuerpo normativo no se apreciaba ninguna mención a alguna Acreditación y/o Supervisión que debería tener una institución arbitral a efectos de que funcione como tal.

En efecto, los únicos requisitos que se han incorporado se encuentran en el numeral 2 del artículo 7 de la norma antes señalada:

“Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.

(...)

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

Resulta oportuno mencionar que esta situación se ha mantenido desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo antes señalado (2008²) hasta la emisión de la última modificatoria, esto es: el Decreto de Urgencia N° 020-2020 en enero de 2020 en el cual, se incorporó la siguiente Primera Disposición Complementaria Final:

“Primera.- Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje en territorio nacional

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - RENACE, el cual contiene la nómina de árbitros/as y de centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante respecto de sus actuaciones, así como el registro de las declaraciones juradas de intereses de los/as árbitros/as que participen en las controversias en los que es parte el Estado peruano. Se exceptúa de esta disposición el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil”.

Cabe destacar que este registro no genera ninguna autorización para el funcionamiento de los centros arbitrales ni supone la incorporación de exigencias para la prestación de los servicios, sino que constituye un mero registro informativo.

La situación descrita anteriormente (ausencia de regulación) resulta bastante peculiar, sustancialmente, por cuatro aspectos:

² E inclusive es el mismo texto que tenía la Ley 26572, Ley General de Arbitraje que fue publicada el 05 de enero de 1996

1. El arbitraje ha sido instaurado en el Perú en los años 90', es decir, han transcurrido cerca de 30 años para que se incorpore algún tipo de regulación sobre los Centros de Arbitraje.
2. Otro mecanismo de solución de controversias que, a diferencia del arbitraje, no es jurisdicción: "la conciliación" sí contiene requisitos para que los Centros que prestan estos servicios funcionen. En efecto, los Centros de Conciliación, para su funcionamiento requieren de una autorización que proporciona el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos³.
3. La poca regulación que se ha tenido para los Centros Arbitrales aplica únicamente en casos en los que el Estado es parte; entonces ¿cualquier empresa puede administrar un proceso en el que las partes sean privadas?
4. Nuestra normativa de contratación pública (Ley 30225 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF) consideran necesario que las disputas entre una Entidad y un Contratista sean sometidas a un arbitraje institucional, y solo en casos excepcionales a uno Ad Hoc.

Esta situación podría, a criterio de algunos, no suponer ningún tipo de contingencia para el desarrollo de un proceso arbitral; no obstante, considerando que una de las principales ventajas del arbitraje institucional es la seguridad que supone que un proceso sea administrado por una institución debidamente constituida, sí podemos aseverar que existen dudas justificadas sobre si realmente un arbitraje institucional es más beneficioso en la práctica respecto a un arbitraje Ad Hoc.

Recordemos que la acreditación, regulación o supervisión de Centros Arbitrales no son más que medidas para asegurar la correcta administración del proceso. Sobre el particular Guzmán-Barrón⁴ señala lo siguiente:

"(...) 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 en materia arbitral probada, además de asegurar una garantía de permanencia en el tiempo (...)"

Debemos señalar que la necesidad de tener una acreditación es una realidad, tal es así que, inclusive, la Ley de Contrataciones con el Estado desde el año 2016 (Ley 30225) incorporó que las instituciones arbitrales a las que las partes sometieran sus disputas debían ser debidamente acreditadas, en ese orden de ideas, se tenía la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD5 "Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE".

Es decir, a nivel de las contrataciones públicas se reconocía la necesidad de contar con algún tipo de regulación sobre el tema.

³ <https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=3002>

⁴ Guzman – Barrón Sobrevilla, César y Zúñiga Maravi, Rigoberto (2015). Arbitraje Institucional en la Contratación Pública. Revista Derecho & Sociedad, N° 44. Perú.

⁵ Esta directiva estuvo vigente hasta el 04 de febrero de 2019.

Considerando lo anterior ¿Cómo podemos aseverar que el Arbitraje Institucional es el héroe que necesitaba este método de solución de conflictos para vencer la corrupción? Sobre este tipo de arbitraje, Natale Amprimo Pla⁶ señala lo siguiente:

“En buena cuenta, el arbitraje institucional se sostiene en tres pilares: institución arbitral, administración del arbitraje y normas reglamentarias”.

En efecto, el arbitraje institucional tiene como pilar, precisamente la institución arbitral, a raíz de ello nos preguntamos ¿Quién cuida que estas instituciones arbitrales cumplan a cabalidad con sus funciones? ¿Cuál es el estándar mínimo que debemos esperar? ¿Qué problema podría traernos el hecho de persistir en la situación actual?

III. PROBLEMÁTICA DETECTADA.

Considerando que hemos evidenciado la ausencia de regulación la problemática detectada es, quizás, la que enfrenta el arbitraje institucional ya que, como nos señala la doctora Pierina Guerinoni⁷, la responsabilidad recae en las propias instituciones arbitrales:

“Hemos dicho que en el arbitraje institucional, existe de por medio una institución arbitral que se encarga de organizar y administrar el arbitraje. La Ley de Arbitraje no exige mayores requisitos para su creación, únicamente exige que sean personas jurídicas con o sin fines de lucro.

Sin embargo, toda institución arbitral seria, que pretenda generar confianza en el mercado sobre la calidad de sus servicios, debe brindar seguridad y predictibilidad al proceso arbitral” (Énfasis agregado).

En efecto, la ausencia de exigencias normativas para un correcto desarrollo y prestación del servicio de arbitraje, no afecta a las más prestigiosas instituciones arbitrales en nuestro país las cuales -inclusive- ostentan certificaciones ISO de anticorrupción o calidad de servicio, sino a aquellas pequeñas o nuevas instituciones.

En el Perú, de acuerdo con el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje que maneja el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se encuentran inscritas 112 instituciones arbitrales, pero recordemos que estas solo son aquellas en los que se ventilan casos en los que una de las partes es el Estado, por lo que podrían existir muchas más cuyo nombre o paradero resulta desconocido.

Al no existir exigencias ni regulación en estricto para los centros de arbitraje que prestan el servicio de arbitraje institucional se genera, sustancialmente, una falta de seguridad jurídica. Prueba de lo descrito es precisamente el caso recaído en el Expediente N° 03547-2013-PA/TC

⁶ Amprimo Pla, Natale. “Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc” (2009) Revista Peruana de Arbitraje. N° 9 Perú.

⁷ Guerinoni Romero, Pierina Mariela. (2011) Arbitraje del Estado: ¿Ad Hoc o Institucional? Revista Arbitraje PUCP. Perú.

seguido contra el Tribunal de Arbitraje del Colegio Nacional de Conciliadores Extrajudicial del Perú (la cual es una institución arbitral).

En la Sentencia recaída en el referido expediente se aprecia la siguiente alegación de la parte demandante:

“(…) Recuerda que luego de ser notificados por el Centro (19 de noviembre de 2010), intentaron oponerse al inicio del arbitraje ante la incompetencia de este, pero que ello no fue posible porque cuando quisieron presentar su escrito estaba cerrado el local, de lo que existe constatación notarial (2 de diciembre de 2010). Expresa también que a pesar de ello, fueron notificados con la aceptación del cargo de árbitro por don Wilfredo Doroteo Vilcapoma Mateo, nombrado por GSL (15 de diciembre de 2010); y que posteriormente se les comunicó que dado que la recurrente no designó a un árbitro, por defecto se designó a don Eduardo Ronald Federico Villalobos Linares. Arguye la recurrente que por dicha razón quiso presentar un nuevo documento para que el Centro se abstuviera de continuar con el proceso arbitral, concurriendo el mismo día (15 de febrero de 2011), en dos oportunidades, pero que este se encontraba cerrado, de lo que hay constatación notarial, por lo que el día siguiente se volvieron a apersonar sin que nadie abriera la puerta, lo que fue constatado por el Notario Público presente.

Añade que estos hechos fueron puestos en conocimiento de los árbitros y de la otra parte; que sin embargo, el proceso continúa y el 1 de marzo de 2011 se hizo de su conocimiento que don Eduardo Ronald Federico Villalobos Linares habría aceptado el cargo de árbitro.

Por ello, considera que dicho Centro es incompetente para administrar cualquier controversia arbitral que surja entre GSL y OHL, pues en el contrato no se acordó que dicho Centro administre controversia alguna (...)”

En la cita antes consignada se aprecia un caso en el cual una institución arbitral, aparentemente, ejercía sus actividades sin ningún tipo de parámetro afectando gravemente la garantía constitucional al debido proceso, y es que, lamentablemente como ya hemos señalado anteriormente, la decisión de prestar un correcto servicio no tiene como respaldo la existencia de una norma básica o de una fiscalización, sino la voluntad de quienes prestan este tipo de servicios.

Teniendo presente nuestro modelo económico actual, esto es: economía social de mercado, el Estado tiene la facultad de intervenir en aquellos casos en los que, excepcionalmente se requiera su interferencia, así pues, consideramos el presente escenario amerita esta participación.

Como puede apreciarse, sí podemos aseverar que es necesario contar con alguna institución como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que supervise o lleve un registro de instituciones arbitrales y fiscalice la labor que prestan las mismas, de lo contrario ¿cómo podemos afirmar que un arbitraje institucional nos brinda tantas ventajas frente a uno Ad Hoc?

IV. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

A nuestro criterio, el Estado peruano bien podría seguir el ejemplo de Colombia quienes tienen integrados los Requisitos para la creación de Centros de Conciliación y Arbitraje (Resolución Colombiana N° 1342 de 2004).

En el caso de nuestro país hermano, el Registro lo lleva el Ministerio del Interior y de Justicia y establece como requisitos para incorporación de Centros de Arbitraje, los siguientes:

- Solicitud dirigida al Ministerio del Interior y de Justicia.
- Acreditación del representante legal que presenta la solicitud y de la existencia de la persona jurídica que solicita la autorización.
- Estudio de factibilidad que cumpla con criterios de conveniencia y oportunidad soportado en información verificable que contenga:
 - Ubicación del centro.
 - Tipología del conflicto.
 - Estimación de la demanda del servicio.
 - Organización administrativa del centro.
 - Estrategia de divulgación.
 - Sistema de evaluación y seguimiento.
 - Programa de educación continuada.
 - Recursos logísticos y físicos.
 - Recursos financieros.
 - Reglamento Interno.
 - Reglamento de Arbitraje Institucional.
 - Lista de Árbitros.
 - Identificación de otros servicios de administración de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que se presten.

Consideramos que los requisitos exigidos en Colombia resultan razonables y que, a todas luces un Centro de Arbitraje serio pudiera cumplir y si no pudiera hacerlo nos preguntamos ¿cómo podemos someter ante ellos nuestra litis? ¿qué garantía tenemos?.

Nuestra propuesta es que se tenga un registro fiscalizado de Centros de Arbitraje, pero que ello no se limite a aquellos que prestan servicios al Estado sino también a los Centros que administren todo tipo de litis y que este Registro sea administrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

V. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión, en primer lugar, debo destacar que, como hemos podido apreciar si bien el arbitraje institucional tiene diversas ventajas frente al Ad Hoc, lo cierto es que no podemos aseverar que, por su sola naturaleza resulta ser un superhéroe que va a combatir cabalmente la corrupción; un mal que ha sido muy vinculado a los arbitrajes Ad Hoc.

Si bien muchas instituciones arbitrales, a la fecha, cuentan con reglamentos, directivas, portales web, mecanismos de transparencia, entre otros, esto no aplica para la totalidad de centros arbitrales, es por ello que se requiere incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un mínimo de requisitos para el funcionamiento de las instituciones arbitrales y la fiscalización correspondiente, a fin de verificar que se estén siguiendo estándares mínimos.

La propuesta no resulta ser económicamente inviable, más aún si consideramos que, en el Perú ya existe regulación para centros de conciliación, por lo que, podríamos inclusive, ampliar el espectro de la regulación para ellos, a los centros arbitrales, de esta manera se revestiría de mayor seguridad a los particulares que someten sus discrepancias a un arbitraje institucional.

Recordemos que el arbitraje institucional está siendo considerado como la mejor alternativa para evitar actos impropios o poco íntegros en el desarrollo de un arbitraje, por lo que, debemos ser consecuentes y, darle la responsabilidad adecuada a quienes conferimos poder.

BIBLIOGRAFÍA.

- Amprimo Pla, Natale. Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc. Revista Peruana de Arbitraje. N° 9 (Perú: 2009).
- Guerinoni Romero, Pierina Mariela. Arbitraje del Estado: ¿Ad Hoc o Institucional? Revista Arbitraje PUCP (Perú: 2011).
- Guzman – Barrón Sobrevilla, César y Zúñiga Maravi, Rigoberto Arbitraje Institucional en la Contratación Pública (2015). Revista Derecho & Sociedad, N° 44 (Perú: 2015).



LA BUENA FE PROCESAL EN EL ARBITRAJE

Autor:

Ricardo Rodríguez Ardiles

Recibido: 13/8/2021

Aceptado: 20/8/2021

LA BUENA FE PROCESAL EN EL ARBITRAJE

GOOD PROCEDURAL FAITH IN ARBITRATION

Ricardo Rodríguez Ardiles¹

SUMARIO:

- I. El convenio arbitral como ejercicio de libertad y buena fe.
- II. Buena fe procesal en el arbitraje.
- III. Comentarios finales.

Resumen.

En el presente artículo se analiza el ejercicio de la libertad como pilar del convenio arbitral enfatizando que el ejercicio de tal libertad requiere como condición intrínseca la buena fe de los intervinientes no solo en la celebración de aquél, sino fundamentalmente en el cumplimiento de los alcances al que se han obligado. Así por tanto, el ejercicio de la buena fe demanda de acciones concretas en el iter procesal, de modo tal, que el quehacer de las partes, pero también de todos los que intervienen en el proceso, posea un alto nivel ético de honestidad, lealtad, confianza, respeto, seguridad a fin de proscribir el uso de conductas y acciones reñidas con tal propósito, puesto que en la defensa de los derechos de cada una de las posiciones de las partes deberán quedar proscritas las conductas que, como se detallan en el contenido de este artículo, bien pueden ser advertidas como de abuso de derecho, circunstancia que no es amparable al atentar precisamente contra la finalidad de la ley y generar la mala práctica procesal, extremo que en el arbitraje debe evitarse a fin de cautelar su eficiencia.

Palabras clave: Arbitraje, Libertad y convenio arbitral, Buena fe procesal, Ética y Abuso de derecho, Mala práctica procesal,

Abstract.

This article analyzes the exercise of freedom as a pillar of the arbitration agreement, emphasizing that the exercise of such freedom requires as an intrinsic condition the good faith of the intervening parties, not only in the conclusion of the agreement, but fundamentally in compliance with the scope of the agreement. that have been forced. Thus, therefore, the exercise of good faith demands specific actions in the procedural iter, in such a way that the work of the parties, but also of all those involved in the process, has a high ethical level of honesty, loyalty, trust, respect, security in order to proscribe the use of conducts and actions that are at odds with this purpose, since in the defense of the rights of each of the parties' positions, the conducts that, as detailed in the content of this article, may well be warned as abuse of rights, a circumstance that is not covered precisely as it violates the purpose of the law and generates procedural malpractice, an extreme that in arbitration should be avoided in order to safeguard its efficiency.

¹ Ricardo Rodríguez Ardiles, árbitro y adjudicador independiente, abogado, Lima, Perú, rjfrrodriguez@gmail.com

Key words: *Arbitration, Freedom and arbitration agreement, Procedural good faith, Ethics and abuse of law, Procedural malpractice*

I. EL CONVENIO ARBITRAL COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD Y BUENA FE.

La Ley de Arbitraje ha conceptualizado el convenio arbitral como *“un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje toda controversia o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”*². Esto es, como se advierte del propio texto, que el convenio arbitral denota que las partes al celebrar el acuerdo ejercitan un acto de libertad y simultáneamente, aunque ello no se infiera directamente, de buena fe.

La libertad de las partes es el pilar en el que se asienta el arbitraje en general puesto que es solo mediante el ejercicio de aquella que puede transparentarse la voluntad de apartarse de la jurisdicción ordinaria para la solución de controversias y someterse a esta, denominemos jurisdicción privada, que es el arbitraje. En efecto, y tal como está regulado en la Constitución, toda persona tiene el derecho a una tutela efectiva que es exclusiva del Poder Judicial, salvo las excepciones correspondientes a la arbitral y la militar³.

El ejercicio de la voluntad en libertad para celebrar el acuerdo arbitral demanda necesariamente el consentimiento de las partes, pues es este el que confiere al acuerdo la plena validez al constituir a la postre la expresión externa de la decisión internamente asumida. No habrá por tanto convenio arbitral si no existe libertad de consentimiento, el cual debe ser lo suficientemente explícito, sea por declaración expresa o por presunción legal, de que aquel se ha producido. Sobre este último aspecto el mismo numeral objeto de comentario al listar supuestos en que deberá entenderse que el convenio arbitral consta por escrito, genera que ante tales circunstancias las partes hayan expresado su consentimiento.

Ahora bien, celebrado el convenio arbitral crea para las partes un doble efecto, uno positivo y otro negativo, que como desarrollaremos resultan insolubles y simultáneos.

El efecto positivo del convenio arbitral consiste en el cumplimiento de la obligación que habiendo sido asumida por las partes los obliga ineludiblemente a someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellos de conformidad a lo pactado en el convenio.

El efecto negativo del convenio arbitral, a su turno, consiste en excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento y decisión respecto de las controversias incluidas en el convenio arbitral, circunstancia que de incumplirse motiva la generación de la excepción de convenio arbitral. Sobre ello, la Ley de Arbitraje regula que *“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 hubiese iniciado el arbitraje”*, la misma que *“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 arbitral sea manifiestamente nulo”*⁴

² Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo N° 1071, art. 13

³ Constitución Política del Perú, art. 139.

⁴ Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo N° 1071, art. 16 numerales 1 y 3

Adicionalmente a lo expresado, y como bien señala César Rivera, *"El convenio arbitral tiene, por tanto, un doble carácter o naturaleza material o contractual y procesal. El convenio arbitral es un contrato, le son de aplicación las reglas sobre los contratos (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). A su vez, se trata de un contrato cuyo objeto es procesal y que confiere competencia a los árbitros"*⁵

Así por tanto, no cabe duda que el convenio arbitral es un acto jurídico y propiamente un contrato y como tal comparte las notas de los mismos, tales como: necesitan de participación de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita por ley⁶; e igualmente negociarse, celebrarse, y ejecutarse, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes⁷.

En virtud de ello, no es ajeno al convenio arbitral el principio de buena fe el mismo que por su calidad de principio general, es transversal a todo el derecho y en el arbitraje, desde nuestra perspectiva, no solo un postulado etéreo sino por el contrario, presente en su totalidad, desde la génesis y celebración del convenio, así como también respecto de su contenido, para su interpretación, y muy especialmente para su ejecución y cumplimiento.

La buena fe ha sido doctrinariamente definida como un principio que obliga de manera universal, esto es, a todos sin excepción a cumplir una determinada conducta, actitud o comportamiento, dentro de los estándares de lealtad, respeto, seguridad y confianza, en el quehacer de la relación convenida o pactada, a efectos de que la contraparte, actuando de igual forma, tenga la certeza de que cualquiera que sea la circunstancia que se enfrenta con su contraparte, han de accionar de conformidad a esos postulados, y que de manera conjunta e incluso individual, se entiende como buena fe.

La aplicación de la buena fe abarca, por tanto, el accionar cuando se ejerce o reclama un derecho, así como cuando se cumple el deber proveniente de la obligación pactada. No es por ello factible de ser fraccionado el comportamiento según sea la calidad que se posea en un negocio jurídico o contrato, así como tampoco de la calidad que se posea en el supuesto del surgimiento de una controversia en la que puede constituirse como demandante o demandado pues ambos, están sujetos a la buena fe en el accionar, y en la interpretación del pacto de donde emerge el derecho que se reclama o surge el deber de cumplimiento de la obligación pactada.

En los Principios UNIDROIT sobre contratos internacionales, se recoge de forma certera la aplicación de la buena fe complementando esta con la lealtad negocial, brindándole de esta forma una visión integral que permite apreciarlo en conjunto tanto en su concepto como su postulado obligacional de deber, más aun, cuando en aquellos mismos principios se prohíbe que las partes puedan limitar o excluir este deber.⁸

Carlos Soto, citando a Luis Díez Picazo afirma que la buena fe es un principio general de derecho *"engendra una norma jurídica completa que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho; todas personas, todos los miembros de una comunidad"*

⁵ Rivera, César; Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional, Biblioteca de Arbitraje, Volumen 18, p. 426 Ed. Palestra 2011

⁶ Código Civil Peruano, art. 140

⁷ Código Civil Peruano, art. 1362

⁸ UNIDROIT Principios sobre contratos comerciales internacionales, 210

jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas; que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contrahendo) y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse de buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe”⁹.

