



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La regulación del convenio arbitral y su implicancia en
la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Roger Pavletich VIDAL RAMOS

ASESOR

Dra. Jesús María Elena GUERRA CERRÓN DE MULLNER

Lima, Perú

2020



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Vidal, R. (2020). *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

Código ORCID del autor	Orcid.org/0000-0002-8827-1985
DNI o pasaporte del autor	41654520
Código ORCID del asesor	Orcid.org/0000-0002-4375-4262
DNI o pasaporte del asesor	
Grupo de investigación	“__”
Agencia financiadora	No existió financiamiento
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	Lince – Lima – Perú Coordenadas geográficas Avenida Militar, Lince, Perú Latitud: -12.079314 Longitud: -77.032113
Año o años que abarcó la investigación	2018 al 2020
Disciplinas OCDE	Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil veinte, siendo las quince horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dra. Jesús María Elena Guerra Cerrón, Dr. Ricardo Arturo Beaumont Callirgos, Dr. Hernando Montoya Alberti, Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio, y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Roger Pavletich VIDAL RAMOS**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: “LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y SU IMPLICANCIA EN LA INSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL PERÚ”.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado bueno con la calificación de dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Roger Pavletich VIDAL RAMOS**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las dieciséis horas con veinticinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal

Dra. Jesús María Elena GUERRA CERRÓN
Asesora
Profesora Asociada

Dr. Ricardo Arturo BEAUMONT CALLIRGOS
Jurado Informante
Profesor Invitado

Dr. Hernando MONTOYA ALBERTI
Miembro
Profesor Contratado

Dr. Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO
Jurado Informante
Profesor Invitado

Dedicatoria

A la memoria de mi amado padre Roger Vidal, maestro universitario y notable huanuqueño, por encaminar mis pasos en todo momento, junto a Filomena Ramos, maestra universitaria y madre abnegada.

A Indhira y Sheila, mis otras madres, quienes con sus consejos y apoyo incondicional generan fortaleza y serenidad en los diversos momentos de la vida personal y profesional.

A don Raúl Vidal, con 95 años, ejemplo de integridad y entrega por su pequeña patria (Arancay) y Huánuco.

Agradecimientos

A la doctora María Elena Guerra Cerrón, quien con sus constantes comentarios y aportes siempre encaminó nuestra investigación, ahora por segunda oportunidad, formadora de maestros en la decana San Marcos.

A José Antonio Beraún, por su amistad y el café legal que generó la tesis.

A Hany Romani, Mario Castillo, Pascual Alferillo, Fernando Márquez, Gastón Fernández, Thiago Rodvalho Juan Miguel Rojas, Guillermo Chang, José Luis Mandujano, Esteban Alva, Elizabeth Hernández, Víctor Montalvo, Alan Berrospi, Luis Ames, Héctor Inga, Milo Ruiz y José Rodolfo Espinoza, profesores, colegas y amigos, quienes en el ámbito académico, profesional y personal en diferentes momentos motivaron la investigación, discusión y la conclusión de la tesis.

A las familias Vidal Roldán y Ramos Chávez, fuente de ejemplo e identidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación problemática.....	4
ii. Formulación del problema.....	8
ii.a. Problema principal.....	9
ii.b. Problema secundario.....	10
iii. Objetivos.....	11
iii.a. Objetivo general.....	11
iii.b. Objetivos específicos.....	11
iv. Metodología aplicada.....	12

CAPÍTULO 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1. Antecedentes de la investigación.....	13
1.2. Estado actual de la doctrina que aborda el arbitraje y la regulación del convenio arbitral.....	20
1.2.1. Teorías de la naturaleza jurídica del arbitraje.....	20
1.2.1.1. Antecedentes.....	20
1.2.1.2. Teorías del arbitraje.....	25
1.2.2. Naturaleza jurídica de la función del árbitro.....	34
1.2.2.1. Aceptación.....	35
1.2.2.2. Imparcialidad.....	37
1.2.2.3. Independencia.....	39
1.2.2.4. Confidencialidad.....	40
1.2.2.5. <i>Intuito personae</i>	44
1.2.2.6. Obligaciones del árbitro.....	47
1.2.3. Principios del arbitraje comercial.....	52
1.2.3.1. Autonomía privada.....	52
1.2.3.2. Buena fe.....	59
1.2.3.3. <i>Pacta sunt servanda</i>	66
1.2.3.4. Interpretación.....	72

1.2.3.5. <i>Kompetenz-kompetenz</i>	77
1.2.3.6. Derecho a objetar.....	86
1.2.3.7. Separabilidad del convenio arbitral.....	90
1.2.3.8. Confidencialidad.....	99
1.2.4. Convenio arbitral.....	104
1.2.4.1. El principio de autonomía privada.....	104
1.2.4.2. Naturaleza jurídica del convenio arbitral.....	110
1.2.4.3. Regulación del convenio en la Ley de Arbitraje.....	112
1.2.4.4. Modelo UNCITRAL.....	114
1.2.4.5. Elementos del convenio.....	114
1.2.4.6. Nulidad virtual.....	132
1.2.4.7. Convenios patológicos.....	134
1.2.4.8. Teorías de los actos propios con efectos arbitrales.....	139
1.2.4.9. Materias arbitrables.....	142
1.2.4.10. Vigencia del convenio.....	147
1.2.4.11. Convenio arbitral: <i>ad probationem</i> y <i>ad solemnitatem</i>	150
1.2.4.12. Extensión del convenio y la parte no signataria.....	156
1.2.4.13. Acuerdos del convenio.....	166
1.3. Criterios judiciales y arbitrales respecto a los convenios arbitrales inexistentes.....	190

CAPÍTULO 2. PROPUESTA DE REFORMA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA

2.1. Análisis e interpretación de la información.....	203
2.1.1. Entre la flexibilidad y la formalidad.....	203
2.1.2. Declinatoria de competencia ante inexistencia del convenio arbitral.....	211
2.1.3. Los costos de transacción.....	213
2.1.4. Externalidades del convenio arbitral.....	218
2.2. Presentación de propuesta de solución al problema.....	226
2.2.1. Propuesta legislativa.....	228

CAPÍTULO 3. CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta.....	233
--------------------------------------------------------------	-----

3.2. Beneficios que aporta la propuesta.....	234
CONCLUSIONES.....	235
RECOMENDACIONES.....	237
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	238

INTRODUCCIÓN

El arbitraje en nuestro país en los últimos años ha enfrentado ciertos cuestionamientos en cuanto a su óptima función como medio de solución de conflictos célere y confiable, por lo que concierne a la academia peruana poner en debate aquellos puntos que signifiquen un perjuicio a la fiabilidad y solidez de la institución arbitral en el sistema jurídico del Estado peruano.

El artículo 13 de la legislación arbitral nacional que regula el arbitraje se encuentra inspirado en el Modelo contractual UNCITRAL¹ de las Naciones Unidas bajo el principio de libertad de regulación, que se evidencia en forma más precisa en el inciso 3, que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, ya que permite la posibilidad de interpretar la aceptación tácita del convenio que se podría presentar como incentivo –de acuerdo a nuestro contexto– para iniciar arbitrajes fraudulentos sobre la base de una falsa y forzosa aplicación del *kompetenz-kompetenz* que se podría extender a la nociva práctica de algunos árbitros y centros de arbitraje.

En la presente tesis abordamos en el capítulo I las distintas teorías expuestas respecto a la naturaleza del arbitraje y brindamos nuestra posición. Asimismo, exponemos los elementos que conciernen a la característica jurídica de la función arbitral, con énfasis en analizar los derechos y obligaciones del árbitro.

¹ The United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, en español).

Establecemos la distinción que existe entre un arbitraje gestionado por una institución arbitral y la modalidad *ad hoc*, y complementamos efectuando un bosquejo de los principios del arbitraje comercial: autonomía privada, buena fe, *pacta sunt servanda*, interpretación, *kompetenz-kompetenz*, el derecho a objetar, la separabilidad y la confidencialidad.

De forma amplia exponemos las diversas instituciones del convenio arbitral partiendo del principio de autonomía y la naturaleza jurídica y de las obligaciones que se derivan del pacto arbitral.

Un tema esencial que se analiza es lo pertinente a la regulación de la Ley de Arbitraje peruana y en el Modelo UNCITRAL, así como los elementos del convenio arbitral, la nulidad del mismo, los convenios patológicos, la teoría de los actos propios y su aplicación en el arbitraje, y las materias arbitrables. También la vigencia del convenio, la distinción entre convenios arbitrales *ad probationem* y *ad solemnitatem*, la extensión del convenio y la parte no signataria, y los acuerdos producidos a raíz de un convenio arbitral.

En el capítulo II se ubica la propuesta de reforma sustentada respecto a una modificación complementaria a lo establecido en la regulación del convenio arbitral en la legislación peruana, tomando como pauta las incidencias respecto de la flexibilidad y la formalidad del convenio arbitral, los costos de transacción que nos genera el surgimiento de estas anomalías, las respectivas externalidades negativas consecuencia de una regulación muy flexible y sus desventajas en forma conjunta que se encuentran encaminadas a institucionalizar el arbitraje comercial respecto a las propuestas de modificación del convenio arbitral en sede nacional.