Doctrinariamente se trata la buena fe desde una perspectiva subjetiva y objetiva. Por la primera, fuente subjetiva, se asimila a la “actitud mental” de la persona, esto es, el convencimiento o al menos el asumir íntimamente que su conducta es acorde con la conducta esperada respecto a su accionar y circunstancias; y en la fuente objetiva, se determina la buena fe según sea la conducta asumida en la situación requerida. En esta se privilegia la acción objetiva, de ahí su nombre, sobre el convencimiento íntimo del accionante.

Tal como expresa Fabián Novak Talavera, haciendo referencia al pensamiento de Franz Wieacker, *“En este sentido, la buena fe comporta un modelo ideal de conducta social, que implica un actuar honesto, leal, probo, correcto, exento de subterfugios y malicia. Es en buena cuenta el espíritu escrupuloso con que deben cumplirse las obligaciones y ser ejercidos los derechos.”*¹⁰

A su turno, Roxana Jiménez Vargas Machuca señala que *“La buena fe como conducta esperable, impuesta como un deber, es la denominada buena fe objetiva que, en términos generales se manifiesta como un criterio del comportamiento conscientemente asumido; la conducta del sujeto debe ser estudiada a fin de determinar si se encuentra en concordancia con las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto (si se ajusta al estándar jurídico o prototipo -objetivo- de conducta social, basado en reglas objetivas”*¹¹.

En ese contexto la buena fe en el ámbito arbitral encuentra su concreción legislativa en el artículo 38 de la Ley de Arbitraje, en la que explícitamente y bajo el título de Buena fe regula la obligación de las partes de observar, y cumplir por ende, el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones dentro del decurso de las actuaciones arbitrales sino igualmente, y como una expresión de dicha buena fe, a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.¹²

II. BUENA FE PROCESAL EN EL ARBITRAJE.

No cabe duda, por tanto, que en el arbitraje peruano ha sido consagrado el principio de la buena fe procesal, con lo cual ya no solo estamos ante una disposición general de principio general sino más bien ante una disposición legal que, como tal, exige cumplimiento.

⁹ Soto, Carlos Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Convenio Arbitral, pag. 190, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú 2011

¹⁰ Novak, Fabián Los principios generales del derecho, la buena fe y el abuso del derecho, Agenda Internacional, Año IV, N 9, Diciembre 1997

¹¹ Jiménez Vargas Machuca, Roxana, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú 2011, p. 428.

¹² Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, Artículo 38 Buena fe. Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Para una cabal comprensión del concepto, seguimos a Joan Picó Junoy quien afirma, con amplitud que el principio de la buena fe procesal es la manifestación en el ámbito jurisdiccional del principio general de la buena fe, y con mayor precisión la define como “aquella conducta exigible a toda persona, en el marco del proceso, por ser socialmente admitida como correcta”¹³ lo que implica o conlleva que por su aplicación queden proscritas las conductas maliciosas o fraudulentas dentro del proceso o que a la postre venza el que mejor utiliza los medios procesales al margen de la ética, sino el que tenga razón.

Giovanni Priori, ha desarrollado el concepto brindándole su justo ámbito al destacar que no solo está reservado a las partes, sino que comprende a todos los que intervienen dentro del proceso, sea este judicial o arbitral, ya que en ambos se comparte la calidad de jurisdicción. Este autor nos dice: *El principio de buena fe procesal o de moralidad supone introducir un contenido ético y moral al ordenamiento jurídico y, en concreto, a la actuación de los diversos sujetos al interior del proceso. De esta forma, este principio supone "un conjunto de reglas de conducta, presidido por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba)". La eficacia de este principio para todos aquellos que intervienen de alguna u otra forma en el proceso es muy importante, ya que este principio no está reservado a las partes, sino también al juez, y a todo auxiliar jurisdiccional, tercero o persona que de alguna u otra forma tenga que ver en el proceso y, por supuesto, a los abogados de las partes. No son por ello solo las partes las que se encuentran sometidas a este principio*¹⁴.

El mismo alcance posee la buena fe procesal respecto del arbitraje, como se ha señalado, puesto que si bien no se ha desarrollado de tal modo en la Ley específica, a diferencia de lo que sí se establece en el Código Procesal Civil, en cuyo artículo IV de su Título Preliminar fija la amplitud de cumplimiento del concepto “*Las partes, sus representantes, sus abogados y en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe*”; ello no es óbice para que la postulación alcance también a las actuaciones arbitrales tal como lo determinan los Códigos de Ética de las instituciones arbitrales más representativas del medio¹⁵, en los que se detalla que son de observancia obligatoria por los árbitros, sea cual fuere de donde provenga su designación, los Secretarios y funcionarios del Centro, las partes, los abogados y asesores.

Un último aspecto preliminar que es necesario dejar precisado es el referido a la buena fe procesal y el derecho de defensa, tutelado constitucionalmente¹⁶ y que “*constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés*”¹⁷, puesto que el ejercicio del mismo no implica la inexistencia de los postulados

¹³ Picó I Junoy, El principio de buena fe procesal, JM Bosch Editor, Barcelona 2003, p. 69

¹⁴ Priori, Giovanni El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal. Derecho & Sociedad 30, p.326

¹⁵ Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, art. 1; Código de Ética del Centro de Análisis y resolución de Conflictos de la PUCP, arts. 3 y 4; Código de Ética del Centro Internet nacional de Arbitraje de AMCHAM, art. 2; Código de Ética, Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, art. 1

¹⁶ Constitución Política del Perú, art. 139 inc. 14

¹⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia 00005-2006-AI/2006 14.12.2006 Minera SullidenShahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarcas.

éticos de la buena fe procesal, por cuanto si ello no se aplicara estaríamos irremediablemente ingresando al abuso del derecho, respecto de la cual como bien señala Carlos Fernández Sessarego *“Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agravien intereses ajenos dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección”*¹⁸. Por tanto, la buena fe procesal no afecta en grado alguno el derecho de defensa sino que por el contrario lo garantiza a través de un comportamiento acorde con los postulados generales del derecho en los que como se ha señalado incluye la mencionada buena fe procesal, razón por la cual todo actos que la vulnera debe ser objeto de rechazo.

Nuevamente citando a Fernández Sessarego convenimos con él cuando afirma *“El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando –o no usando– de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica”*¹⁹.

En consecuencia, a lo anteriormente expuesto, no cabe duda por tanto que en arbitraje y al igual que en todo el campo del derecho, no hay atisbo de duda de la obligación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política respecto a que *“La Constitución no ampara el abuso del derecho”*; e igualmente el artículo II del Título Preliminar del Código Civil respecto a que *“La ley no ampara el abuso del derecho”*.

Finalmente y antes de ingresar a una descripción de algunas conductas que pueden ser consideradas como atentatorias a la buena fe procesal, e incluso inmersas en el accionar abusivo del derecho, convendría dejar establecido que de manera inmediata no puede calificarse una determinada conducta procesal como tales, puesto que para que ello suceda se requiere la confluencia de por lo menos dos condiciones, tal como acertadamente Giovanni Priori, citando a Michelle Taruffo, expresa: (i) que exista la intención de perseguir objetivos perjudiciales y dañosos para alguien (la contraparte o un tercero), y; (ii) que estas consecuencias negativas se verifiquen en la esfera del sujeto a quien se ha querido perjudicar²⁰.

Ahora bien, existen determinadas conductas que evidencian, no siempre desde el primer momento por cierto, la existencia de un accionar contrario a la buena fe procesal y que se manifiestan algunas desde el inicio del proceso y otras en el devenir del mismo, ya sea como inconducta procesal genérica o inconducta procesal específica pero en ambos casos, ejerciendo actos previstos en la normativa pero con un fin distinto del objeto o finalidad que le es propio para cada uno de ellos, es decir desnaturalizando su propósito o finalidad, a fin de que bajo un manto de legalidad se escondan deseos ajenos a aquellos. Es pues, el uso y abuso de una facultad legítima con propósito subalterno.

A continuación listamos algunas de esas conductas.

¹⁸ Fernández Sessarego, Carlos. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 22.

¹⁹ Fernández Sessarego, Carlos. Op.cit, p. 24

²⁰ Priori, Giovanni. El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal. Derecho & Sociedad 30, p 329

- Demandas o contestaciones de demandas carentes de sustento jurídico, con el objeto de generar una distorsión y eventual perturbación a la contraparte mediante argumentaciones de índole jurídica que no guardan relación con los hechos. Se puede incluir dentro de esta conducta contraria a la buena fe, y de manera amplia, a la exposición de hechos contrarios a la realidad. Nótese sin embargo que no es que los hechos puedan tener entendimientos distintos según sean las circunstancias que los rodean, sino que lo que se busca es crear una realidad diferente de la acaecida con el único propósito de establecer fundamento a las pretensiones.
- Medios de defensa con el único propósito de alargar el proceso. En este rubro se engloba, tanto a las excepciones y cuestiones previas con una finalidad netamente dilatoria y también, en una comprensión amplia, a las recusaciones de los árbitros. Son no pocas las veces que las recusaciones se fundamentan en hechos que claramente carecen de fundamento o que son de la propia parte conocidos con anticipación y que, estratégicamente, son mantenidos en reserva para que, según sea el decurso procesal se pongan de manifiesto amparándose en declaración de haber tomado conocimiento de ellos de manera reciente, a sabiendas que ello no fue así. Igualmente, cuestionamientos en función de hechos frívolos o ajenos a las partes y que no afectan ni la imparcialidad ni la independencia del árbitro y que se formulan como sustento para suspender o dilatar las actuaciones.
- Utilización de cuestiones probatorias como tachas o nulidades a sabiendas que son manifiestamente infundadas.
- Cuando se utilizan los mismos fundamentos valorados con anticipación durante el proceso para impugnar o cuestionar aspectos que ya han sido resueltos de manera definitiva en decisiones anteriores, dando origen, bajo el argumento de cautelar el debido proceso y su derecho de defensa, a la denominada "táctica de guerrillas".
- El ofrecimiento de medios probatorios reiterados para probar hechos o circunstancias que ya han sido objeto de suficiente probanza con otros medios de defensa ofrecidos y actuados. En este concepto se incluyen el ofrecimiento de pruebas que requieren amplios periodos para su preparación y actuación, por ejemplo pericias que, según el caso, son innecesarias por la existencia de otros medios de prueba suficientes.
- La presentación o exhibición de documentos de manera parcial alterando el concepto y el contenido de estos.
- El ofrecimiento de testigos a sabiendas que no existen o no son partícipes de manera directa o indirecta con la materia controvertida.
- El ofrecimiento de documentos que no son factibles en razón del conocimiento de su inexistencia.
- El ofrecimiento de exhibición de documentos de manera amplia y sin sustento con el único propósito, además de la dilación, de buscar algún elemento que le pudiera ser favorable, esto es lo que se denomina fishing expedition o salir de pesca.

- La presentación de documentos que han sido obtenidos de una manera ilícita o al margen de los procedimientos determinado por la legislación para tener acceso a aquellos.
- Las solicitudes recurrentes de reprogramación de audiencias por suscitarse circunstancias factibles de ser previstas tanto en cuanto a su suceso como a su oportunidad.
- El reiterado uso del recurso de reconsideración a efectos de impedir la prosecución de las actuaciones generando incidentes.

Aún cuando los ejemplos parecieran suficientes, resulta necesario hacer mención a lo indicado por Adrián Simons Pino en la Primera Conferencia Anual de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje, desarrollada en Lima, citado por Roxana Jiménez²¹.

El mencionado autor manifiesta que en el medio arbitral es factible percibir la existencia de conductas en materia probatoria que atenta o vulneran la buena fe procesal:

- *Prueba "sorpresa": mantener oculta una prueba y ofrecerla de manera extemporánea afectando la igualdad en el proceso arbitral y el derecho de defensa y así pretender modificar el objeto del proceso ya fijado.*
- *Salir de "pesca" en materia probatoria: por ejemplo pedir la exhibición de documentos de manera indiscriminada y abstracta.*
- *Interrogatorios maliciosos: esto puede manifestarse de diversas maneras: excesivo número de preguntas, preguntas insidiosas, ataques al testigo o declarante, preguntas sobre hechos inexistentes para descalificar al declarante.*
- *Pericias "bambas o truchas": Uso de expertos que carecen de los conocimientos o calificaciones requeridos para emitir opinión sobre una determinada rama científica o artística.*
- *Obtención de pruebas violando derechos fundamentales. Por ejemplo: interceptaciones telefónicas.*
- *Solicitud de pruebas imposibles o "diabólicas". Pedir acreditar hechos negativos.*
- *Cuestionamiento de prueba documental por falsedad sin contraprueba.*
- *Cuestionar la copia de un documento solo por carecer del original.*
- *Ofrecimiento de prueba abundante no relevante.*
- *Uso de prueba no idónea. Por ejemplo, pretender acreditar la lucidez de una persona con una declaración testimonial.*

²¹ Jiménez Vargas Machuca, Roxana, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú 2011, p. 436

Mutatis mutandis resulta oportuno traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a que determinados hechos, como los antes enunciados entre otros, *acreditan la falta de argumentos y la conducta temeraria que ha venido exhibiendo ...en el trámite del presente proceso, faltando así a sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, obstaculizando la labor de los órganos jurisdiccionales encargado del servicio de justicia por mandato de la Constitución, dando lugar a la desnaturalización de los fines de este proceso...*²²

Finalmente, por todo lo expresado, y tratando de resumir los conceptos vertidos, existirá afectación de la buena fe procesal, cuando sea por actuación de temeridad o abuso procesal y dentro de los matices de cada figura; el accionante obra con mala fe, deslealtad procesal o con infracción de la moralidad y la buena fe.

III. COMENTARIOS FINALES.

Fluye de los conceptos expuestos que existe una necesaria e indispensable ligazón entre buena fe y buena fe procesal y que su tutela está en manos de los partícipes en el arbitraje pero también y con amplitud en los árbitros.

Los árbitros en su condición de tales y directores de las actuaciones arbitrales tienen el deber y obligación de cautelar el cumplimiento de la buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes establecido en la Ley de Arbitraje e impedir el uso de conductas que tiendan a la dilación o desnaturalización del proceso.

Para ello, y aun a costa de las no poco frecuentes amenazas veladas o explícitas respecto de su actuación, comprobada la vulneración del deber de mantener una conducta ética procesal que configure mala fe de cualquiera de las partes, deberá ponerle coto a dicha conducta, a fin de mantener la primacía de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, que no es solo el cumplimiento de formalidades, sino principalmente, la obtención de un laudo decisorio que ponga fin a la controversia, en virtud de criterios de veracidad y legalidad, en la oportunidad adecuada.

El arbitraje tiene la inmensa oportunidad de que mediante el esfuerzo conjunto de sus partícipes se destierre o se reduzca de manera sustantiva la mala fe procesal a fin de que se cumpla su objetivo de constituirse en un elemento de efectivo procedimiento de paz social.

BIBLIOGRAFIA.

- Arbitraje, Actas del Noveno Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2015, Volumen 40 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.
- Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de inversiones) Volumen 18 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. 2012.

²² Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. 00271-2010-HC/TC 14.05.2010 Federico Huamán Taype contra Sentencia de la Tercera Sala Penal.

- Fernández Sessarego, Carlos. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.
- Panduro Meza, Aplicabilidad de las instituciones en el arbitraje, Volumen 65, de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019.
- Picó I Junoy, El principio de buena fe procesal, JM Bosch Editor, Barcelona 2003.
- Priori, Giovanni, El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal. Derecho & Sociedad 30.
- Reglamento de Arbitraje 2017, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Reglamento de Arbitraje 2017, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- Reglamentos Arbitrales, Centro de Arbitraje, Colegio de Abogados de Lima.
- Taboada Mier, José Carlos. Arbitraje, Para ti nada es suficiente. Volumen 68 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019.



¿LA ADHESIÓN DE PROVEEDORES AL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO CONSTITUYE UN CONVENIO ARBITRAL EN SENTIDO AMPLIO?

Autor:

Yvette Sanguineti Campos

Recibido: 6/8/2021

Aceptado: 27/8/2021

¿LA ADHESIÓN DE PROVEEDORES AL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO CONSTITUYE UN CONVENIO ARBITRAL EN SENTIDO AMPLIO?

DOES THE ADHERENCE OF SUPPLIERS TO THE CONSUMER ARBITRATION SYSTEM CONSTITUTE AN ARBITRATION AGREEMENT IN THE BROAD SENSE?

Yvette Sanguinetti Campos¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Alcances sobre la adhesión al arbitraje de consumo.
- III. La figura de la adhesión y el convenio arbitral.
- IV. Reflexiones finales.

Resumen.

En este artículo, la autora analiza las figuras propias del arbitraje de consumo a fin de determinar si estas tienen o no fundamento en los conceptos generales del arbitraje, y hace especial énfasis en la adhesión de proveedores al sistema de arbitraje de consumo y sus implicancias, con el objetivo de determinar si se enmarca dentro del concepto de convenio arbitral o constituye una figura distinta e independiente.

Palabras clave: Arbitraje de consumo, convenio arbitral, adhesión de proveedores, autonomía privada.

Abstract.

In this article, the author analyzes the figures of consumer arbitration in order to determine whether or not they are based on the general concepts of arbitration, with special emphasis on the provider's adherence to the consumer arbitration system and its implications, with the purpose of determine if it falls within the concept of arbitration agreement or constitutes a different and independent figure.

Keywords: Consumer arbitration, arbitration agreement, supplier adhesion, private autonomy

¹ Secretaria Técnica de la Junta Arbitral de Consumo Piloto del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. Lima, Perú. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres y Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: ysanguinetti@indecopi.gob.pe.

I. INTRODUCCIÓN.

El arbitraje de consumo es para muchos un híbrido. Una clase extraña de arbitraje para los profesionales vinculados en la materia y un sinsentido para algunos especialistas en materia de protección al consumidor; incluso ha llegado a afirmarse que el arbitraje de consumo es un procedimiento administrativo *suigeneris*². Esto genera la necesidad de analizar cada una de las características y figuras que hacen peculiar al arbitraje de consumo a fin de determinar si se enmarcan dentro de las reglas generales del arbitraje o, de forma contrario, terminan desnaturalizándolo.

En ese sentido, partimos de la premisa que el arbitraje de consumo es diferente a otros tipos de arbitrajes, sin dejar de desconocer que su creación y desarrollo coadyuva a cumplir uno de los objetivos planteados por el propio Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley General del Arbitraje), el cual se plasma en el siguiente extracto de su exposición de motivos:

"(...) se ha pensado en vías que puedan extender el arbitraje a todos los niveles sociales, bajo esta perspectiva se declara de interés nacional el desarrollo del arbitraje al alcance de las grandes mayorías y se contempla la figura del "arbitraje popular", encargándose al Ministerio de Justicia el desarrollo de acciones y programas orientados a cumplir con desarrollar programas de arbitraje, para convertir el arbitraje en una alternativa para las pequeñas empresas, los consumidores y la ciudadanía en general. Para ello hay que desarrollar esquemas que masifiquen arbitrajes a bajo costo, y que sean una alternativa, en tiempo y dinero, más económica que el sistema judicial".

Si bien es cierto que el párrafo citado hace referencia expresa al arbitraje popular, de una interpretación extensiva de la norma, se puede concluir que más allá de promover la creación de un arbitraje administrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, los autores de la norma buscan la masificación del uso del arbitraje para resolver los conflictos de toda la ciudadanía, por lo que el arbitraje de consumo, pese a no ser un arbitraje contemplado expresamente en la Ley General del Arbitraje, no encuentra limitantes para su desarrollo.

Aclarado el hecho que la implementación del arbitraje de consumo se ha realizado en el marco de la norma general del arbitraje, corresponde justificar a través de un razonamiento lógico que las figuras que posee el sistema de arbitraje de consumo constituyen figuras clásicas del arbitraje de consumo.

Para demostrar ello, se podría analizar cada una de las características del arbitraje de consumo que se suelen considerar diferentes a las del arbitraje; sin embargo, para el presente artículo nos concentraremos en la adhesión de proveedores al sistema de arbitraje de consumo.

² Richard Martin, "Debido proceso arbitral, control judicial de arbitraje y sistema de arbitraje de consumo. Balance y Perspectivas", en *Revista del CDA "Temas de Protección al Consumidor y Regulación Financiera"*. (2018): 124-149

II. ALCANCES SOBRE LA ADHESIÓN AL ARBITRAJE DE CONSUMO.

La adhesión es una de las formas en que los proveedores de bienes y servicios demuestran su voluntad de someter la controversia al arbitraje de consumo; sin embargo, no es la única manera en que pueden manifestar su voluntad. La adhesión de proveedores es mencionada por primera vez en el ordenamiento jurídico peruano en el artículo 141 del sistema de arbitraje de consumo.

Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571

Artículo 141.- Distintivo del Sistema de Arbitraje de Consumo

Los proveedores que se adhieran al Sistema de Arbitraje de Consumo quedan autorizados para ostentar en su publicidad, vitrinas, papel membretado y otros medios de difusión un distintivo especialmente creado, para que el público pueda identificarlos como parte del sistema de solución de conflictos.

Como puede advertir el lector, el citado artículo no da información adicional sobre lo que implica la adhesión, por lo que esta figura fue desarrollada recién a través del Decreto Supremo N° 046-2011-PCM, ya derogado, que aprobó el primer reglamento del sistema de arbitraje de consumo, y su origen se encuentra en el derecho comparado, pues el arbitraje aplicado a las controversias entre consumidores y proveedores es un tipo de arbitraje importado de España³.

De dicha normativa se entiende por proveedor adherido a aquel que se encuentra interesado en emplear el arbitraje de consumo para resolver las controversias con sus clientes y, para ello, solicita la adhesión al arbitraje de consumo al Indecopi, quien le otorga licencia de uso sobre un distintivo oficial a fin de que los consumidores puedan identificarlo como un proveedor adherido. De esta manera, se podrá iniciar el proceso arbitral con la sola presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor.

En este punto, corresponde hacer un paréntesis y precisar que el arbitraje de consumo es unidireccional, lo que implica que el consumidor es la única persona que puede accionar el arbitraje, esto es, las solicitudes de arbitraje solo pueden ser presentadas por los consumidores que, en todos los casos, constituirán la parte demandante del proceso arbitral. Esta situación representa una asimetría de carácter legal, pues el proveedor no puede accionar contra el consumidor a través del arbitraje de consumo; sin embargo, esta circunstancia no desvirtúa que estemos frente a un arbitraje, pues en arbitrajes sobre otras materias no solo se pueden dar asimetrías de carácter legal; sino también, a través de convenios arbitrales.⁴

³ Debe precisarse que países como Portugal y Argentina también han desarrollado el arbitraje de consumo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español fue el primero en crear el arbitraje de consumo en 1984, a través de la Ley 16/1984, la Ley General para la Defensa de los Consumidores.

⁴ Augusto Dannon, "Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú", *THEMIS - Revista de derecho* N° 77. (2020): 74-76. En este artículo, el autor considera que nuestro ordenamiento jurídico contempla asimetrías de carácter legal en el arbitraje, como en el inciso c. del artículo 40 de la Ley 29946 - Ley de Contratos de Seguros, el numeral 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo 1071 - Ley de Arbitraje, y el párrafo 45.16 del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225 - Ley de Contrataciones con el Estado.

Ahora bien, la presentación de la solicitud de arbitraje de consumo no es la única forma de que se demuestre la voluntad del consumidor de someterse a este, ni la adhesión del proveedor es la única forma en que este demuestra su voluntad de someterse al arbitraje de consumo. Esto debido a que el artículo 31 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, aprobado por el Decreto Supremo N° 103-2010-PCM, establece que la voluntad de las partes puede acreditarse con el convenio arbitral, y cuando el proveedor acepta someter al arbitraje de consumo la controversia que tiene con el consumidor, una vez que este ha presentado su solicitud de arbitraje y esta ha sido trasladada por la Junta Arbitral.

Cabe señalar que, cuando el reglamento hace mención al “convenio arbitral” como una de las formas de que las partes demuestren su voluntad de someterse al arbitraje de consumo, está haciendo referencia a la figura del convenio arbitral en sentido estricto, esto es el acuerdo suscrito por el consumidor y el proveedor en el que señalen expresamente que cualquier controversia que surja en el ámbito de su relación será sometida al arbitraje de consumo. En ese sentido, cuando el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo menciona el “convenio arbitral” está haciendo referencia únicamente a la forma de convenio arbitral contemplada en el numeral 2 del artículo 13 de la Ley General del Arbitraje, el cual establece que el convenio arbitral puede adoptar la forma de un acuerdo por escrito entre las partes. Por ello, cuando nos referimos a esta forma de sometimiento de las partes al arbitraje de consumo decimos que estamos frente a un convenio arbitral en sentido estricto.

Al respecto, debe indicarse que el mencionado numeral 2 del artículo 13 de la Ley General del Arbitraje contempla que el convenio arbitral puede adoptar la fórmula de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Sin embargo, el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo restringe la posibilidad de que el convenio arbitral pueda darse en cualquiera de las dos formas, pues a través del párrafo 31.2 de su artículo 31, prohíbe expresamente que el convenio arbitral adopte la fórmula de una cláusula dentro de un contrato.

Dicha prohibición se fundamenta en el hecho de que los contratos de consumo suelen ser contratos de adhesión, por lo que el consumidor difícilmente tiene el poder para negociar alguna de las cláusulas. En ese sentido, permitir que una cláusula arbitral sea incorporada a un contrato de consumo, podría considerarse una disminución del derecho del consumidor a optar por presentar una denuncia administrativa contra el proveedor por una presunta infracción a las normas en materia de protección al consumidor. Este escenario podría configurar el establecimiento de una cláusula abusiva, considerada de ineficacia absoluta, según lo dispuesto en el literal g. del artículo 50 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que el mencionado Código establece que el consumidor que se somete de forma voluntaria al arbitraje de consumo no puede accionar para que se inicie un procedimiento administrativo sancionador contra el proveedor. Por esa razón, a través del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo se ha buscado resguardar el derecho de los consumidores y se ha establecido que el convenio arbitral, entendido en sentido estricto, puede suscribirse a través de un acuerdo independiente o un anexo del contrato principal, de manera que la eficacia de este no dependa de la aceptación del convenio arbitral. Así, se podrá demostrar de forma fehaciente la voluntad del

consumidor de utilizar el arbitraje de consumo, pues, de ser el convenio arbitral parte integrante del contrato de consumo, podría considerarse una cláusula abusiva.

Ahora bien, sobre la última forma en que las partes pueden someterse al arbitraje de consumo que hemos mencionado, debemos señalar que se da cuando el consumidor presenta su solicitud de arbitraje de consumo contra un proveedor con quien no tiene un convenio arbitral ni se encuentra adherido al sistema. Esta solicitud debe ser presentada ante la Junta Arbitral, esto es, el centro de arbitraje a cargo de administrar los procesos arbitrales en materia de protección al consumidor, quien se encarga de trasladar dicha solicitud, e invita al proveedor a señalar si acepta o no resolver la controversia que mantiene con el consumidor a través del arbitraje de consumo. De aceptar someterse al arbitraje de consumo, se procede a la conformación del tribunal arbitral, a fin de que inicie el proceso arbitral.

Esta forma de sometimiento al arbitraje no es usual en otros tipos de arbitraje; sin embargo, consideramos que se enmarca dentro de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1071, cuyo numeral 3 del artículo 13 establece que el convenio arbitral se puede realizar mediante la ejecución de ciertos actos. En ese sentido, la aceptación a la invitación a arbitrar por parte del proveedor sin que previamente haya existido un acuerdo entre él y el consumidor, configura el consentimiento de ambas partes de someter la controversia al arbitraje. Esto implica que estamos frente a un convenio arbitral entendido en sentido amplio. Por lo tanto, resulta totalmente viable que mediante esta tercera forma se dé origen a que se inicie el proceso arbitral.

En consecuencia, a través de las tres formas descritas, se destaca el carácter voluntario del arbitraje de consumo, el cual está reconocido no solo en su Reglamento, sino también en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, cuyo artículo 140 refiere que el sometimiento de las partes al arbitraje de consumo es voluntaria y debe constar por escrito o en cualquier otro medio fehaciente, la cual concuerda con el artículo 13 de la Ley General del Arbitraje que regula el contenido y forma del convenio arbitral.

No obstante, queda la duda si la adhesión al arbitraje de consumo es por sí misma un convenio arbitral entendido en forma amplia, o se trata de una figura completamente diferente, que no es posible enmarcar en las normas generales del arbitraje. Para absolver dicha pregunta, debemos profundizar en esta figura recurriendo al Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, su Exposición de Motivos, y a la legislación comparada.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que en la adhesión intervienen dos actores: el proveedor y el Indecopi. De un lado, el Reglamento habla de un "interés" de parte del proveedor de emplear el arbitraje de consumo para resolver las controversias que mantiene con su cliente, el cual plasma mediante la presentación de una solicitud de adhesión a dicho sistema ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, órgano de línea del Indecopi.

Este órgano del Indecopi únicamente debe evaluar que la solicitud de adhesión cumpla con requisitos de forma, y una vez aceptada debe incribir al proveedor en el registro de proveedores adheridos y difundir dicha información, a fin de que la ciudadanía conozca que el proveedor está dispuesto a emplear el arbitraje de consumo como mecanismo de solución de controversias con sus clientes, esto es, los consumidores. Además, debe otorgar al proveedor el derecho a usar el distintivo oficial del sistema de arbitraje de consumo, el

cual puede ser colocado en sus comunicaciones o establecimientos comerciales, con la finalidad de que sus clientes sepan que, ante cualquier problema que pueda presentarse en el marco de su relación de consumo, pueden recurrir al arbitraje de consumo.

Destaca sobre la solicitud de adhesión, el hecho que el proveedor puede delimitar el periodo por el cual está dispuesto a someterse al arbitraje de consumo para resolver las controversias que se presenten; así como, establecer cuáles son las materias controvertidas que pueden resolverse a través del arbitraje de consumo. Así, el párrafo 23.4 del artículo 23 del Reglamento señala que el proveedor puede señalar qué productos o servicios que brinda en el mercado, sobre los que se susciten controversias, pueden someterse al arbitraje de consumo; y también le da la oportunidad de establecer en su adhesión qué tipo de pretensiones indemnizatorias está dispuesto a que se resuelvan a través del arbitraje de consumo, e incluso puede establecer el monto máximo de indemnización que el árbitro puede ordenar pagar por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

En consecuencia, la norma permite al proveedor establecer las condiciones de sometimiento al arbitraje de consumo, a esto se le conoce como adhesión limitada. Esta adhesión limitada implica que el proveedor cuenta con una posición de privilegio que le permite establecer prohibiciones sobre lo que el árbitro puede pronunciarse en el marco de un arbitraje de consumo. Debe indicarse que nuestro ordenamiento jurídico no es el único que contempla la adhesión limitada de proveedores. Por ejemplo, en España y Argentina también se contempla este tipo de adhesión.

En España⁵, el proveedor puede establecer el periodo de adhesión, tipo de arbitraje (de derecho o en equidad), el alcance territorial de su sometimiento al arbitraje de consumo, así como la cuantía máxima en controversia, u otras condiciones que considere conveniente. Mientras que en Argentina⁶, el proveedor debe precisar qué bienes o servicios, respecto de los que surjan controversias, está dispuesto a arbitrar, y también puede delimitar el ámbito territorial de su adhesión.

⁵ El artículo 26 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo en España, establece que: "Podrán admitirse ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo, en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en los que no exista una suficiente implantación del sistema, previo informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. El informe negativo a la admisión de la oferta pública de adhesión limitada será, además, vinculante para la Junta Arbitral de Consumo".

⁶ El artículo 4 de la Resolución 65/2018, de 8 de octubre de 2018, el cual se cita a continuación:
"(...) La solicitud a presentar por el interesado ante el citado Sistema deberá contener:
a) *Ámbito material y territorial de la oferta, el interesado deberá precisar:*
I) *A qué bienes o servicios ajustará su Oferta Pública.*
II) *A cuál o cuáles jurisdicciones queda circunscripta.*
En caso de omitirse las indicaciones de los apartados I) y/o II) del presente inciso, se entiende que la oferta se ha realizado para todos los bienes comercializados por el proveedor y/o que queda sometida a la jurisdicción del SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO.
b) *Ámbito temporal. Con carácter general, la adhesión es por plazo indeterminado. En caso de que el proveedor optase por establecer un plazo de vigencia de la Oferta Pública comprometida, el mismo no podrá ser inferior a UN (1) año. Dicho plazo será prorrogable automáticamente desde la fecha de su vencimiento por un período igual, salvo expresa manifestación en contrario del interesado, comunicada con TREINTA (30) días de antelación a que opere el vencimiento del* *plazo* *estipulado.*
(...) El SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO evaluará las solicitudes presentadas, y si las mismas cumplen con los requisitos exigidos, inscribirá la oferta realizada en el registro correspondiente."

En ese sentido, si la respuesta a la pregunta planteada como título del presente artículo fuera afirmativa, estaríamos ante un aparente escenario de desigualdad entre las partes, en que solo una de ellas, esto es, el proveedor, establece las reglas de juego a aplicarse para accionar el arbitraje, las cuales tienen directa incidencia sobre las pretensiones que el consumidor puede plantear en su solicitud de arbitraje.

En dicho supuesto, cabe preguntarse si esto no constituiría una abierta vulneración al principio de igualdad contemplado en el numeral 2 del artículo 34 de la Ley General de Arbitraje, el cual establece que *“el tribunal arbitral debe tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”*. A nuestro parecer consideramos que la adhesión limitada no infringe el principio de igualdad por dos razones:

- Por un lado, porque la igualdad de trato a las partes, recogida en el citado artículo, está referida a la igualdad de armas en el marco del proceso arbitral; en consecuencia, consideramos que está directamente relacionada al debido proceso, y no a las condiciones que se consignan en el convenio arbitral, pues parten de la autonomía privada de las partes.
- Por el otro lado, el hecho de que el proveedor esté adherido al sistema de arbitraje de consumo, no implica que el consumidor esté obligado a usar este mecanismo como única vía para resolver una controversia en materia de consumo, pues la adhesión implica el sometimiento voluntario del proveedor al arbitraje de consumo; mas no, del consumidor. Por lo tanto, el consumidor puede aceptar dichas condiciones, presentando la solicitud de arbitraje de consumo, o rechazarlas, acudiendo a otros de los mecanismos de solución de controversias en materia de consumo o incluso presentando su denuncia ante los órganos resolutivos del Indecopi, con la finalidad de que se inicie un procedimiento administrativo sancionador en contra del proveedor.

III. LA FIGURA DE LA ADHESIÓN Y EL CONVENIO ARBITRAL.

¿Entonces la figura de la adhesión del proveedor al arbitraje de consumo constituye un convenio arbitral bajo la forma de un contrato de opción?, bajo el cual, el consumidor tendría el derecho exclusivo de accionar en atención a lo establecido por el proveedor en su adhesión, a través de la presentación de una solicitud de arbitraje ante la junta arbitral. Consideramos que la respuesta es negativa, ya que la adhesión del proveedor por sí sola constituye una manifestación de voluntad unilateral, por lo que no estamos frente a un contrato. Esto va en línea con lo establecido en el párrafo 23.2 del artículo 23 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, el cual señala que la adhesión implica una oferta pública de parte del proveedor de sometimiento al arbitraje de consumo y las normas que lo regulan. En consecuencia, estamos en una fase previa a la existencia del convenio arbitral, esto significa, antes de que se dé el perfeccionamiento del contrato⁷.

⁷ El autor Henry Huanco refiere que *“el convenio arbitral es un contrato que no genera obligaciones (...) genera una relación jurídica patrimonial compuesta por un derecho potestativo y un estado de sujeción. Así, quien presenta la petición arbitral es titular de un derecho potestativo (...) Entonces desde el momento en que se presenta la petición arbitral, el proceso arbitral se entenderá instaurado y el arbitraje será el mecanismo que resolverá la controversia, es decir, la necesidad estará satisfecha”*. Henry Huanco. *“¿El convenio arbitral es un contrato con efectos obligatorios?”* en *Agnitio*, de la Asociación Civil ADV EDITORES. (s.f.) Consultada: 2 de agosto de 2021. En: <http://agnitio.pe/articulo/el-convenio-arbitral-es-un-contrato-con-efectos-obligatorios/>

Al respecto, se debe tener en cuenta que la oferta *“es un acto jurídico unilateral, por medio del cual una persona llamada oferente, formula y comunica a otra, llamada destinatario, una propuesta de negocio jurídico, que debe contener los elementos esenciales de dicho negocio, oferta que de ser aceptada, configura el acuerdo de voluntades y, por consiguiente, el contrato”*⁸.

Si esto lo trasladamos a la adhesión, tenemos que el proveedor vendría a ser el oferente, quien propone un acuerdo arbitral. Dicha propuesta, a fin de que sea conocida por los destinatarios de esta, la realiza a través una solicitud presentada ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi en que se consignan las condiciones de la propuesta del acuerdo arbitral.

Sobre ello, la Exposición de Motivos del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo señala *“la adhesión es un trámite meramente declarativo que puede realizar cualquier proveedor que cumpla con identificarse plenamente”*. Es decir, el Indecopi solo evalúa cuestiones de forma, mas no de fondo respecto de la adhesión de los proveedores. Por lo tanto, la finalidad de que la adhesión se efectúe ante la autoridad administrativa de consumo es dotar de publicidad a la oferta realizada por el proveedor, en tanto el destinatario de dicha oferta puede ser cualquier consumidor, por lo que resulta necesario que la autoridad de consumo difunda la relación de proveedores adheridos. De esta manera, los consumidores pueden optar por el arbitraje de consumo para resolver cualquier controversia que surja con los proveedores adheridos, sin necesidad de contar con un convenio arbitral en sentido estricto o depender de que el proveedor acepte la invitación a arbitrar que traslade la Junta Arbitral de Consumo.

En consecuencia, la intervención de una entidad de la Administración Pública se encuentra justificada, ya que mediante el procedimiento de adhesión ante esta se logra cumplir con uno de los presupuestos de la oferta, que consiste en que sea comunicada al destinatario por medios adecuados.

En otras palabras, la oferta es una propuesta unilateral, por lo que no podemos estar frente a un convenio arbitral porque no hay manifestación de más de una parte, sino de una propuesta de convenio arbitral. Esto se corrobora con el hecho que el consumidor no está obligado a emplear el arbitraje de consumo cuando surgen conflictos con proveedores adheridos al sistema, pues como destinatario puede o no aceptar dicha propuesta.

No obstante, podría cuestionarse que la aceptación por parte del consumidor de las condiciones establecidas por el proveedor a través de una adhesión limitada, vulneran el estado ya precario en el que muchos consumidores se encuentran respecto de los proveedores. Al respecto, es pertinente indicar que la posibilidad de la adhesión limitada se enmarca en un interés general y social de solucionar las controversias de la forma menos costosa e ineficiente para el consumidor.

A ello se debe agregar que la adhesión limitada no contraviene los principios del arbitraje, dado que no existe ninguna prohibición expresa respecto de la existencia de asimetrías

⁸ Lisandro Peña Nossa, *Contratos Empresariales: Nacionales e Internacionales*. (Bogotá: ECOE Ediciones, 2017), 226.

dentro de los convenios arbitrales, a diferencia de lo que sucedía antes del Decreto Legislativo N° 1071, cuando aún estaba vigente la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, cuyo artículo 14 sancionaba con nulidad aquel convenio arbitral que coloque a una de las partes en una situación de privilegio. Al respecto, Augusto Dannon Alva señala lo siguiente:

“el cambio entre una ley y la otra buscó, como uno de sus principales objetivos, darles mayor validez a los convenios arbitrales y rescatar la voluntad de las partes de arbitrar sus conflictos. (...) Debido a ello, podemos inferir que al legislador ya no le interesó regular el contenido del convenio arbitral como un elemento relevante para determinar su validez, ya que, como se discutió previamente, los únicos requisitos de validez del convenio arbitral son la voluntad de someter a arbitraje y el alcance de la misma”⁹

De lo expuesto, se puede inferir que, pese a que el arbitraje de consumo es administrado por un centro de arbitraje que funciona al interior de una entidad de la Administración Pública, la voluntad de las partes prevalece, ante todo, como sucede en los arbitrajes de otras materias, siempre que se respete los principios del debido proceso.

IV. REFLEXIONES FINALES.

En atención a lo desarrollado en este artículo, consideramos que se ha demostrado que las formas de sometimiento de las partes al arbitraje de consumo no se encuentran fuera del alcance de lo establecido en la Ley General de Arbitraje respecto del convenio arbitral.

Es así como se ha justificado que la figura de la adhesión de proveedores, si bien no constituye propiamente un convenio arbitral, implica una oferta del mismo, la cual tiene como destinatario a todos aquellos con los que surja una controversia a raíz del consumo de sus productos y/o servicios o la intención de adquirirlos.

En ese sentido, el legislador para promover el conocimiento de todos los ciudadanos de la oferta del proveedor, ha establecido que el Indecopi debe intervenir dando promoción a dicha oferta con la finalidad de hacerla pública, lo cual a nuestra consideración no desnaturaliza que constituya una propuesta de convenio arbitral.

Finalmente, se ha justificado que la promoción de adhesión de proveedores tiene como finalidad un interés genérico y social que es promover que las controversias en materia de consumo sean resueltas a través del arbitraje, por lo que el hecho que el proveedor tenga la posibilidad de establecer parte de las reglas del arbitraje no constituye una vulneración a los derechos del consumidor, en tanto no afecta su derecho al acceso a la justicia, pues tiene la vía administrativa y la judicial si es que no opta por el arbitraje de consumo para resolver la controversia.

⁹ Augusto Dannon, “Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú”, *THEMIS – Revista de derecho* N° 77. (2020): 74.

BIBLIOGRAFÍA.

ARTÍCULOS:

- Augusto Dannon. "Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú". *THEMIS – Revista de derecho* N° 77. (2020), 59-97.
- Henry Huanco. "¿El convenio arbitral es un contrato con efectos obligatorios?" en *Agnitio*, de la Asociación Civil ADV EDITORES. (s.f.) Consultada: 2 de agosto de 2021. <http://agnitio.pe/articulo/el-convenio-arbitral-es-un-contrato-con-efectos-obligatorios/>
- Lisandro Peña Nossa. *Contratos Empresariales: Nacionales e Internacionales*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2017.
- Richard Martin. "Debido proceso arbitral, control judicial de arbitraje y sistema de arbitraje de consumo. Balance y Perspectivas", en *Revista del CDA "Temas de Protección al Consumidor y Regulación Financiera"*. (2018), 124-149.

LEGISLACIÓN NACIONAL:

- Congreso de la República. Ley N° 26572. Ley General de Arbitraje (Derogado).
- Congreso de la República. Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (2008)
- Presidencia del Consejo de Ministros. Decreto Supremo N° 103-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo (2019).

LEGISLACIÓN EXTRANJERA:

- Ministerio de Presidencia (España). Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo en España (2008).
- Ministerio de Producción y Trabajo (Argentina). Resolución 65/2018, de 8 de octubre de 2018, Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (2018).



CUANDO EL ARBITRAJE EVITA LA GUERRA: UNA MIRADA AL ARBITRAJE ENTRE ESTADOS

Autora:
Giuliana Valeria Temoche Salinas

Recibido: 31/7/2021
Aceptado: 16/8/2021

CUANDO EL ARBITRAJE EVITA LA GUERRA: UNA MIRADA AL ARBITRAJE ENTRE ESTADOS

WHEN ARBITRATION PREVENTS A WAR: A LOOK INTO INTER-STATE ARBITRATION

Giuliana Valeria Temoche Salinas¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Breve historia del arbitraje entre Estados.
- III. ¿Cómo se encuentran regulados los arbitrajes entre Estados y quiénes se encargan de administrarlos?.
- IV. Situación actual del arbitraje entre Estados: ¿qué impulsa a los Estados a recurrir al arbitraje? ¿Sigue siendo un mecanismo efectivo para prevenir y solucionar conflictos bélicos entre Estados?.
- VI. Reflexiones finales.

Resumen.

El presente artículo propone un breve análisis sobre el arbitraje entre Estados, desde sus inicios al estado actual, así como algunos tratados e instituciones que al día de hoy regulan y administran este tipo de arbitraje. Todo ello nos lleva a reflexionar si el arbitraje sigue siendo un mecanismo idóneo para resolver conflictos de manera pacífica entre los Estados o si priorizar el acceso de las controversias entre Estados a la Corte Internacional de Justicia ha significado la disminución del arbitraje en el plano internacional. Finalmente analizaremos si el arbitraje mantiene la esencia de ser un mecanismo legal que ayude a los Estados a poner freno a conflictos de carácter bélico o si hemos llegado al punto donde no resulta necesario para mantener la paz internacional. Un texto breve pero con nociones que pueden servir a cualquier persona interesada en Derecho Internacional y Arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje, Estados, Derecho Internacional Público, Arbitraje Internacional, Arbitraje entre Estados, Conflictos bélicos, Mecanismos de solución de controversias.

Abstract.

The present article offers a brief analysis of Inter-State arbitration since its beginning to the current state and some treaties and institutions that today regulate and administer this type of arbitration. All of this will lead us to question whether arbitration continues to be an ideal mechanism to resolve conflicts peacefully between States or whether prioritizing access to disputes between States to the International Court of Justice has meant reducing arbitration at the international level. Finally, we will analyze if arbitration maintains the essence of being a legal mechanism that helps States stop conflicts of a warlike nature or if we have reached the point

¹ Abogada por la Universidad de Lima, Perú. Secretaria Arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima e integrante del equipo responsable del Programa de Mentoría CEA Mujeres – CCL 2020-2021, con estudios de especialización en arbitraje internacional e Inversiones por la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico y AMCHAM Perú. Correo de contacto: gtemoche12@gmail.com

where it's no longer necessary to maintain international peace. A short text but with notions that can be used by anyone interested in International Law and Arbitration.

Key words: *Arbitration, States, Public International Law, International Arbitration, Inter-State Arbitration, War conflict, Dispute settlement mechanism.*

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando pensamos en la figura del arbitraje quizás la primera idea que venga a nuestra mente es la de un arbitraje comercial doméstico, como por ejemplo, dos empresas privadas que deciden someter a arbitraje una controversia sobre incumplimiento de obligaciones. Sin perjuicio de ello, históricamente, la existencia del arbitraje ha ido más allá de solucionar una controversia entre privados y ha sido un mecanismo de paz sumamente atractivo entre Estados a fin de evitar conflictos bélicos.

Es así que el arbitraje desde tiempos remotos ha tenido una relevancia en el derecho internacional la cual nos lleva a recapitular en este artículo desde sus inicios hasta la actualidad, haciendo mención a algunos Tratados e instituciones que al día de hoy regulan y que administran los arbitrajes entre Estados, así como un análisis sobre las diversas motivaciones de los Estados para elegir al arbitraje como alternativa para resolver sus conflictos y las características que tiene este mecanismo en dicho escenario. Finalmente, se realizará una reflexión sobre la utilidad e importancia que tiene el arbitraje entre Estados en la actualidad y en el ámbito internacional.

II. BREVE HISTORIA DEL ARBITRAJE ENTRE ESTADOS.

La figura del arbitraje no es novedosa, sus inicios los podemos encontrar, incluso, desde la mitología Griega, cuando hacen referencia a Briareus, un gigante de cien manos que actuó como árbitro a fin de resolver una disputa que existía entre Poseidon y Helios con relación al territorio Corinto². De igual modo, se hace mención en la mitología egipcia al señalar la existencia de intervención arbitral por parte de divinidades tales como la resuelta por Thot respecto a la disputa entre Seth y Osiris³.

Sin perjuicio de ello, autores como Fraser señalan que el estudio del arbitraje empieza con los antiguos griegos, cuando los *Parians*, *Samiands* y *Erythraeans* decidieron la disputa con relación a la posesión del desierto de la ciudad de Acanthus que existía entre Andros y Chalcis⁴. Otro hito es el Tratado que se da entre Esparta y Argos, en el siglo V a.C. el cual señala que cualquier diferencia relativa a fronteras u otro tema se realizarán mediante un arbitraje⁵.

A mediados del siglo VII a.C., el arbitraje se realiza con mayor frecuencia debido a que los estados griegos empezaron a relacionarse económicamente y con ello generaron un camino para las disputas, sumado a que ninguno consideraba pertinente enfrentarse a sus vecinos debido a que no tenían la fuerza suficiente para ello⁶.

² Srecko Vidmar, *Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes*, 31 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 87 (2002), página 89.

³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, (Kluwer Law International, 2009), 8.

⁴ Henry S. Fraser, *Sketch of the History of International Arbitration*, (11 *Cornell L. Rev.* 179, 1926), 186.

⁵ Vidmar, *Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes*, 90.

⁶ Fraser, *Sketch of the History of International Arbitration*, 186.

No obstante, la frecuencia con la que era utilizado el arbitraje en los antiguos griegos se ve disminuida en la época romana, debido a que en Roma se priorizaban soluciones políticas o militares antes que las arbitrales⁷.

A pesar de la disminución que sufrió el arbitraje en la época romana no se logró eliminar por completo, lo cual permitió que al ingresar a la edad media se vuelva a retomar con mayor frecuencia los arbitrajes, no obstante, ahora era la Iglesia quien tomó un rol más significativo y, por ende, se ponía más énfasis al arbitraje como un mecanismo pacífico con una influencia Papal, la cual involucraba el poder soberano y divino más allá de la ley en sí⁸. Cabe precisar que si bien el arbitraje realizado por los Papas era usual, también lo era los arbitrajes realizados por doctores de alguna prestigiosa universidad de derecho⁹.

La nueva realidad que abarcaba la mezcla entre la religión y el arbitraje fomentó que juristas involucrados en el derecho internacional propusieran la tesis que el arbitraje era una alternativa de la guerra¹⁰. Uno de dichos juristas era Hugo Grotius, quien en 1625 con su obra "*De iure belli ac pacis*", sostenía que el arbitraje generaba acuerdos pacíficos sobre disputas entre gobernantes que ya no reconocían a un líder político o religioso¹¹, lo cual reforzó la utilización del arbitraje como una de las formas más adecuadas para solucionar conflictos entre Estados.

Avanzando un poco más en la historia, otro hito en el desarrollo del arbitraje internacional es el Tratado General de Amistad, Comercio y Navegación, conocido también como "*Jay's Treaty*", del año 1794 y que fue realizado entre Estados Unidos y Gran Bretaña, en donde el arbitraje era aceptado por los Estados como un método para resolver sus disputas¹². A ello se suma el Tratado de Gante de 1814 entre los estados anteriormente señalados que establecía que las cuestiones territoriales pendientes iban a ser resueltos por cuatro paneles arbitrales de manera separada¹³.

El arbitraje se iba perfilando con más firmeza como el mecanismo más adecuado para resolver conflictos entre diversos Estados, lo cual nos lleva a las Conferencias de Paz de La Haya realizadas en 1899 y en 1907. En dichas conferencias se estableció, y revisó, el Convenio para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales y se creó la Corte Permanente de Arbitraje¹⁴, siendo sumamente importante para el reconocimiento internacional de diversas formas de resolución de conflictos, en particular, del arbitraje.

De una lectura de los artículos 15 y 16 del Convenio para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales de 1907 se desprende que el arbitraje internacional busca resolver las controversias entre Estados por jueces de su propia elección, sumado a que las Potencias signatarias reconocen el arbitraje como el método más eficaz y justo para resolver

⁷ Born, International Commercial Arbitration, 10- 11.

⁸ Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 91.

⁹ Fraser, Sketch of the History of International Arbitration, 194.

¹⁰ Mary Ellen O'Connell y Lenore Vanderzee. "The History of International Adjudication" en *The Oxford handbook of international adjudication*, Romano, Cesare, Karen J Alter; Yuval Shany, (Inglaterra : Oxford University Press , 2014), 42.

¹¹ Mary Ellen O'Connell y Leonore Vanderzee. "The History of International Adjudication", 42.

¹² Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 91.

¹³ Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 91.

¹⁴ Permanent Court of Arbitration, History, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/>.

controversias que no se hayan resuelto por la vía diplomática, es decir, que no haya podido resolverse por trato directo¹⁵.

Todo ello marca un avance significativo a fin de posicionar al arbitraje como la alternativa más viable para resolver controversias entre los Estados en el Sistema Universal y este reconocimiento no fue la excepción cuando nos referimos al Sistema Interamericano. En esa línea, Villalta¹⁶ nos detalla los siguientes hitos que considero deben tenerse presente al momento de recapitular la historia del arbitraje entre Estados:

- Tratado de Lima de 1848, el cual señala hace mención al arbitraje y a la mediación como mecanismos pacíficos de prevención y resolución de conflictos¹⁷.
- Tratado de Lima de 1855 que considera la posibilidad de aplicar el arbitraje obligatorio si los otros medios de solución pacífica no prosperan¹⁸.
- Primera Conferencia Internacional Americana de 1890 la cual reconocía al arbitraje como institución del derecho internacional americano¹⁹.
- Segunda Conferencia Internacional Americana de 1901 a 1902, en donde se firmó un Tratado General de Arbitraje Obligatorio y se suscribió un Protocolo mediante el cual se adhería a la Conferencia de La Paz de La Haya de 1899²⁰.
- La celebración de la Conferencia Internacional Americana de Conciliación y Arbitraje, entre los años 1928 y 1929, que dio origen a tres acuerdos: la Convención General de Conciliación Americana, el Tratado General de Arbitraje Interamericano y el Protocolo de Arbitraje Progresivo²¹.
- Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de 1947²².
- Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 donde se adopta la Carta de la OEA, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas que consolida los tratados anteriores a fin de promover la paz y la solución pacífica de las controversias²³.
- Regresando al sistema universal, no debemos dejar de mencionar la Carta de Organización de Naciones Unidas de 1945, la cual incluye, en el artículo 33, al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias²⁴, quedando demostrado que actualmente sigue vigente el reconocimiento de diversos países que el arbitraje se aplica para evitar y/o solucionar conflictos internacionales.

¹⁵ Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907, artículos 15 y 16.

¹⁶ Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", XLI Curso de Derecho Internacional, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), 2014, 24.

¹⁷ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 24.

¹⁸ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 24.

¹⁹ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 25.

²⁰ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 25.

²¹ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 25.

²² Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 26.

²³ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 26.

²⁴ Carta de las Naciones Unidas, 1945, artículo 33.

III. ¿CÓMO SE ENCUENTRAN REGULADOS LOS ARBITRAJES ENTRE ESTADOS Y QUIÉNES SE ENCARGAN DE ADMINISTRARLOS?

Luego de haber realizado un resumen sobre el desarrollo histórico del arbitraje entre Estados, debemos enfocarnos en su regulación actual. Para lo cual, a manera ilustrativa, se hará hincapié en algunos instrumentos legales que reconocen al arbitraje como una forma de resolver conflictos internacionales.

En esta oportunidad nos enfocaremos en el Pacto de Bogotá, es decir, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas suscrito el 30 de abril de 1948. Este Tratado no solo regula el arbitraje, sino también otros mecanismos como los buenos oficios, mediación, procedimiento judicial, entre otros, dentro del Sistema Interamericano; ya que su artículo I, establece que las Altas Partes Contratantes se abstienen de cualquier medio de coacción (esto incluye, no hacer uso de la fuerza ni de la amenaza) para solucionar sus controversias y convienen recurrir a procedimientos pacíficos²⁵.

Debe tomarse en consideración que al ser un Tratado, este contiene la manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional²⁶, en este caso, al ratificar tratados sobre solución pacífica de controversias, los Estados están manifestando su voluntad de reconocer y ejercer, de ser el caso, los mecanismos que existen para tal fin.

Ahora bien, con relación a la aplicación del arbitraje, el artículo XXXIX del Tratado establece que el Tribunal de Arbitraje someterá la controversia en caso (i) la Corte Internacional de Justicia se declare incompetente para conocer de la controversia por los motivos indicados en los artículos V, VI y VII del Tratado o (ii) las Altas Partes Contratantes hayan acordado someter a arbitraje sus diferencias²⁷.

De lo indicado en los párrafos anteriores puede desprenderse que los Estados que hayan ratificado (o adherido) el Pacto de Bogotá han expresado su voluntad de renunciar a medios coercitivos para la solución de sus conflictos. Sumado a ello, de acuerdo a lo señalado en el artículo XXXIX se podría concluir que la aplicación del arbitraje mediante este Tratado no se configura como la única vía o la primera alternativa, fuera de los mecanismos de trato directo, que puedan tener las Altas Partes Contratantes, ya que, como bien señala Villalta *"algunos Estados han preferido negociar sus diferencias fuera del Pacto; además de que este se aparta de la tradición americana del arbitraje como medio principal de solución pacífica de las controversias, haciendo uso en su lugar de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia"*²⁸.

Por otro lado, nos encontramos con la Convención Europea para la resolución pacífica de controversias de 1957²⁹, la cual resulta ser muy similar con relación a la aplicación del arbitraje establecido en el Pacto de Bogotá, toda vez que en el artículo 19 señala que las Altas Partes Contratantes solo podrán someter a arbitraje todas las controversias distintas a las señaladas en su artículo 1 y que no hayan sido resueltas por conciliación. Cuando retornamos al artículo 1 podemos observar entonces que en arbitraje, bajo esta Convención, no podrá verse temas de interpretación de un Tratado, cuestiones de Derecho Internacional, incumplimientos a alguna obligación internacional y la reparación por el incumplimiento de

²⁵ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Organización de los Estados Americanos, 1948, artículo I.

²⁶ Julio A. Barberis. "El concepto de Tratado Internacional". Anuario de derecho internacional. VI, 1982, 14.

²⁷ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Organización de los Estados Americanos, 1948, artículo XXXIX.

²⁸ Villalta, "Solución de controversias en el Derecho Internacional", 33.

²⁹ Convención Europea para la resolución pacífica de controversias de 1957, artículos 1 y 19.

una obligación internacional ya que ello sería competencia de la Corte Internacional de Justicia, es así entonces, que deja de darse prioridad al arbitraje internacional como el mecanismo idóneo para resolver conflictos.

Es así que quedaría demostrado que en esta Convención, de acuerdo a lo señalado por el Comité de Asesores Legales en Derecho Internacional Público del Consejo Europeo, lo que buscaron los Estados fue el fortalecer el mecanismo de la Corte Internacional de Justicia para la resolución pacífica de conflictos³⁰, similar a cómo se priorizó el uso de la Corte en el Pacto de Bogotá.

En ambos casos hemos podido apreciar cómo el arbitraje es reconocido como un mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias, no obstante, no es priorizado como la alternativa idónea para prevenir o solucionar conflictos entre Estados, por lo que en el siguiente apartado se realizará un análisis sobre su utilidad en la actualidad.

De otro lado, resulta importante hacer mención sobre quién administra este tipo de arbitrajes. Como sucede en el arbitraje doméstico, en el escenario internacional se realizan arbitrajes *ad hoc* o arbitrajes administrados por instituciones arbitrales, tales como la Corte Permanente de Arbitraje; su elección de uno u otro tipo dependerá de los alcances de los Tratados suscritos entre los Estados o de otro tipo de acuerdo entre los Estados sobre esta materia.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE ENTRE ESTADOS: ¿QUÉ IMPULSA A LOS ESTADOS A RECURRIR AL ARBITRAJE? ¿SIGUE SIENDO UN MECANISMO EFECTIVO PARA PREVENIR Y SOLUCIONAR CONFLICTOS BÉLICOS ENTRE ESTADOS?

Como hemos indicado anteriormente, y como algunos autores han señalado, el arbitraje sería utilizado como una forma de resolver controversias no jurídicas que escapan de la competencia de mecanismos judiciales; no obstante, esto tendría una baja aceptación en la práctica arbitral³¹ ya que, a consideración de Gray y Kingsbury no hay alguna señal que los Estados quieran recurrir a arbitraje únicamente por controversias no jurídicas³².

Asimismo, Gray y Kingsbury así como Vidmar han reconocido determinadas características de los arbitrajes internacionales que han derivado que los Estados seleccionen dicho mecanismo por encima del judicial, lo cual podría darnos mayores luces sobre su relevancia para seguir siendo el mecanismo idóneo a fin de resolver controversias:

- Confidencialidad: Los Estados pueden considerar que la realización de las actuaciones de manera pública puede acarrear conflictos políticos internos por la forma cómo se da publicidad a ello. Sumado a ello, realizar las actuaciones de manera privada evita que se afecte la dignidad de los individuos o Estados involucrados³³.
- Libertad de los Estados de decidir cómo se conformará el Tribunal: La posibilidad con la que cuentan los Estados para que de manera separada o conjunta puedan

³⁰ Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI), Examination of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes (ETS No.23), 4th meeting, Strasbourg, 2014, 4.

³¹ Christine Gray, Benedict Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945" en British Yearbook of International Law, Volume 63, Issue 1, 1992, 98.

³² Gray, Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", 105.

³³ Gray, Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", 111.

determinar el Tribunal, les genera confianza que sus intereses serán considerados al momento de deliberar, incluso se le da un mayor énfasis si el Tribunal está conformado por árbitros con los que concurre similitudes sociales, legales y/o históricas³⁴. Ello permite que el Estado conforme un panel de expertos técnicos que conozcan, tratándose una controversia territorial, por ejemplo, el área en discusión así como apreciar las costumbres y la cultura³⁵.

- Limitar la intervención de terceros en el proceso, lo cual permite mayor control de los Estados participantes³⁶.
- Posibilidad de elección de las partes sobre las materias y la ley que deberá ser aplicada por el Tribunal, incluso cuando hayan decidido utilizar como mecanismo el arbitraje, pueden establecer los parámetros sobre los cuales el Tribunal debería interpretar ello³⁷.

En esa línea, Vidmar ha profundizado el impacto del arbitraje internacional al tratarse de conflictos territoriales, ya que además de las características señaladas anteriormente³⁸, señala que en este tipo de controversias, el Tribunal Arbitral además de tener en consideración la extensa evidencia fáctica, permite que las partes determinen bajo qué principios se registrará la controversia lo cual permite al Tribunal aplicar los principios legales a los hechos de cada proceso³⁹.