De esta forma en el capítulo III indicamos las consecuencias de la implementación, los beneficios de nuestra propuesta y arribamos a las conclusiones con la finalidad de institucionalizar la regulación del convenio arbitral y las implicancias de la institucionalidad del arbitraje comercial con la modificación del Decreto Legislativo N° 1071 (ley arbitral peruana)

respecto a los convenios flexibles o tácitos, además brindamos recomendaciones y una modesta bibliografía con la que se forjó la presente investigación doctoral.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación problemática

Desde que se promulgó en el año 2008 el Decreto Legislativo N° 1071 (la ley arbitral peruana) hasta el presente han transcurrido aproximadamente doce años y se distingue un enorme crecimiento de investigaciones efectuadas por universidades, centros de arbitraje, instituciones académicas y estudios de abogados respecto a la jurisdicción arbitral entre las cuales se destacan: la figura de la parte no signataria, los terceros ajenos al arbitraje, los convenios patológicos, la ejecución de laudo y las buenas prácticas arbitrales.

Sin embargo, no toda la experiencia arbitral peruana ha resultado positiva; conforme al amplio auge del ejercicio arbitral, con cierta vulnerabilidad por la flexibilidad del convenio arbitral y acompañados de algunos malos operadores han surgido diversos supuestos de arbitrajes fraudulentos derivados de la imposición de un inexistente convenio arbitral, supuestos que representan parte esencial de nuestra investigación.

La primera aproximación con el presente tema de investigación data de un trabajo de nuestra autoría, publicado en el periodo 2011 bajo el título "Alcances generales respecto del convenio arbitral", publicado en el *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil* del periodo 2011, ensayo en el cual se reflexiona respecto a la necesidad de interpretar la teoría del acto jurídico con el propósito de establecer los elementos constitutivos del acuerdo arbitral a fin de generar una adecuada

interpretación y que las partes obtengan los resultados más beneficiosos de un pacto arbitral diseñado acorde con sus necesidades.

La inquietud de nuestra investigación cobra mayor interés en el momento que la sociedad peruana logró conocer los actos delictivos de la organización criminal Mafia Orellana, la cual operó mediante la conformación de arbitrajes fraudulentos, donde los titulares de derechos patrimoniales, en la mayoría de casos, en ningún momento suscribieron contratos y, en consecuencia, convenios arbitrales. Recordemos que el convenio arbitral, conforme a nuestra ley arbitral, en algunas oportunidades carece de formalidades y podría interpretarse que los convenios verbales u electrónicos tácitos generan la eficacia jurídica o ciertas conductas que podrían erróneamente entenderse como la convalidación del pacto arbitral. Tampoco se podría interpretar, bajo ningún criterio, que el no ejercicio del derecho de objeción permita habilitar la aceptación de un arbitraje fraudulento.

La Mafia Orellana y otros malos operadores arbitrales se aprovecharon de una incorrecta interpretación negativa del principio de flexibilidad del arbitraje, generando procesos arbitrales fraudulentos, sin la preexistencia de convenios arbitrales, lo cual trajo consigo la vulneración de los derechos de propiedad de numerosas personas naturales y jurídicas, y extendió sus tentáculos a los abogados, árbitros, notarios y funcionarios de Registros Públicos.

Sin temor afirmamos que la principal razón que nos motiva a realizar la presente investigación doctoral se encuentra sustentada en una experiencia profesional en la que asumimos la defensa arbitral de una universidad privada contra un exalumno.

En el caso Universidad vs. R. M. V., el exalumno, sin agotar la vía regular de su reclamo (INDECOPI² / contencioso administrativo) ingresó una petición de arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje del Colegio Nacional de Conciliadores Extrajudiciales del Perú; en el procedimiento tampoco se efectuó una adecuada designación del árbitro. De forma arbitraria se inició el arbitraje con la audiencia de instalación y haciendo caso omiso al recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral (con lo cual se dejó constancia del ejercicio del derecho de objeción), y con total desfachatez, en las posteriores semanas al inicio del arbitraje fraudulento se ordenó el embargo de S/ 150 000 (ciento cincuenta mil soles) de la cuenta bancaria de la universidad sin que exista convenio arbitral ni institucional y menos pacto de designación de árbitro único.

El grave perjuicio económico y moral causado a la universidad por un agente interno (alumno), con el cual se mantuvo una relación por el servicio educativo, y por agentes externos (árbitro y centro de arbitraje), con quienes no existió ningún tipo de relación contractual o procesal derivada del pacto arbitral pone en evidencia la alta vulnerabilidad del sistema arbitral peruano por la incorrecta aplicación y extensión del convenio arbitral inexistente y tácito.