Ahora bien, este análisis no puede ser ajeno a las observaciones que recibe el arbitraje entre Estados, cuya crítica medular es no ser un arbitraje obligatorio, la misma que se esperaba iba a establecerse en las Convenciones de la Haya⁴⁰. Dicha crítica tiene como respuesta que los Estados tienen como base de su actuación los principios del derecho internacional tales como el principio de buena fe y como el de *pacta sunt servanda*⁴¹, es decir, que los Estados respetarán los arbitrajes en base a los parámetros que establece el derecho internacional y, sumado a ello, Vidmar citando a De Visscher señala que dependerá de las relaciones políticas que existan entre ellos⁴².

¿Por qué se mencionan las relaciones políticas cuando hablamos de un arbitraje entre Estados? Porque debemos tener en consideración que cada Estado puede tener en mayor o menor medida intereses que permitan dar cumplimiento o no al arbitraje. Para ello resulta importante hacer mención a la cita que realiza Vidmar de Louis B. Sohn, quien señalaba que los procesos legales de resolución de disputas serán importantes para países pequeños y Estados económicamente débiles, a diferencia de Estados grandes y poderosos, ya que estos últimos pueden ejercer presión económica o política, por lo que aquellos Estados que no se

³⁴ Gray, Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", 112.

³⁵ Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 96.

³⁶ Gray, Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", 113.

³⁷ Gray, Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", 113-114.

³⁸ Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 95.

³⁹ Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 90.

⁴⁰ Fraser, Sketch of the History of International Arbitration, 203.

⁴¹ Hazel Fox, "States and the Undertaking to Arbitrate" en *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*. States and the Law, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Queen Mary College. School of International Arbitration, and Freshfields Bruckhaus Deringer. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, 20.

⁴² Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 99.

encuentran en esa misma posición preferirán mecanismos legales donde se prime el principio de igualdad⁴³.

Es así que debemos remarcar la importancia que tiene el arbitraje entre Estados, incluso al día de hoy, como mecanismo de prevención y resolución de conflictos de manera pacífica, no solo en materia territorial⁴⁴, sino con relación a otras cuestiones que pueden generar tensiones entre Estados y ser considerados como amenazas para la paz y seguridad internacional⁴⁵.

En esa línea, la utilidad del arbitraje internacional ha servido como un mecanismo legal que, a pesar de la existencia del proceso judicial, sigue siendo utilizado de manera preventiva o como para resolver controversias por diversos Estados, no solo por las características que tiene el proceso sino también por lo que representa en el ámbito internacional como una alternativa pacífica a una potencial guerra⁴⁶.

V. REFLEXIONES FINALES.

El arbitraje entre Estados ha tenido una presencia histórica y su existencia parece continuar en un futuro cercano, tomando en consideración nuevas tensiones que pueden afrontar los Estados a causa de la crisis climática, uso de tecnologías, entre otros.

Además de ello, este tipo de arbitraje resulta ser una opción atractiva para diversos Estados, en comparación con un proceso judicial, debido a que da mayor libertad en puntos clave como la designación del Tribunal, las precisiones sobre la norma aplicable o el criterio de interpretación que debe tener el Tribunal. Por otro lado, los principios del derecho internacional y las relaciones políticas entre los Estados parecen ser en muchos casos, base suficiente para aceptar y respetar el proceso arbitral así como las decisiones que se desprenden de él por lo que la crítica a la obligatoriedad del arbitraje pueda verse, en ocasiones, disminuida.

Finalmente, el arbitraje sigue siendo un mecanismo que busca mantener el orden, la paz y la seguridad internacional entre los Estados, cuyas decisiones significan contribuciones relevantes en el derecho internacional⁴⁷ y en el arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA.

- "Arbitration, as a substitute for war: Addressed especially to Rulers." *The Advocate of Peace* (1837-1845) 5, no. 12 (1843): 133-39. <http://www.jstor.org/stable/27888510>.
- Barberis, JA. (1982). "El concepto de Tratado Internacional". *Anuario de derecho internacional*. VI, 3-28. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20995/1/ADI_VI_1982_01.pdf

⁴³ Vidmar, *Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes*, 99.

⁴⁴ Vidmar en la página 110 de su texto "Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes" solo hace la precisión de materia territorial.

⁴⁵ Vidmar, *Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes*, 98.

⁴⁶ "Arbitration, as a Substitute for War: Addressed especially to rulers." *The Advocate of Peace* (1837-1845) 5, no. 12 (1843), 134.

⁴⁷ Gray, Kingsbury, *Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*, 119.

- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Volume I. Kluwer Law International, 2009.
- Carta de las Naciones Unidas de 1945.
- Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI), Examination of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes (ETS No.23), 4th meeting, Strasbourg, 2014. <https://rm.coe.int/1680078b35>.
- Convención Europea para la resolución pacífica de controversias de 1957.
- Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907.
- Fraser, Henry S. Sketch of the History of International Arbitration, 11 Cornell L. Rev. 179, 1926. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol11/iss2/3>.
- Fox, Hazel. "States and the Undertaking to Arbitrate" en Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Queen Mary College . School of International Arbitration, and Freshfields Bruckhaus Deringer. *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- Gray, Christine y Kingsbury, Benedict. "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", en *British Yearbook of International Law*, Volume 63, Issue 1, 1992, Pages 97–134. <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-Gray-Developments-in-Dispute-Settlement.pdf>.
- O'Connell , Mary Ellen y Vanderzee , Lenore. "The History of International Adjudication" en *The Oxford handbook of international adjudication*, Romano, Cesare, Karen J Alter; Yuval Shany, Inglaterra: Oxford University Press , 2014. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31769.pdf>.
- Permanent Court of Arbitration, History, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/>
- Srecko Vidmar, Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes, 31 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 87 (2002). <https://digitalcommons.du.edu/djilp/vol31/iss1/10/>.
- Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948.
- Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. "Solución de controversias en el Derecho Internacional", XLI Curso de Derecho Internacional, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), 2014, 24. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xli_curso_derecho_internacional_2014_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf



CARTOGRAFÍA DE LA RECUSACIÓN ARBITRAL: EL MAPA DE LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN Y EL INTENTO DE TRAZAR SUS FRONTERAS

Autor:
Daniel Triveño Daza

Recibido:16/9/2021
Aceptado:30/9/2021

Cartografía de la recusación arbitral: el mapa de las causales de recusación y el intento de trazar sus fronteras

Cartography of the arbitration challenge: the map of the grounds for disqualification and the attempt to draw its borders

Daniel Triveño Daza¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los hechos o circunstancias que generan dudas justificadas de la independencia e imparcialidad.
- III. Confluencia de criterios, omisión del deber de revelación y apariencia de parcialidad.
- IV. Conclusión.

Resumen: Los estándares de revelación para los árbitros que se encuentran regulados en los Códigos de Ética pueden ser tomados de manera indiscriminada para interponer recusaciones y si bien estos tienen una noble finalidad, vistos desde el lente de desconfianza pueden socavar la función del arbitraje como mecanismo eficiente de solución de controversias. En tal escenario, con este artículo no se pretende solucionar el problema sino poner sobre el tapete situaciones particulares tratando de hacer un intento por delimitar el intrincado terreno que permita analizar razonablemente las recusaciones a la luz de los hechos de cada caso y advertir los dogmas que se han petrificado con la práctica creando reacciones automáticas que sirven de base para descalificar a un árbitro.

Palabras clave: Recusación, criterios, Código de Ética, revelación, independencia, imparcialidad, razonabilidad.

Abstract: The arbitrator's Standards of disclosure that are regulated by Ethic Codes, may be used indiscriminately for challenging arbitrators. Even if such standards have a noble purpose, when seen through mistrust can damage the function of arbitration as an efficient dispute resolution mechanism. In such scenario, the purpose of the author is not to solve the problema but to focus on particular situations trying to suggest some limits of this hard issue. In that way we will be able to analyze the challenge of an arbitrator reasonably by taking into consideration each particular situation. That reasoning will lead us to be aware of dogma that creates an automatic reaction that can be used to challenge an arbitrator.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con Maestría en Gerencia Pública por la Universidad Continental, así como estudios de post Grado en Derecho de la Construcción (UPC), Gestión de Obras Públicas (U. Ricardo Palma) Diseño y Gestión de Proyectos Viales (UPC), Estructuración, Regulación de APP's en Infraestructura (U. Pacífico) y Arbitraje Internacional y de Inversiones (U. Pacífico). Consultor, asesor, docente universitario, árbitro y miembro de juntas de resolución de disputas en contratos de infraestructura. Lima, Perú. Correo Electrónico: danieltriveno@gmail.com.

Key Words: *Challenge, Standard, Code of Ethics, disclosure, independence, impartiality, reasonableness.*

INTRODUCCIÓN.

Cuando analizamos los aspectos de fondo que rodean a las recusaciones nos damos cuenta de que nos encontramos por decirlo ante dos caras de una misma moneda cuyo anverso y reverso son el derecho a contar con un juez imparcial e independiente; y el derecho que tienen ambas partes de poder elegir a su árbitro libremente. Es por ello que, cuando se toman decisiones que afectan las dos caras de una misma moneda es importante que no pasemos más allá de los límites razonables y rompamos ese equilibrio que debe haber entre ambos derechos.

Para la mayoría de los centros de arbitraje, así como en la normativa de contrataciones del Estado, se regula que los árbitros pueden ser recusados cuando existan hechos o circunstancias que generen dudas justificadas y razonables respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro. Aquella es la puerta de entrada para que, luego de alegar ya sea un hecho, o algún supuesto de revelación regulado en los códigos de ética sirva de sustento para interponer una recusación.

En ese escenario, trataremos de afinar la mira y examinar más de cerca la coherencia de esa puerta de entrada, aquel “cajón de sastre” de circunstancias que pueden ser tomadas por las partes para interponer recusaciones, así como los peldaños previos a concluir que un árbitro tiene una falta de imparcialidad o independencia, pasando por analizar la apariencia de parcialidad y el deber de revelación.

II. LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE GENERAN DUDAS JUSTIFICADAS DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD.

Como es conocido, los “hechos o circunstancias” no se encuentran taxativamente regulados bajo el entendido razonable que más allá de lo que regulen los códigos de ética o los reglamentos, el conjunto o entramado de distintas posibilidades supera a lo que pueda regularse. Ante esa imposibilidad se han hecho esfuerzos tanto a nivel nacional como internacional para tratar de delimitar aquellos hechos o circunstancias que potencialmente puedan crear dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Resulta irónico, que por un lado se pretenda delimitar una circunstancia y por otra se determine que los hechos pueden ser variados y fuera de los límites regulados en los códigos de ética. Nos encontramos en ese sentido ante el primer punto a tener en cuenta.

Como segundo punto tenemos que la Ley de Arbitraje establece que no se puede recusar a un árbitro por las decisiones que emita. Ello tiene fundamento en el hecho que las partes no pueden utilizar la recusación para condicionar o coaccionar las decisiones o el fuero interno del árbitro, de lo contrario se afectaría inevitablemente la imparcialidad y como consecuencia, su independencia. Sin embargo, sí se permite que se evalúe la imparcialidad de un árbitro al analizar una recusación utilizando la perspectiva de un tercero objetivo. Es decir, el análisis de la independencia va por una cuerda separada de las decisiones del Árbitro. Aquí apreciamos la figura del tercero objetivo y su papel protagónico en el destino de las recusaciones.

Es importante notar que existen elementos constantes alrededor del análisis de las recusaciones apoyados por la práctica internacional como directrices o principios que un árbitro debe evaluar, por ejemplo, al momento de revelar. Uno de ellos es el *“in dubio pro*

declaratione". Y, por otro lado, la figura del tercero objetivo quien analiza la circunstancia particular en una recusación para declararla fundada o infundada. Sin embargo, si nos preguntamos ¿Cuál es el elemento común de dichos planteamientos? La respuesta salta a la vista: La subjetividad. Pues por un lado el "*in dubio pro declaratione*" supone una duda, la cual no puede medirse, determinarse, ni cuantificarse al estar en fuero interno del juzgador; y, por otro lado, el tercero objetivo, también se constituye en su propia subjetividad para juzgar. En ambos casos la decisión siempre recae en el juzgador.

Como se aprecia en torno a las recusaciones, sus causales, las revelaciones de los árbitros y la forma de analizar y resolver recusaciones existe una confluencia de criterios, reglas y/o principios que pueden ser incompatibles entre sí pero que se encuentran amalgamados. Entonces, la pregunta que surge sería: ¿objetivamos o subjetivamos el telar que sirve de base a los análisis de estas materias?

III. CONFLUENCIA DE CRITERIOS, OMISIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN Y APARIENCIA DE PARCIALIDAD.

Pensamos que, mucho de la amalgama de criterios depende primero de la forma en cómo se encuentran redactados los Código de Ética, los cuales si bien tienen una buena intención, también abren una "puerta trasera" por donde las partes pueden ejercitar malas prácticas arbitrales y segundo, en no tener en cuenta que la institución arbitral debe funcionar como un sistema donde todos sus elementos generen sinergia y coronado en tercer lugar, por la falta de reflexión o automatización de la cadena de razonamiento que permita llegar a la conclusión de cuestionar la independencia e imparcialidad.

Si, por ejemplo, tomamos como base el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado del OSCE, tenemos que, regula por un lado, el deber de revelación; incluye que en caso de duda el árbitro debe optar por revelar, regula los supuestos de conflictos de interés y los supuestos de revelación e indica que el Árbitro debe "ponderar" la revelación de dichas circunstancias. Dentro de los supuestos de revelación deja abierto el supuesto a "cualquier otro hecho o circunstancia significativo, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su independencia" y, sin embargo, al final concluye que la omisión de cumplir el deber de revelación por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso.

Como se aprecia del citado Código de Ética, contiene una regulación que podríamos llamar híbrida, pues combina criterios de ponderación sobre los cuales da la libertad de analizarlos al árbitro, cita criterios objetivos de supuestos de revelación, pero deja abierta la puerta a cualquier otra circunstancia y si se incumple, (analizado por un tercero objetivo) da la apariencia de parcialidad. En tal escenario surge la pregunta de ¿cómo podemos dejarle la libertad al árbitro para que pondere, analice y revele, si, por otro lado, se determina que el incumplimiento del deber de revelación automáticamente da la apariencia de parcialidad? Al final, todo dependerá de las personas y/o institución que analice y resuelva la recusación.

Existe por otro lado, un inconveniente al compatibilizar la graduación por niveles de intensidad respecto de los supuestos de revelación. Como es sabido, las Directrices IBA de conflictos de interés en el arbitraje internacional, regulan parámetros como un semáforo, es decir, rojo, naranja y verde, sin embargo, dichas directrices fueron pensadas para el ámbito internacional, tal y como ellas mismas lo establecen y además que no priman sobre la ley nacional aplicable ni sobre las reglas que las partes hubieran elegido. El sistema de niveles establecido como rojo (irrenunciable, renunciante), naranja y verde establecen diferentes

intensidades del deber de revelación, siendo que las incluidas en el listado verde no son necesarias de revelar.

Sin embargo, por ejemplo, en Códigos de Ética nacionales, no se regula de la misma manera, sino que todos los supuestos de revelación tienen el componente de ser obligatorias, es decir tener un mismo nivel de obligación de revelar. Es por ello que, poner como consecuencia que, la valoración de un árbitro sobre no revelar cierta circunstancia, puede dar apariencia de parcialidad deja sin contenido al *"in dubio pro declaratione"*, pues ya no dependerá de lo que el árbitro determine en su ponderación sino lo que el tercero objetivo considere al resolver la recusación y, por ende, convierte a toda deliberación o ponderación (se tenga duda o no) en obligatoria.

Sin perjuicio de lo ya anotado, es importante abordar el tema de la llamada apariencia de parcialidad. Como se aprecia, no estamos ante una presunción de inocencia, tan defendida en nuestro sistema constitucional, sino por el contrario en una presunción de culpabilidad. El concepto de las apariencias en el derecho debe ser tomado con pinzas, y cuidado pues recordemos que el procedimiento de recusación no está exento de la protección constitucional del debido proceso y además es un procedimiento donde se tomarán decisiones sobre situaciones que afectan la esfera del derecho de las personas que se desempeñan como árbitros. Por ende, conviene desmenuzar cómo es que puede quebrarse dicha apariencia de imparcialidad, y convertirse en apariencia de parcialidad.

Recordemos que el arbitraje como mecanismo de solución de controversias nació en base a la confianza que tenían las partes para que un tercero ajeno a la controversia resuelva sus discrepancias. En tal sentido, la regla de la buena fe, que es transversal a todos los contratos, y por ende al contrato que es el propio convenio arbitral, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico nacional en el cual se indica que el acto jurídico debe ser interpretado según el principio de la buena fe tal y como lo establecen los artículos 168 y 1362 del Código Civil.

La apariencia de parcialidad, como está redactada se relaciona con una conducta del árbitro (en este caso no revelar cierto hecho) que trae como consecuencia que no brinde las garantías suficientes para excluir toda duda sobre su imparcialidad. Sobre ello, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido sobre el particular lo siguiente:

9. Pues bien, mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la imparcialidad de los jueces.

10. En esa perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en importante jurisprudencia que resulta pertinente traer a colación, desarrolló la teoría de las apariencias, indicando que si bien la imparcialidad personal de un juez se presume a falta de prueba en contrario, también hay que tener en cuenta cuestiones de carácter funcional y orgánico, y, en ese sentido, debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará que, incluso las apariencias, pueden revestir importancia (Casos Piersack y De Cubber).

11. En efecto, existen situaciones concretas que desmerecen la confianza que deben inspirar los tribunales o determinados jueces en la sociedad, las cuales pueden darse, entre otras, por evidente prevalencia de preferencias políticas en las decisiones, demostraciones públicas desproporcionadas respecto a su posición personal en determinado fallo, falta de neutralidad en la actuación de los jueces, desacato a los deberes de la propia organización del Poder Judicial, y, con mayor razón, la imparcialidad judicial en casos en que el juez haya sido sancionado en reiteradas oportunidades por las mismas infracciones u otras relacionadas a su actuación².

Como bien se advierte, la imparcialidad personal de un juez, en este caso un árbitro, se presume a falta de prueba en contrario y se analizan situaciones de carácter funcional y orgánico propias del juez. En la misma línea la doctrina ha manifestado sobre el particular que:

“La imparcialidad subjetiva o personal del juez o de cada uno de los miembros de un tribunal “debe presumirse hasta que se pruebe lo contrario”³⁹. Esta prueba siempre es una cuestión harto compleja debido a que se deberá acreditar algo que pertenece al fuero interno del juez. Por esta razón, el aspecto subjetivo de la imparcialidad del juzgador no ha sido determinante para establecer una violación del artículo 6.1 CEDH, como sí lo ha sido la dimensión objetiva. Esta advertencia nos coloca rápidamente sobre un segundo criterio, a saber, la exigencia de que deben existir elementos objetivos en la tramitación y la decisión de un proceso, que permitan concluir razonablemente que el juzgador carece de imparcialidad. Consecuentemente, no basta con que el justiciable tenga la convicción de que es juzgado por un juez parcializado, sino que además esta convicción debe haber sido fruto de la concurrencia de una serie de elementos o circunstancias que lleven a concluir objetiva y razonablemente que el juez no ha actuado con la exigida imparcialidad. Bien ha dicho el TC cuando ha afirmado que, “no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas”⁴⁰. Oportunidad ha tenido también este Tribunal para definir las “sospechas objetivamente justificadas” como aquellas “exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa”³.

Como se aprecia de lo antes mencionado, la imparcialidad de un árbitro se debe presumir, y en caso sea cuestionada por alguna de las partes, no debe bastar con su solo cuestionamiento, sino que tienen que confluir una serie de elementos que permitan concluir objetiva y razonablemente que el árbitro no ha actuado de manera imparcial.

² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. EXP. 2465-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2004).

³ Castillo Córdova, Luis. «Repositorio Institucional PIRHUA.» *Universidad de Piura*. 2007. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2105/Derecho_fundamental_juez_impacial_influencias_jurisprudencia_TEDH_TC_espanol.pdf?sequence=1 (último acceso: 16 de junio de 2021).

Sin perjuicio de ello, sobre la referida apariencia de parcialidad, la Corte Superior de Justicia de Lima ha indicado sobre dicha redacción que lo que busca es objetivar el deber de imparcialidad imponiendo un deber de apariencia:

*“A más abundamiento, el artículo 5° del Código de Ética de OSCE dispone que la omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la **apariencia de parcialidad**, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva. Dicha norma busca objetivar el deber de imparcialidad e impone un deber de apariencia en orden a asegurar o garantizar lo medular: la imparcialidad del árbitro y el derecho de las partes de conocer aquellas circunstancias que pudieran revelar conflicto de interés, y juzgarlas en cada caso concreto a fin de decidir si se justifica el apartamiento del árbitro mediante la recusación”⁴*

Sin embargo, conforme hemos advertido, la redacción en ese sentido, impone imperativamente el deber de declarar sin importar la naturaleza de la información a revelar y, como consecuencia que el árbitro sea descalificado o recusado. En tal escenario, ¿se debe analizar sólo el hecho de haber omitido la declaración, o también el tipo y/o relevancia de la información a declarar?

Al respecto, reglamentos de centros arbitrales como el del CARC-PUCP han entendido que la omisión de la declaración no es *per se* una infracción al Código de Ética y que en todo caso debe analizarse el tipo de información:

“La omisión de revelar alguna(s) situación(es) antes referida(s) u otras similares no constituye en sí misma una infracción a las reglas éticas, no obstante será debidamente examinada según la naturaleza de la información que no haya revelado”⁵

Por otro lado, también existe una confusión entre lo que se entiende como “supuestos de revelación” y la conclusión automática de que el hecho de revelar alguno de esos aspectos implica automáticamente la descalificación del árbitro. Ello nos lleva al hecho de que las recusaciones deben ser analizadas de acuerdo a cada caso en particular, es decir, teniendo en cuenta el tipo de información que se está cuestionando. Así, a manera de ejemplo en un caso internacional entre: Merck Sharp & Dohme (i.a.) Corporation Vs Ecuador, en resumen, se recusó al árbitro Stephen M. Schwebel, entre otras razones, por haber revelado de manera tardía y por no haber revelado. En dicho caso Hugo Hans Siblesz, (Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya) declaró INFUNDADA la recusación y al analizar el caso manifestó:

“Sin embargo, las circunstancias de la revelación tardía e incompleta del Juez Schwebel no apoyan la inferencia de que él carezca de independencia o imparcialidad. Los precedentes en los que la Demandada se basa tienen que ver principalmente con la revelación, antes que con la situación distinta de la revelación tardía. Las revelaciones hechas en la Declaración de Revelación Conjunta, si bien tardías, fueron no obstante a la

⁴ Recurso de Anulación de Laudo Arbitral. 00313-2016-0-1817-SP-CO-01 (Primera Sala Comercial Permanente, 1 de marzo de 2017).

⁵ PUCP, CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCION DE CONFLICTOS. «Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP: Servicios, Arbitraje, Normativa.» *Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP*. 15 de junio de 2017. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22214038/carc-per-4-12-rev-1-codigo-de-etica.pdf> (último acceso: 17 de junio de 2021).

iniciativa propia del Tribunal. La no revelación del Juez Schwebel del segundo dictamen pericial también parecería ser una omisión inadvertida en un ejercicio por otra parte honesto de la discreción, resultante de la conexión entre las dos participaciones como perito y del contenido casi idéntico de los dos dictámenes. Por lo tanto, considero que esta revelación tardía e incompleta es una anomalía de parte del árbitro antes que parte de un patrón de circunstancias que podrían suscitar dudas acerca de su imparcialidad”⁶

Conforme se aprecia al evaluar las circunstancias particulares de cada caso, puede ser que se haya omitido revelar cierta información, sin embargo, ello no descalifica al árbitro automáticamente, sino que puede darse el caso de una anomalía por parte del árbitro la cual debe analizarse conjuntamente con ayuda de más elementos y circunstancias que sumen razones para recusar a un árbitro. Para concluir ello, se deberá encontrar un patrón, como la falta de neutralidad, o desacato a los deberes éticos o que haya sido sancionado en reiteradas oportunidades por los mismos motivos, etc.

Permitir lo contrario, es aligerar la carga de la prueba de la presunción de imparcialidad e invertirla abriendo la puerta a arbitrariedades y malas prácticas que afecten el desenvolvimiento de las actuaciones arbitrales que en última instancia perjudican a las partes al dilatar la resolución de su conflicto.

Lo indicado anteriormente, nos lleva a anotar que para concluir que un árbitro es falto de independencia e imparcialidad, no basta solo la alegación de la parte recusante, no basta únicamente que haya omitido su deber de revelación, sino que la información a revelar tenga la relevancia suficiente para determinar un conflicto de interés que impida que el Árbitro se desempeñe como tal en la controversia, así como otros elementos en la conducta del Árbitro que permita determinar un ánimo del mismo de comportarse de una forma indecorosa o antiética.

En tal sentido, dependerá de aquel tercero imparcial ponderar cada situación en cada caso particular, y resolver tomando en cuenta todos los hechos del caso y sobre todo motivando la decisión que le permita arribar o no a la conclusión de que se ha afectado la independencia y/o imparcialidad de un Árbitro a fin de evitar arbitrariedades.

En tal sentido, la figura del tercero objetivo, o la apreciación de un tercero como motivo de fundamentación no debe incurrir en argumentos circulares ni en alegar que “a criterio de este órgano” o “a criterio de (quien analiza la recusación)” los hechos alegados son susceptibles de quebrar la confianza de las partes en el árbitro. Sino que debe indicarse cuál es el criterio, cuál es la gravedad o profundidad de la información que permite llegar a esa conclusión, ya que como sabemos las diferentes circunstancias no están reguladas todas en los Códigos de Ética o las normas aplicables, por lo que es necesario que el órgano encargado de resolver la recusación sea explícito en indicar cuál es la dimensión, densidad o peso de cada circunstancia y de esta manera se pueda uniformizar los criterios.

Una uniformización de criterios ayudaría a tener mayor predictibilidad tanto para las partes como para los árbitros lo cual es un primer paso en trazar un derrotero que dote de mayor

⁶ *Merck Sharp & Dohme (i.a) Corporation Vs. Ecuador*. CPA AA442 (Corte Permanente de Arbitraje La Haya, 8 de agosto de 2012).

seguridad jurídica y límites a los supuestos de revelación a fin de que no sean utilizados tendenciosamente.

Como ya se ha mencionado, la forma de redacción de los Códigos de Ética en algunas ocasiones puede llegar a no definir los supuestos claramente, a trazar líneas tenues las cuales luego hace flaquear la motivación de las razones que justifican impedir que el árbitro libremente designado, por una parte, o cualquier árbitro, independientemente del método de su designación pueda desempeñarse como tal. Así, dejar abierta la puerta a alegar cualquier hecho o circunstancia que pueda generar duda justificada de imparcialidad e independencia aligera los requisitos de una recusación, lo que debe ser compensado con una rigurosidad mayor al momento de evaluar el sustento, prueba y fundamentar una recusación.

En este aspecto, a modo de anécdota, el Nuevo Código Procesal Penal (Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957), incluye una redacción con una particularidad que da un revestimiento llamativo a la figura de los supuestos de inhibición y que por ende son tomados como causales para interponer recusaciones. El referido Código indica:

“Art. 53.- Inhibición

1. *Los Jueces se inhibirán por las siguientes causales:*

*(...) e) **“Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad”** (el resaltado y subrayado es nuestro)*

Como se advierte, cuando se menciona “cualquier otra causa” se hace énfasis en que la misma debe ser fundada en motivos graves. Con ello se incrementa el nivel de rigurosidad tanto de sustento de la propia causal, de su prueba como del análisis que se realiza a la misma, así como de su trascendencia para el proceso y las partes. En tal sentido, el mensaje es claro en la redacción de la norma en que esa puerta abierta no es una carta libre para poder interponer recusaciones.

En tal sentido, el análisis de la importancia de la información omitida en relación con cada caso particular, guarda más relación con la regulación del semáforo de las Directrices IBA, esto es, la regulación en diferentes escalas del tipo de situaciones que serían pasibles de revelar y otras que no. Sin embargo, el considerar que el solo hecho de omitir una revelación descalifica *per se* al árbitro, es contradictorio con un sistema en el que prime la razonabilidad y motivación sobre las formas, la ponderación del Árbitro y en el que se analice la importancia de la información que haya sido omitida y su relación e impacto con la controversia y partes.

IV. CONCLUSIÓN.

Ante la amalgama de criterios de distinta naturaleza que rodean a las recusaciones y sus líneas fronterizas tenues, es importante que entendamos que todo debe funcionar de manera sistémica y coherente. Creemos que, desde los supuestos de revelación, la redacción de las reglas éticas, así como la rigurosidad en su probanza y motivación deben dotar de seguridad tanto a las partes como a los Árbitros de que al plantear una recusación no se pretenda patear el tablero, que no se pretenda petardear el procedimiento, dilatarlo, sino que se dé seguridad jurídica a todos los intervinientes del arbitraje. Para ello es que necesario se identifique el nivel y profundidad de las circunstancias y no solo se reaccione, sino que se responda de manera razonable, pues no solo está en juego el derecho de una de las partes a tener un árbitro imparcial e independiente, sino el debido proceso y el derecho de las partes a elegir a su árbitro libremente y el derecho también de los Árbitros

que requieren de razones que motiven el hecho de concluir que carecen de imparcialidad y/o independencia.

BIBLIOGRAFÍA.

- Castillo Córdova, Luis. «Repositorio Institucional PIRHUA.» *Universidad de Piura*. 2007. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2105/Derecho_fundamental_juez_impacial_influencias_jurisprudencia_TEDH_TC_espanol.pdf?sequence=1 (último acceso: 16 de junio de 2021).
- *Merck Sharp & Dohme (i.a) Corporation Vs. Ecuador*. CPA AA442 (Corte Permanente de Arbitraje La Haya, 8 de agosto de 2012).
- PUCP, CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCION DE CONFLICTOS. «Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP: Servicios, Arbitraje, Normativa.» *Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP*. 15 de junio de 2017. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22214038/carc-per-4-12-rev-1-codigo-de-etica.pdf> (último acceso: 17 de junio de 2021).
- *Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*. 00313-2016-0-1817-SP-CO-01 (Primera Sala Comercial Permanente, 1 de marzo de 2017).
- *SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*. EXP. 2465-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2004)



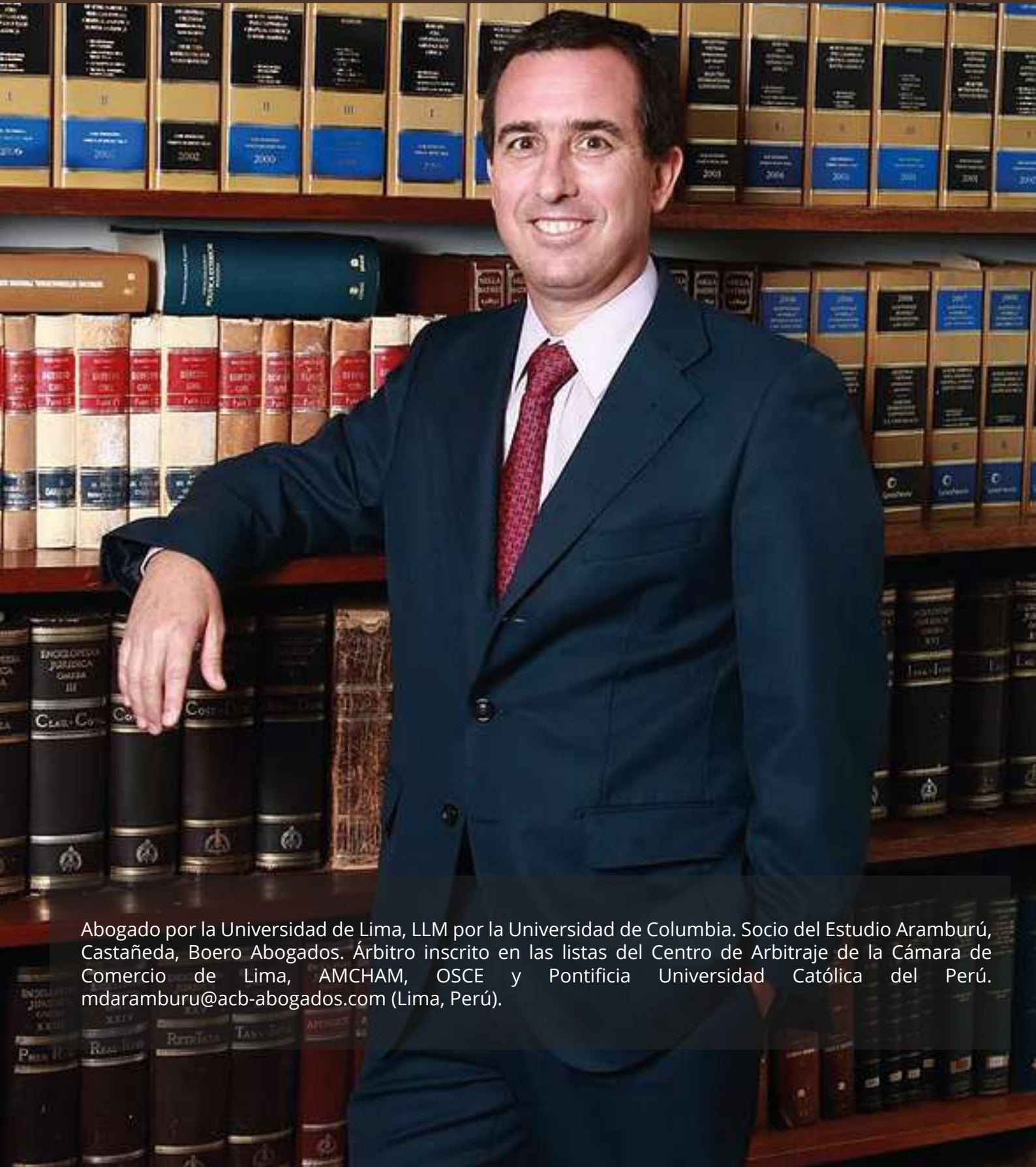
ENTREVISTAS

- EL “RECURSO DE APELACIÓN” ENCUBIERTO EN LA MODIFICACIÓN A LA LEY DE ARBITRAJE
Entrevista a Manuel Diego Aramburú Yzaga
- ¿POR QUÉ DEBEMOS NEGOCIAR LOS CONVENIOS O CLÁUSULAS ARBITRALES?
Entrevista a Carlos Alberto Soto Coaguila

EL “RECURSO DE APELACIÓN” ENCUBIERTO EN LA MODIFICACIÓN A LA LEY DE ARBITRAJE

Entrevista a Manuel Diego Aramburú Yzaga

Fecha de entrevista: 30/7/2021



Abogado por la Universidad de Lima, LLM por la Universidad de Columbia. Socio del Estudio Aramburú, Castañeda, Boero Abogados. Árbitro inscrito en las listas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, OSCE y Pontificia Universidad Católica del Perú. mdaramburu@acb-abogados.com (Lima, Perú).

En la presente entrevista efectuada a un reconocido abogado y árbitro, Doctor Manuel Diego Aramburú Yzaga, se abordará una de las últimas modificaciones al Decreto Legislativo N° 1071 referida a los arbitrajes en los que el Estado Peruano es parte y que, por su diseño, podría mal emplearse viabilizando un recurso de apelación encubierto.

¿Doctor Aramburú, nos podría comentar de qué se trata la modificatoria al artículo 65° del Decreto Legislativo N° 1071 y cuál es la justificación o finalidad que persigue?

El 23 de enero de 2020, mediante Decreto de Urgencia No. 20-2020-PCM (en adelante DU), se modificó la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), específicamente, en lo que respecta a los arbitrajes en los que el Estado Peruano interviene. La norma modificó siete artículos e incorporó un artículo adicional a la Ley de Arbitraje. Entre los artículos que el referido DU modificó se encuentra el artículo 65° de la Ley de Arbitraje, el cual se refiere a las consecuencias de la anulación del Laudo Arbitral.

Esta modificación tiene implicancias más gravosas que un simple cambio del texto, en el fondo, ha cambiado el sentido de la norma y ha introducido la “apelación” en los arbitrajes del Estado, es decir, ha permitido, indirectamente, lo que estaba prohibido realizar de manera directa.

La justificación principal de esta modificación, según la exposición de motivos, es o fue la garantía de una mayor transparencia en los arbitrajes, en los que interviene el Estado y evitar actos de corrupción. No obstante, lo que pueda señalar la exposición de motivos, en la práctica la situación es diferente, ya que a través de normas legales no se garantizan las calidades éticas de las personas que actuarán como árbitros y, por lo tanto, la pulcritud de los arbitrajes. Esto, solo se sostiene en la calidad moral y ética de los mismos árbitros. Por ello, la inmensa responsabilidad que recae en las partes, al momento de decidir quiénes serán las personas que conformarán el tribunal arbitral. Hay que tener en cuenta además que mediante la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo No. 162-2021-EF se ha reincorporado a los árbitros que se encontraban inscritos en la Nómina de Profesionales Aptos para

Designación Residual del OSCE y no se requiere, por lo menos por el momento la absurda evaluación que se pretendió realizar a todos aquellos que quieren formar parte del Registro Nacional de Árbitros, registro, según la ley, necesario para que una persona pueda ser designado árbitro por el Estado o de manera residual por una Institución Arbitral, lo que ocasionó que este registro se quedara casi sin árbitros y, lo más grave, sin los más experimentados.

Vemos que usted considera alarmante este cambio, de acuerdo con lo que señala; ¿En qué medida la modificatoria podría generar este efecto perverso de utilizarse como una apelación encubierta?

Respecto a la modificación del artículo 65° de la Ley de Arbitraje y más allá de si ella funcionará, operará, o cumplirá su propósito, esta permite, como señalé anteriormente, hacer lo que por Ley está prohibido, es decir, permite, en realidad, apelar un laudo, pues el DU permite la sustitución de árbitros, luego de haberse declarado la anulación del mismo, para que vuelvan a resolver la controversia, lo que importa que árbitros distintos a los que emitieron el primer laudo (anulado) sean los que vuelvan a evaluar la controversia y se pronuncien sobre la misma. La modificación de este artículo también podría permitir el uso desnaturalizado e indiscriminado de la sustitución del árbitro o de la recusación de los mismos si es que alguna de las partes no se encuentra de acuerdo con el criterio del Tribunal Arbitral, lo que probablemente ocurra muchas veces, con aquel que se vio perjudicado con el laudo que fue anulado.

Habiendo indicado lo anterior, veamos, entonces, lo que señala la norma. El “infelizmente” modificado artículo 65° de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

“1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera:

(...)

b. (...)

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario”.

Cuando un laudo es anulado, el arbitraje se retrotrae al momento anterior al vicio que generó la anulación del mismo, eso no ha cambiado, la novedad es que, en los casos en los que interviene el Estado, el DU ha incorporado una modificación, para establecer que es posible sustituir y recusar al árbitro o tribunal que resolvió la controversia, luego de que el laudo ha sido anulado.

Esto quiere decir que la modificación permitiría a las partes solicitar la sustitución del árbitro que designó o recusarlo conjuntamente con los demás árbitros que emitieron el laudo anulado, lo que importa, que, en el fondo, se pueda sustituir a la mayoría o a todo el tribunal sin importar que el artículo 31° de la Ley de Arbitraje, norma por la que se regula la sustitución de los árbitros solo permita hacerlo cuando se presenten situaciones específicas, es decir, cuando se produzca la vacancia del árbitro y este supuesto únicamente puede darse cuando: (i) se haya declarado fundada una recusación, (ii) cuando opere la remoción establecida en el artículo 30° de la Ley de Arbitraje y (iii) cuando el árbitro renuncie al cargo. Es decir, se otorga una facultad adicional a las partes para que, a su sola discreción, puedan cambiar al árbitro que eligieron sin importar que haya otros artículos de la Ley de Arbitraje que correctamente hayan limitado la aplicación de la sustitución para supuestos específicos.

Como se puede observar, el artículo no está correctamente redactado y por lo tanto no están claras las implicancias de “solicitar la sustitución” del árbitro o tribunal. ¿Se le otorga poder a quien designó al árbitro para retirarlo y

poder a quien designó al árbitro para retirarlo y cambiarlo, a su discreción? ¿Acaso quiere decir que solamente puede pedirle su renuncia? ¿Importa, acaso que se pueda exigir a la institución arbitral que designó al árbitro que lo cambie? ¿puede el árbitro o la institución resistirse a la sustitución y simplemente no aceptarla? La verdad no es claro cómo se debe proceder ni las consecuencias, ni cuáles son los mecanismos que se debe utilizar. Por tanto, en lo que respecta a la sustitución propiamente nos parece que la redacción no es clara y, por tanto, no es claro cómo se debe proceder ni las consecuencias que trae.

Entonces la modificatoria permitiría que, a través de una recusación se reconstituya un tribunal arbitral ¿Considera usted esto como un mecanismo de presión

El mismo artículo modificado (artículo 65° de la Ley de Arbitraje) también señala que al árbitro o árbitros cuyo laudo es anulado, se le puede recusar, habilitando, para ello, los plazos de recusación. Pareciera, entonces, que el artículo utiliza la recusación como un mecanismo de presión para lograr el apartamiento del árbitro. Entonces esto quiere decir que el árbitro al que se le pide ser sustituido y por tanto su renuncia, ¿está obligado renunciar? ¿Qué pasa si no lo hace?, la norma no lo señala, pero se entiende que, si no renuncia ante la solicitud de sustitución, la parte tendrá expedito el derecho a recusarlo. Ahora, ¿cuál sería la causal?, pues no podría ser otra que la consistente en el rechazo del pedido de sustitución efectuado por una de las partes, es decir se habría creado una nueva razón para recusar a un árbitro. Entonces y en relación a ello, ¿procede la recusación bajo la causal de no haber aceptado dejar el cargo de árbitro?

Como es conocido, la Ley de Arbitraje, en su artículo 28° regula las causales de recusación que las partes pueden invocar, entre las que se encuentran (i) que el árbitro no cumple con las condiciones legales o contractuales para actuar como tal y (ii) la inexistencia de imparcialidad e independencia. ¿Será acaso que la modificatoria de la Ley de Arbitraje, considera que aquel árbitro cuyo laudo fue anulado no tienen las cualidades necesarias para el cargo? Recordemos que el artículo modificado señala que en caso el laudo sea anulado se puede “solicitar la recusación” y recordemos también

que el derecho a la recusación es el derecho que tienen las partes para apartar del arbitraje a un árbitro que resulta siendo parcial o no neutral o que no cumple con las cualidades legales o contractuales para desempeñarse como tal.

Esto parece ser un absurdo, pues sería entonces lo mismo que concluir que todo aquel juez al que se le revoca o se le anula una sentencia que ha dictado no tendría las cualidades necesarias para ser juez y, por tanto, se le podría recusar o lo que es peor, destituir. Ello claramente es inaceptable, pues puede haber muchas razones, incluso el criterio jurídico, para determinar la revocatoria o la anulación de una resolución y ello no determina la idoneidad de una persona para actuar como juez o árbitro.

Entonces, la modificación de la Ley de Arbitraje permite a las partes en un arbitraje en los que participa el Estado recusar a los árbitros que emitieron el laudo que fue anulado, creándose una nueva causal "laudo anulado" exclusiva para estos arbitrajes. Se abre, entonces, una nueva ventana para poder recusar árbitros ilimitadamente. Esta situación generará, definitivamente, innumerables recusaciones frívolas ya que en todo arbitraje cuyo laudo es anulado en un arbitraje en el que el Estado fue parte, a quien no le fue favorable, naturalmente intentará la recusación del tribunal para intentar una resolución diferente, pues lo más probable es que si el mismo Tribunal conoce nuevamente el caso mantenga su posición. Esta situación nos lleva a concluir que lo más probable es que en todos (o en la gran mayoría) de arbitrajes en los que el Estado sea parte y se anule el laudo, se termine recusando al Tribunal para intentar una resolución diferente, cuando puede ocurrir que en realidad no exista razón para declarar fundada tal recusación.

¿Usted considera que, mediante la aplicación de este nuevo esquema toda recusación tendría que ser declarada fundada?

Hemos establecido que la norma crea una nueva causal de recusación, pero no señala que la recusación deba ser, necesariamente, declarada fundada, por lo que posibilitar que se solicite la recusación como indica la norma, en mi opinión, no importa que, necesariamente, los árbitros deban apartarse del caso o que

quienes resuelvan los casos de recusación deban ampararlas. Veremos, con el paso del tiempo, cómo se resuelven las recusaciones y con ello cuál es la opinión de aquellos encargados de resolverlas, pero, sobre todo, veremos si las instituciones arbitrales serias tienen los "pantalones largos bien puestos" y no permiten que se comenten abusos, a través de esta nueva causal, pues insisto, permitir recusar no quiere decir que la recusación deba ser, necesariamente, declarada fundada. Considero que el que resuelva la recusación debe necesariamente seguir los lineamientos del artículo 28° de la Ley de Arbitraje y ampararla solamente si se dan los presupuestos de dicha norma, la que no ha sido modificada, es decir si el o los árbitros actúan sin imparcialidad o independencia o si no cumplen con las condiciones legales o contractuales para desempeñarse como tales.

¿Qué sucedería si la recusación es declarada fundada? ¿Cuáles serían las consecuencias?

Si la recusación es fundada, bajo los términos del DU, quiere decir que será otro tribunal el que haga un reexamen del caso y eventualmente, este nuevo tribunal, podrá tener un criterio diferente al primero y resolver la controversia de forma diferente. Esta situación, seguramente, ocasionará que la parte que no resultó favorecida con el Laudo intentará siempre un cambio de tribunal y con ello un cambio de criterio. Esto importa, que todo laudo anulado en un arbitraje en el que el Estado es parte, traerá consigo la recusación del Tribunal Arbitral con la esperanza de que el nuevo tribunal tenga un criterio diferente, permitiendo a las partes conseguir el mismo efecto que una apelación, esto es, un reexamen del caso. que el derecho a la recusación es el derecho que tienen las partes para apartar del arbitraje a un árbitro que resulta siendo parcial o no neutral o que no cumple con las cualidades legales o contractuales para desempeñarse como tal.

La finalidad de un recurso de apelación, es que una persona distinta a la que resolvió inicialmente la controversia realice un reexamen del criterio utilizado para resolver el fondo de la controversia, pero esto se encuentra expresamente prohibido por el inciso 1) del artículo 58° de la Ley de Arbitraje. Sin embargo, la modificación introducida por el

el DU, sin duda, está habilitando una forma de obtener lo prohibido por la Ley de Arbitraje, generando retrocesos en el arbitraje, pues, como todos sabemos, esta posibilidad se suprimió con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1071.

En efecto, la Ley de Arbitraje no permite la apelación de los laudos, sin embargo, con el DU, en los hechos, cambia la situación y ahora lo que, de manera formal aparentemente sigue vigente pues no se ha derogado o modificado el inciso 1) del artículo 59° de la Ley de Arbitraje que señala que el laudo es inapelable e inmodificable, esto es, no se permite que alguna autoridad arbitral o judicial reexamine el fondo del caso, luego de emitido el laudo, podría ser modificado en el caso del laudo anulado.

Claro que se podría señalar que a lo que me estoy refiriendo no es en realidad una apelación jurídicamente definida porque el laudo anulado es un laudo inexistente y por tanto en realidad al no existir no se está apelando del mismo. Y ello es formalmente correcto, pero lo que ocurrirá en los hechos es que será un nuevo Tribunal, el que reexaminará un caso que ya fue examinado y resuelto por otro. Entonces, ¿qué pasa cuando se sustituye el tribunal como consecuencia de la anulación del laudo? Formalmente, si el laudo se anuló entonces dejó de existir, por tanto, al resolver nuevamente el nuevo tribunal, en estricto, no se estaría cambiando el sentido "del laudo", pues no existe y claro, no es formalmente una apelación, pues la anulación de laudo implica, como he dicho que debe de existir por alguna afectación del derecho al debido proceso o al incumplimiento de lo pactado en el convenio arbitral, u otras razones establecidas en la Ley, aspectos que no tienen incidencia respecto al criterio utilizado por el Tribunal Arbitral para resolver la controversia. Pero la verdad es que será otro Tribunal el que resolverá el caso y esta situación es un cambio sustancial en la Ley que, antes de esta modificación, establecía que en un caso cuyo laudo se había anulado, regresaba al Tribunal para que corrija lo que ocasionó la nulidad y emita el laudo nuevamente, y, claro está, no estaba obligado a cambiar el criterio que sobre el fondo había considerado.



Entonces ¿No es acaso permitir a través de esta modificación lo que la Ley expresamente prohíbe?, no es acaso "permitir lo prohibido" hacer cambios, o tomar decisiones, desconociendo instituciones jurídicas, esto es realmente grave y ahora por una deficiente modificación de la Ley a través del referido DU se está modificando de manera indirecta otros artículos de la Ley de Arbitraje.

Conforme lo que hemos señalado, podemos afirmar que desde la vigencia del DU la prohibición de la apelación del laudo es ahora relativa, y solo es absoluta en los arbitrajes que no participe el Estado o en los que participe y que no se anule el Laudo, pues en lo casos en los que participa el Estado y el laudo se anule, puede recusarse al Tribunal y al sustituirse el Tribunal, se está permitiendo que un nuevo Tribunal resuelva la controversia, consiguiéndose el mismo efecto que un recurso de apelación. No está demás recordar a Mario Castillo Freyre cuando señala que "(...) el laudo es inapelable y que, en materia de procesos arbitrales, al tratarse de una única instancia, no hay una segunda instancia ante la cual se pueda recurrir."

La prohibición de la apelación de los laudos, no está regulada en vano, lo que se quiso alcanzar prohibiendo el reexamen de fondo del laudo no solo fue favorecer el Principio de Celeridad, característico de los arbitrajes, sino también ofrecer a quienes acuden al arbitraje, la garantía y seguridad de que el sentido del laudo, emitido por quienes ellos mismos

eligieron, no vaya a cambiar, esto es, en buena cuenta, el Principio de Inmutabilidad del Laudo. Recordemos que los árbitros son designados por las propias partes libre y voluntariamente y, por tanto, confiando en su decisión, pues son las mismas partes las que han evaluado sus calidades profesionales. Y si la decisión de elección es correctamente realizada se debió haber elegido al mejor o a los mejores, por tanto, no tiene sentido recurrir al segundo mejor, cuando el sentido del laudo que se anuló no favorezca a alguna de las partes. Como sabemos, el arbitraje se sostiene sobre la confianza que las partes depositan en los árbitros para resolver la controversia y la designación es una manifestación de esa confianza. Es decir, la parte, al designar un árbitro, confía en que el laudo se emitirá con la calidad adecuada, de lo contrario no lo elegiría, sin embargo, esta elección no obliga al árbitro a darle la razón a quien lo designó, pues el árbitro una vez elegido, es un árbitro del tribunal y no de las partes.

Esto no es así en la justicia ordinaria donde se permite las apelaciones, pues, las partes involucradas en la controversia no tienen la oportunidad de escoger la persona o personas que analizarán y resolverán sus casos. El juzgador es impuesto por lo que no conocen sus calidades profesionales, morales, sus experiencias y destrezas, lo que, no ocurre en un arbitraje, donde los árbitros son elegidos directa o indirectamente por las partes.

Al inicio nos comentaba cuál fue el sentido perseguido por la modificación; en su opinión, además del efecto perverso que podría generarse ¿Usted cree que se cumpliría la finalidad de la norma?

La modificación que el DU ha realizado respecto del artículo 65° de la Ley de Arbitraje, supuestamente para evitar corrupción y dar mayor transparencia a los arbitrajes, la verdad creo que traerá más problemas que ventajas y perjudicará notoriamente la institución arbitral en el Perú. No se ve, además, cómo se evitará la corrupción o se garantizará una mayor transparencia, por lo que no creo que la misma cumpla o sirva para el propósito que se pretende.

Ahora bien, desde hace poco tiempo en los arbitrajes con el Estado, existe una nueva forma

de designar a los árbitros. Desde que se promulgó el Reglamento de la Ley que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (Ley de los Procuradores), quedó creada la Procuraduría Especializada en Arbitrajes y esta procuraduría, según el artículo 50.2, está facultada para designar al árbitro por parte de la entidad, informando al titular de esta y al procurador de la entidad. En mi opinión, esta norma es positiva y regula algo que he venido señalando hace bastante tiempo: la creación de una base de datos con la información relevante de los árbitros que intervinieron en arbitrajes con alguna entidad del estado y una entidad que pueda ser responsable de su elección. Esto quiere decir entonces que existe un cuerpo especializado en designación de árbitros, y que, en principio ya no deberían ser las entidades, por su cuenta y libremente las que los designen. De ese modo, se puede llevar un control y seguimiento de las actuaciones de los árbitros, sus relaciones y designaciones y con ello un record de los mismos.

En efecto, el artículo 50.4 de la Ley que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, establece que la Procuraduría Especializada en Arbitrajes debe crear una base de datos con la información relevante de los árbitros que han intervenido en arbitrajes anteriormente con alguna entidad del estado y esta base debe incluir:

- Las actuaciones relevantes en las que participó cada árbitro.
- Información sobre el sentido de los laudos.
- Conformación de los tribunales en los que participa.
- Recusaciones y anulaciones fundadas.
Denuncias penales en contra del árbitro.

Los Procuradores Especializados, entonces, al contar con la información deberán escoger a los árbitros teniendo en cuenta todos estos aspectos que por orden de la norma han recopilado y la lógica nos debe decir que escogerá al que consideran más idóneo y al que les genera más confianza. Y no solo esto, sino que también está la obligación de los árbitros de presentar la Declaración Jurada de Intereses y el deber de revelación, mediante el cual pueden conocer las relaciones de los árbitros y posibles incompatibilidades.

Por tanto, si el Estado cuenta con un sistema que contiene la información necesaria para elegir a los mejores y más confiables profesionales, y tiene la posibilidad de hacerlo, ¿qué sentido tiene que se les otorgue la posibilidad a las partes de pedir la sustitución o la recusación del árbitro designado o de todo el tribunal cuando un laudo es anulado? Esto genera inestabilidad y desincentivo en el arbitraje. Si hacemos un paralelo con los procesos judiciales o la justicia ordinaria, ¿caso uno puede recusar fundadamente a un juez solamente por el hecho de que el superior jerárquico anuló una resolución emitida por el referido juez? Ello es y sería absurdo, ¿o están pensando los legisladores que los árbitros son infalibles y que no pueden equivocarse de buena fe?

Un laudo anulado no equivale, o importa, necesariamente, a que un árbitro o un tribunal arbitral no sea o no haya sido idóneo o adecuado, ya que la anulación puede deberse a los diferentes factores y parámetros a través de los cuales los jueces miden la motivación de un laudo o podría incluso, deberse a un error del juez. Muchas sentencias judiciales se anulan y regresan al juzgado de origen, es decir, al juzgado que emitió la sentencia para que vuelva a emitirla, o se anulan y luego esta anulación es revocada, pero esto no lo convierte al juez en recusable o no implica que el juez no sea idóneo.

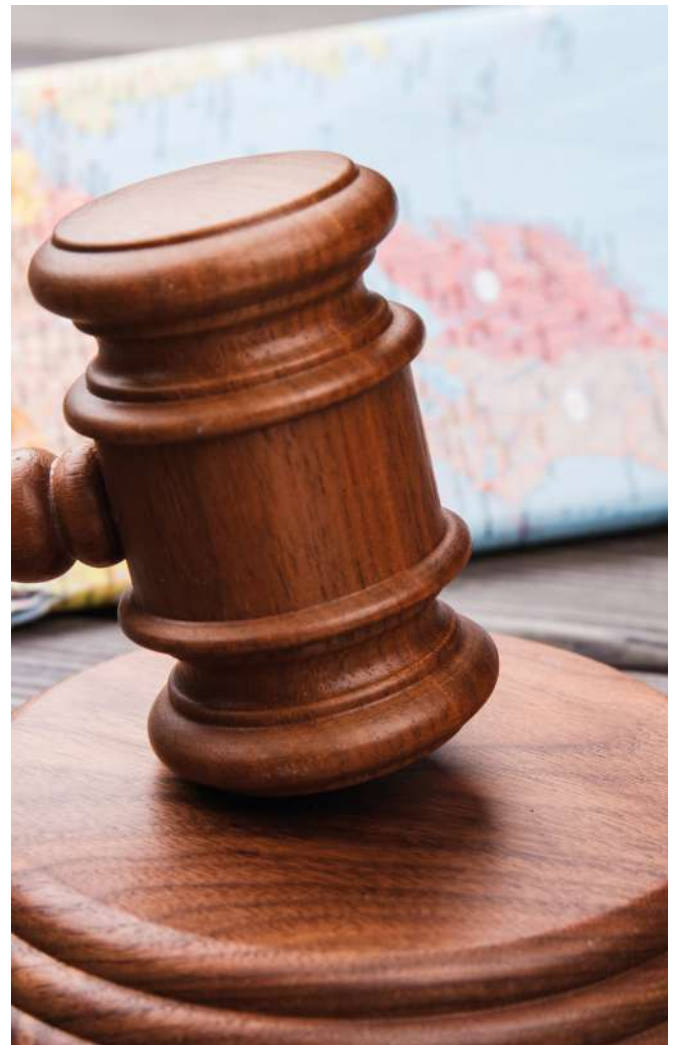
Además, es necesario precisar que para que proceda esta recusación, la norma ha habilitado el plazo para recusar, como he indicado, esto podría implicar el ingreso de un árbitro nuevo (o más de uno) al arbitraje en la etapa de emisión del laudo, árbitro que no participó a lo largo de todas las actuaciones y no participó de las audiencias, no examinó testigos ni peritos, por lo que como he señalado, además de perjudicarse la celeridad del arbitraje, las partes, podrían obtener un reexamen del caso, situación que como hemos analizado equivale a una apelación del laudo arbitral.

Finalmente ¿Cuál es su balance general sobre este cambio?

En mi opinión, es claro entonces que la reciente modificación del artículo 65° de la Ley de Arbitraje, no solo es innecesaria, sino que atenta

contra el arbitraje, más aún ahora que se ha dispuesto de Procuradores Especializados que se encargarán de designar a los árbitros por cuenta de las entidades con toda la información y herramientas necesarias para designar a los árbitros más idóneos. Considero que se trata de una disposición, producto del desconocimiento de la institución arbitral y sumamente peligrosa que puede ser utilizada maliciosamente por alguna de las partes para obtener un nuevo análisis del caso, una nueva valoración probatoria e intentar una nueva interpretación de los hechos y las normas aplicables porque trae inestabilidad, lo que justamente, se estaba tratando de evitar con la prohibición del reexamen.

En consecuencia, si bien la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071, considerada una de las normas de arbitraje más avanzadas podría haber necesitado ciertos ajustes para actualizarse y adecuarse a la realidad, la modificación referida en mi opinión resulta perjudicial para la práctica arbitral y es un retroceso.



¿POR QUÉ DEBEMOS NEGOCIAR LOS CONVENIOS O CLÁUSULAS ARBITRALES?

Entrevista a **Carlos Alberto Soto Coaguila**

Fecha de entrevista: 7/10/2021



Entrevista de opinión al Dr. Carlos Alberto Soto Coaguila, reconocido abogado, árbitro y profesor de Derecho Civil y Arbitraje. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro del Club Español de Arbitraje y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. Fundador del Instituto Peruano de Arbitraje - IPA. Presidente del Latin American International Arbitration - LIA. El doctor Carlos Soto ha publicado como director, coordinador y/o coautor diversas obras entre las que destacan: La Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales; El Arbitraje en el Perú y el Mundo; El Contrato en una Economía de Mercado; Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina; Tratado de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual; Transformación del Derecho de Contratos; Contratación Privada; Responsabilidad Civil y Derecho de Daños; Comercio Electrónico; Contratación Contemporánea. Contratos Modernos y Derecho del Consumidor; Contratación Contemporánea; y Teoría General y Principios; El Código Civil del siglo XXI. (Perú y Argentina).

En la presente entrevista se abordará un tema de significativa importancia en el arbitraje, como lo es, el por qué debemos negociar los convenios o cláusulas arbitrales, compartiendo nuestro entrevistado su experiencia y opinión sobre este aspecto.

¿Doctor Soto, qué nos podría comentar sobre la relación entre el arbitraje y el convenio arbitral?

El arbitraje es el mecanismo alternativo de resolución de controversias más importante y desarrollado en el Perú, y esto se debe a diversos factores, como la celeridad en la solución de la controversia y la especialidad de los árbitros.

Ahora bien, para que una controversia pueda ser resuelta por la vía arbitral, es necesario celebrar previamente un convenio arbitral.

Al respecto, debemos recordar que las controversias nacen desde el momento que se celebran los contratos. En virtud de ello, las partes deben pactar un convenio o acuerdo arbitral, mediante el cual sometan sus controversias a la competencia y decisión final de un tribunal arbitral independiente e imparcial. En tal sentido, el desarrollo de un buen arbitraje dependerá principalmente de la correcta redacción de la cláusula arbitral, así como de una adecuada elección de árbitros competentes y honestos.

En sentido opuesto, una cláusula arbitral defectuosa obstaculizará el normal desarrollo del arbitraje. Del mismo modo, árbitros incompetentes o inexpertos no resolverán las controversias con idoneidad, pero además, generarán una mala imagen del arbitraje.

Usted ha mencionado que, para poder resolver una controversia en la vía arbitral, es necesario celebrar un adecuado convenio arbitral. De acuerdo a ello, ¿nos podría explicar la importancia de este convenio?

En primer lugar, para que se lleve a cabo un arbitraje es necesario que las partes hayan pactado previamente un convenio, acuerdo o cláusula arbitral. En este sentido, podemos decir que "sin acuerdo arbitral no habrá arbitraje".

La Convención de Nueva York de 1958 regula en su artículo II la forma y el contenido del convenio arbitral en los siguientes términos:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

En España, la institución del convenio arbitral se encuentra regulada en el artículo 9 de su Ley de Arbitraje de la siguiente manera:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

A su turno, el artículo 13 de la Ley Peruana de Arbitraje establece lo siguiente sobre el convenio arbitral:

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

De la lectura de las normas citadas, se pueden apreciar dos (2) elementos esenciales del convenio arbitral:

- El acuerdo expreso de las partes de someter sus controversias (presentes o futuras) a la vía arbitral; y,
- La controversia o controversias que serán objeto/materia del arbitraje.

Asimismo, de la celebración de un acuerdo arbitral se desprenden dos (2) obligaciones:

- i) Una obligación de hacer, pues en caso surja alguna controversia, ambas partes deberán cumplir con lo pactado, esto es, someter a arbitraje dicha controversia (también conocido como “efecto positivo” del convenio arbitral); y,
- ii) Una obligación de no hacer, derivada de la renuncia a la jurisdicción de los tribunales judiciales para que no asuman competencia de la controversia, la cual será sometida expresamente a la competencia de un tribunal arbitral (también conocido como “efecto negativo” del convenio arbitral).

Recordemos que, así como las partes tienen la libertad de contratar, esto es, la facultad de poder aceptar o rehusarse a celebrar un acuerdo arbitral, también cuentan con la libertad contractual, vale decir, la libertad para determinar su contenido, incorporando las condiciones que mejor convengan a sus intereses. En ese sentido, las partes pueden acordar el tipo de arbitraje; el cual puede ser, de derecho o de conciencia; el número de árbitros que conformarán el tribunal arbitral y la manera cómo se elegirán a los árbitros; si el arbitraje será administrado por alguna institución arbitral o será ad hoc; las reglas del procedimiento arbitral; la sede del arbitraje; la ley aplicable a la controversia; el idioma del arbitraje; la asunción de los gastos del arbitraje, etc.

Si bien lo recomendable, en nuestra opinión, es utilizar cláusulas arbitrales sencillas, no debemos olvidar que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes también pueden incluir en el convenio arbitral sanciones (penalidades) para la parte que incumpla con el acuerdo u obstaculice el normal desarrollo del arbitraje, todo ello con la finalidad de otorgar al convenio arbitral la eficacia necesaria y las garantías destinadas a asegurar el cumplimiento del laudo arbitral.

¿Hay alguna formalidad específica que deba tenerse en cuenta al momento de celebrarse un convenio arbitral?



Un tema de suma importancia es la formalidad que debe adoptar un convenio arbitral. Al respecto, la tendencia legislativa a nivel mundial en materia de arbitraje es la eliminación de la formalidad solemne para la celebración del convenio arbitral. Un claro ejemplo de ello es el caso peruano. Recordemos que la derogada Ley General de Arbitraje de 1996 exigía el cumplimiento de una formalidad ad solemnitatem para la celebración del acuerdo arbitral, esto es, que conste por escrito, bajo sanción de nulidad del convenio arbitral. Sin embargo, la vigente Ley Peruana de Arbitraje de 2008, si bien establece que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, ya no sanciona con nulidad su inobservancia, con lo cual la formalidad escrita es simplemente ad probationem. De este modo, lo fundamental, hoy día, será probar la existencia del acuerdo arbitral, a través de cualquiera de los medios probatorios existentes, tales como documentos, correos electrónicos, etc.

Prueba de esta tendencia de “desformalización” respecto del convenio arbitral, es el texto de la Opción I del artículo 7, numerales 2 a 6, de la Ley Modelo de la CNUDMI. Como el lector podrá observar, la Ley Modelo exige que el acuerdo arbitral conste por escrito; sin embargo, agrega lo que se debe entender por acuerdo escrito:

- 1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
 - 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si 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) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
 - 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
- 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.
 - Cuando se haga referencia a un documento que contenga una cláusula de arbitraje, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

La Ley Peruana de Arbitraje también permite la celebración e incorporación de cláusulas arbitrales en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación que, como sabemos, son contratos predispuestos, es decir, contratos redactados de manera unilateral por uno de los contratantes, mientras que la otra parte se encuentra en la disyuntiva de aceptar o no dichas condiciones. Empero, el artículo 15 de la Ley Peruana de Arbitraje establece que dichos acuerdos arbitrales solamente serán exigibles si han sido conocidos o han podido ser conocidos por la parte que no redactó el contrato predispuesto usando una diligencia ordinaria.

Una precisión: Las partes pueden pactar el convenio arbitral al momento de celebrar el contrato e insertarlo como una cláusula, o pueden celebrarlo con posterioridad como un acuerdo independiente; no siendo necesario, en ambos casos, que exista un conflicto previo entre las partes.

En el Perú, la Ley de Arbitraje también ha optado por el principio del consensualismo para la celebración del convenio arbitral, en términos casi idénticos a los establecidos en la Ley Modelo de la CNUDMI. Una muestra del carácter consensual del acuerdo arbitral se puede encontrar en los supuestos del artículo 13 de la Ley Peruana de Arbitraje, que establece que también se entenderá que el convenio arbitral es escrito en los siguientes casos:

- 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.



¿Siempre es posible negociar los convenios o cláusulas arbitrales?

Si bien el arbitraje nace por el acuerdo libre y expreso de las partes de someter sus controversias a la jurisdicción arbitral, un caso particular es el recogido en el artículo 45 del Texto Único de la Ley de Contrataciones del Estado del Perú, que establece obligatoriamente que todo contrato de obra, de consultoría o de bienes y servicios debe incluir, entre otras cláusulas, una referida a la solución de controversias, donde se estipule que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. No obstante, el Reglamento actual de la Ley de Contrataciones del Estado no hace referencia a un modelo de cláusula arbitral, como si lo hacía el artículo 216 del ya derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del Perú aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el cual establecía que se incorporaría de pleno derecho la siguiente cláusula arbitral:

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

Como ya ha sido mencionado, el acuerdo arbitral reposa en el acuerdo de voluntades, esto es, en el consentimiento de las partes que deciden libre y voluntariamente someter sus controversias al fuero arbitral; empero, la Ley Peruana de Arbitraje también regula la

posibilidad de que el arbitraje nazca de un acto unilateral como es el testamento. En efecto, la Séptima Disposición Complementaria de la Ley Peruana de Arbitraje establece que, mediante estipulación testamentaria, puede establecerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Por lo tanto, una persona que otorgue testamento puede incorporar en su acto de última voluntad una cláusula en la que expresamente declare que cualquier controversia entre sus sucesores se resuelva obligatoriamente en el fuero arbitral. En estos casos, es evidente que no existe acuerdo, sino una declaración unilateral del testador, que por decisión del legislador surtirá los mismos efectos que un convenio arbitral. Cabe precisar que los herederos no podrán cuestionar la decisión del causante y estarán obligados a solucionar sus disputas en la vía arbitral. Agrega la Ley Peruana de Arbitraje que si no hubiere testamento o el testamento no contemplara una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un acuerdo arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

Otra forma particular de acuerdo arbitral es el Arbitraje Societario o Estatutario, incorporado en los estatutos de sociedades, asociaciones, etc. La Sexta Disposición Complementaria de la Ley Peruana de Arbitraje establece que puede adoptarse un acuerdo arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

Es importante que los operadores del derecho sepan que cuando celebran un contrato y se incorpora en él una cláusula arbitral, jurídicamente están celebrando dos contratos distintos: el contrato principal (por ejemplo, contrato de obra) y el contrato de arbitraje (acuerdo o convenio arbitral). Esta separación se funda en el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral. Al respecto, el artículo 41.2 de la Ley Peruana de Arbitraje regula este principio y dispone que el convenio

arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo y que 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. Así las cosas, es incorrecto afirmar que el convenio arbitral es un pacto accesorio del contrato.

¿Por qué debemos negociar y redactar adecuadamente los acuerdos arbitrales?

Las razones por las que se pacta un acuerdo arbitral son de distinta índole. Entre ellas se puede mencionar, el deseo de no acudir al Poder Judicial por lo prolongado y engorroso de sus procesos; la celeridad, flexibilidad y simplicidad del procedimiento arbitral; la confidencialidad con que se trata la controversia comercial; la especialización y experiencia de los árbitros; etc.

Sin embargo, las ventajas que proporciona el arbitraje, como un mecanismo de solución de controversias eficiente y eficaz, pueden verse seriamente mermadas por la presencia de las denominadas “cláusulas arbitrales patológicas”.

Una “cláusula arbitral patológica” es aquella que adolece de defectos que, en definitiva, van a constituir rémoras –cuando no dificultades mayores– en el procedimiento arbitral. En este sentido, es patológica la cláusula que posee un contenido ambiguo o de difícil comprensión, expresado en deficiencias de redacción o acuerdo de las partes y, debido a ello, impide que el procedimiento arbitral se desarrolle con normalidad.

Como ejemplos de “cláusulas arbitrales patológicas” que usualmente se encuentran en algunos contratos, podemos mencionar:

- Cláusulas que designan centros de arbitraje o reglamentos arbitrales inexistentes o que han dejado de funcionar, o designan incorrectamente los nombres de los centros de arbitraje.

- Cláusulas que designan centros de arbitraje o reglamentos arbitrales inexistentes o que han dejado de funcionar, o designan incorrectamente los nombres de los centros de arbitraje.
- Cláusulas que no definen adecuadamente la materia arbitrable o limitan las materias arbitrables (por ejemplo, cláusulas que establecen que «será materia de arbitraje las controversias suscitadas en la celebración y ejecución del contrato»; pero si hay una disputa referida o vinculada a la etapa de la negociación del contrato, ¿será de competencia de los árbitros?).
- Cláusulas que establecen que, ante la falta de nombramiento del árbitro por una de las partes, no se podrá realizar el arbitraje y deberá acudir a los tribunales judiciales.

- Cláusulas que designan árbitros con nombre y apellido en el acuerdo arbitral, pero cuando surge la controversia, dicha persona ha fallecido o se encuentra impedida de hecho o de derecho de aceptar el encargo para actuar como árbitro.
-

La lista puede ser extensa y dependerá de la imaginación y creatividad (o carencia de ellas) de las partes y sus abogados al momento de redactar el acuerdo arbitral.



¿A qué se debe la existencia de las cláusulas arbitrales patológicas?

La mala práctica de incorporar estas cláusulas parece obedecer, por un lado, a la arraigada mala costumbre de “copiar” acuerdos arbitrales de otros contratos y “pegarlos” en los nuevos que están redactando y, de otro lado, a la falta de análisis y reflexión de las partes y sus abogados al momento de estipularlas.

Por dicho motivo, el convenio arbitral suele ser considerado como una midnight clause (cláusula de medianoche), en alusión a la manera apresurada y hasta precipitada de cómo se redactan e incluyen en los contratos.

En efecto, ocurre a menudo que luego de que las partes han negociado el contrato principal, han discutido cada una de las condiciones de este y se encuentran prestas a firmarlo, de pronto deciden agregar un acuerdo arbitral para que los conflictos que puedan surgir se solucionen mediante arbitraje. Sorprendentemente, la cláusula arbitral es incluida sin ser negociada, ni discutida de la misma forma cómo se hizo con cada una de las demás condiciones del contrato. Otra práctica usual es considerar el acuerdo arbitral como una “cláusula de estilo” en el contrato que negocian las partes; así, cuando las partes y sus abogados se encuentran en el proceso de revisión de las cláusulas y llegan a la cláusula arbitral simplemente se dicen uno al otro: “esta es una cláusula de estilo, es normal en todo contrato”, pero en ningún momento analizan las consecuencias de la incorporación del acuerdo arbitral en el contrato, ni de las reglas contenidas en él, las cuales se asumen como normales y, por ende, no son objeto de discusión o negociación. Grave error, ya que cada contrato tiene sus propias particularidades; por ende, la cláusula arbitral que se vaya a pactar, no puede ser la misma para otros de diferente naturaleza.

Debemos tener en cuenta lo importante que es ser cuidadoso al pactar cláusulas arbitrales; pues, como ya se puede advertir, de su correcta redacción dependerá el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral. Por lo tanto, no permitamos que los acuerdos arbitrales se conviertan en cláusulas de medianoche o en meras cláusulas de estilo que se copian y pegan de un contrato a otro como formatos predeterminados.



No olvidemos que cada acuerdo arbitral es como un traje a la medida que responde a las medidas/intereses de las partes contratantes. En consecuencia, de la existencia de un bien pensado (y redactado) acuerdo arbitral dependerá en gran medida el normal desarrollo y el éxito del arbitraje.

Conviene precisar que, así como no existen los contratos perfectos –contratos que contienen todas las respuestas o soluciones a los diferentes problemas que se presenten durante su ejecución–, tampoco existen las cláusulas arbitrales perfectas.

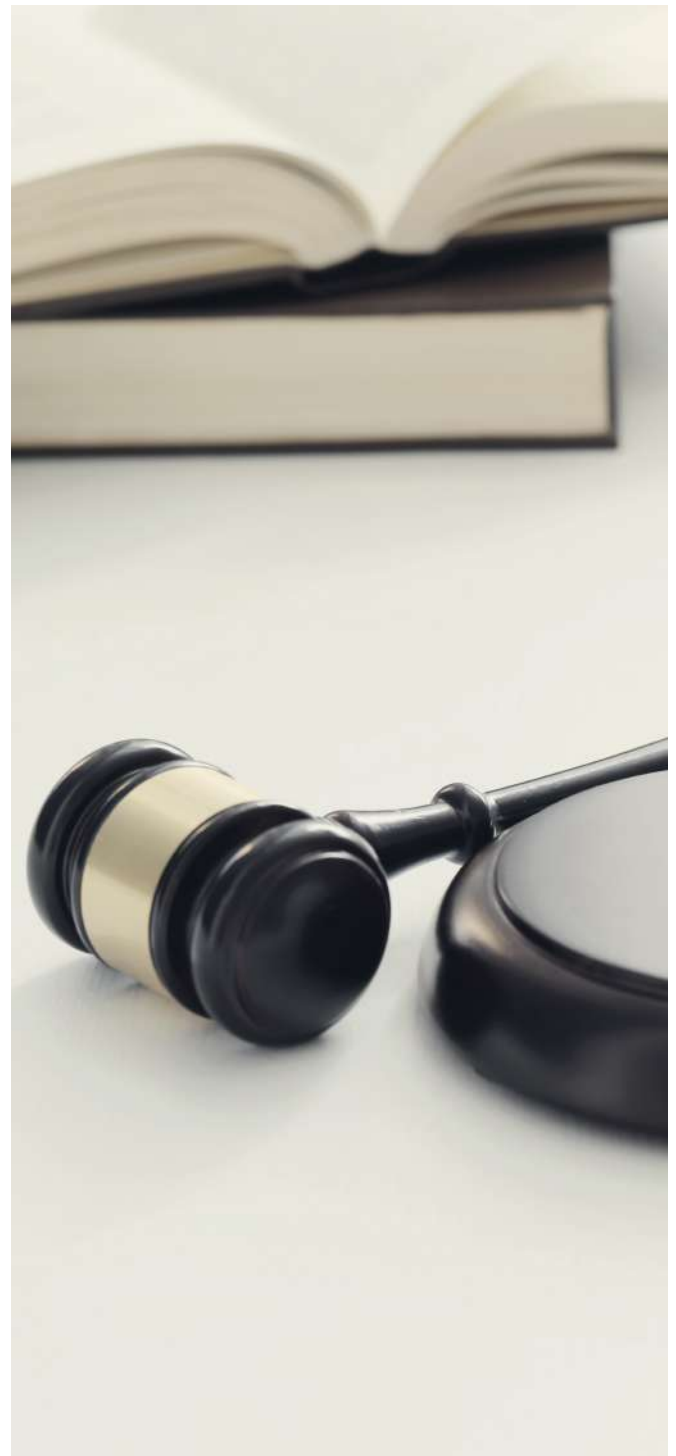
Personalmente no conozco (ni he visto) la cláusula arbitral perfecta. Por ello debemos tener sumo cuidado al momento de incluir una cláusula arbitral en el contrato principal, debemos saber qué tipo de contrato es, preguntarnos qué desean las partes, cuáles son sus intereses, qué es más conveniente para ellas. Solamente negociando el acuerdo arbitral y redactando en buen lenguaje, evitaremos conflictos en el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

¿Qué consejos y recomendaciones nos podría brindar a manera de conclusiones?

- El desarrollo de un buen arbitraje dependerá, principalmente, de la correcta redacción de la cláusula arbitral, así como de una adecuada elección de árbitros competentes y honestos.
- De la celebración de un acuerdo arbitral se desprenden dos (2) obligaciones: (a) una obligación de hacer, pues en caso surja alguna controversia, ambas partes deberán cumplir con lo pactado, esto es, deberán someter a arbitraje dicha controversia (también conocido como “efecto positivo” del convenio arbitral); y, (b) una obligación de no hacer, derivada de la renuncia a la jurisdicción de los tribunales judiciales para que no asuman competencia de la controversia sometida expresamente a la competencia de un tribunal arbitral (también conocido como “efecto negativo” del convenio arbitral).
- Las partes pueden pactar el convenio arbitral al momento de celebrar el contrato e insertarlo como una cláusula, o pueden celebrarlo con posterioridad como un acuerdo independiente; no siendo necesario, en ambos casos, que exista un conflicto previo entre las partes.
- El acuerdo arbitral es como un traje a la medida que responde a las medidas/intereses de las partes contratantes. En consecuencia, de la existencia de un bien pensado (y redactado) acuerdo arbitral dependerá en gran medida el normal desarrollo y el éxito del arbitraje.
- En el Perú, la Ley de Arbitraje ha optado por el principio del consensualismo para la celebración del convenio arbitral, en términos casi idénticos a los establecidos en la Ley Modelo de la CNUDMI.
- Una “cláusula arbitral patológica” es aquella que adolece de defectos que, en definitiva, van a constituir rémoras –cuando no dificultades mayores– en el procedimiento arbitral. En este sentido, es patológica la cláusula que posee un contenido ambiguo o de difícil comprensión, expresado en deficiencias de

de redacción o acuerdo de las partes y, debido a ello, impide que el procedimiento arbitral se desarrolle con normalidad.

- No existe la cláusula o convenio arbitral perfecta. Por ello debemos tener sumo cuidado al momento de incluir una cláusula arbitral en el contrato principal, debemos saber qué tipo de contrato es, preguntarnos qué desean las partes, cuáles son sus intereses, qué es más conveniente para ellas. Solamente negociando el acuerdo arbitral y redactando en buen lenguaje, evitaremos conflictos en el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.



RPDE

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Publicación declarada de interés nacional con opinión favorable de Ilustre Colegio de Abogados de Lima.
Resolución Ministerial No. 1147-ED.

FUNDADOR

Dr. Carlos Torres y Torres Lara †

DIRECTORA

Sylvia A. Torres Morales

EDITORES

Sylvia Torres Morales (Editora General) Christian Guzmán Arias (Sub- Editor)

CONSEJO EDITORIAL

Alonso Morales Acosta Carlos Torres Morales
Indira Navarro Palacios Rafael Torres Morales
Juan Carlos Benavente Teixeira

CONSEJO CONSULTIVO

Prof. Alberto Stewart Balbuena Prof. Lourdes Flores Nano
Prof. Fernando Vidal Ramírez Prof. Oswaldo Hundskopf Exebio
Prof. Hernando Montoya Alberti Prof. Ricardo Beaumont Callirgos
Prof. Mila Guillen Rísipa Prof. Ronald Cárdenas Krenz

EQUIPO EDITORIAL

Maria del Pilar Torres Morales Carmen Alfaro Ascón
Jackeline Vásquez Dávila Solanch Portales Alburqueque

Los artículos contenidos son de responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente la opinión de la **REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** o de sus patrocinadores.

LA REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA dedica cada volumen a un tema jurídico vinculado a la empresa. Está prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta revista sin autorización escrita de la dirección de la revista y de los autores.

© **Copyright. ASESORANDINA SRL**
Derechos Reservados. 1983.

Editorial: Asesorandina S.R.L. - **RUC:** 20101283071 - **Domicilio Legal:** Calle Cañón del Pato 103
(Cdra. 5 Av. Caminos del Inca) -Surco – Lima Código Postal 15038 - Perú

Año: 2021

Edición Digital.

Carátula y Diseño: Jackeline Vásquez Dávila

Compilador: Sylvia Torres Morales

ISSN No. 2788-4864

Código de Barras No.: 7758272000015

Año de la primera publicación: 1985

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú **No. 95-0110**

PEDIDOS: Calle Cañón del Pato 103 - (Cdra. 5 Av. Caminos del Inca) – Surco.
Central Teléf.: (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520 Web: www.asesor.com/rpde

A wooden gavel with a brass head and a dark wood handle, resting on a circular wooden sound block. The entire scene is set against a background of weathered, horizontal wooden planks.

**Se terminó de realizar la digitación y composición
en ASESORANDINA SRL
Jr. Cañon del Pato 103 Urb. Tambo de Monterrico .
Santiago de Surco
Lima - Perú
Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520
Email: publicaciones@asesor.com.pe**

**Revista de periodicidad anual
Febrero – Noviembre 2021**