La práctica del litigio arbitral ha mantenido un impacto significativo en las transacciones comerciales y en los contratos públicos en los últimos veinte años en nuestro país. Las cláusulas arbitrales han sido incorporadas en los contratos más importantes en diversos sectores económicos e industriales, privados y públicos, y sin embargo el Estado ha optado por apostar por la justicia arbitral en sus diversas modalidades de contratación: contratos de concesión, obras por impuestos, asociaciones público privadas, expropiaciones, contratos ley y conforme al marco de la Ley de Contrataciones del Estado, con lo cual se ha logrado ubicar al Perú como el país de la región que más práctica arbitral despliega y con un crecimiento

² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

enorme en casos arbitrales, árbitros, abogados y, en general, en el mercado legal en toda su extensión.

Rubio afirma que: “Los agentes económicos han percibido las ventajas comparativas que ofrece un arbitraje, frente a un proceso judicial, y el sistema se ha venido consolidando con una nueva ley de arbitraje, con decisiones judiciales favorables al arbitraje y con mejores prácticas en las instituciones arbitrales. El arbitraje es, sin lugar a dudas, parte de la cultura legal y empresarial de nuestro país”.³

Coincidimos con Rubio y, desde nuestra perspectiva, este desarrollo notable del arbitraje mantiene una incidencia en el creciente mercado del servicio arbitral que se refleja en la regular contratación de árbitros, abogados, peritos, secretarios y centros de arbitraje que permite que el servicio arbitral pueda brindarse de manera especializada y personalizada.

Las más importantes firmas de abogados del Perú, si desean conservar y aplicar un alto estándar de competencia, deberán de implementar o innovar sus áreas especializadas en litigios arbitrales. Asimismo, esta competencia en el mercado arbitral ha permitido el crecimiento de *boutiques* o abogados/árbitros que con un equipo (de dos a cinco integrantes) permiten brindar el mismo servicio de calidad y eficiencia que el ofertado por las firmas más prestigiosas de abogados nacionales e internacionales instauradas en el Perú.

No menos importante resulta resaltar que los honorarios de los árbitros, abogados defensores, peritos, secretarios y centros de arbitraje son muy costosos,⁴ y que conforme a los reglamentos y a la práctica arbitral se fijan

³ RUBIO GUERRERO, Roger. “Los desafíos del arbitraje en el Perú” (entrevista). En *Ius et Praxis*, n. 44 (2013), p. 254.

⁴ Los arbitrajes más económicos son los que se encuentran regulados por el centro arbitraje Arbitraje Perú, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; por el centro de arbitraje de CECONAR-SUSALUD; y los arbitrajes de consumo ante INDECOPI (que se deberá de implementar en los próximos meses).

por un porcentaje de la controversia, siendo los criterios de costo-beneficio y de expectativa de éxito del futuro arbitraje los que deben de ser de pleno conocimiento de las partes contratantes que eventualmente podrían acceder a la justicia arbitral.

Durante estos doce años de vigencia de la Ley de Arbitraje peruana, hasta donde tenemos conocimiento, no han publicado investigaciones o libros que aborden la importancia de brindar un mecanismo de protección del convenio arbitral ante actos fraudulentos a fin de revestir la institucionalidad del arbitraje, partiendo de que todo proceso arbitral como acto libre, autónomo y privado nace de un acuerdo formal (nuestra posición). Una forma de institucionalizar el arbitraje es por intermedio de una modificatoria a la ley arbitral peruana, la cual consiste en mejorar la actual estipulación del convenio arbitral y que será abordada en amplitud en el capítulo II sobre la reforma a Ley de Arbitraje peruana, de acuerdo con lo planteado en la tesis.

ii. Formulación del problema

Bajo el criterio de la buena fe y flexibilidad de los efectos del convenio arbitral cualquier árbitro, abogado o contratante diligente deberá siempre optar por aceptar la formalidad por escrito o, en su defecto, los diversos supuestos de aceptaciones legales del pacto arbitral; sin embargo, donde nace la incertidumbre y se abre la puerta del cielo o el infierno para algunos operadores de la justicia arbitral (contratantes, abogados, árbitros y centros de arbitraje) es en el inicio de arbitrajes forzados y con ello incorporados “al litigio del terror”, bajo la incorrecta interpretación nociva del convenio arbitral tácito y aceptar por formalidad “ciertas conductas del contenido en su forma”, supuestos que indefectiblemente requieren la confirmación y respuesta de la voluntad arbitral.

Empero, conforme a los diversos casos arbitrales y judiciales que serán expuestos, se evidencia la forma fraudulenta del inicio de procesos arbitrales bajo una inadecuada e ilegal aplicación del convenio arbitral tácito

y flexible, lo cual demuestra una evidente vulneración de los derechos patrimoniales y procesales de las personas naturales, incluso de las jurídicas de derecho público y privado. Con el ánimo de fortalecer la justicia arbitral y proteger a la sociedad es inevitable complementar la protección del pacto arbitral en la legislación nacional y revestir con un blindaje de celeridad el trámite del recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral conforme a la propuesta planteada en la presente tesis.

ii.a. Problema principal

El convenio arbitral comercial está regulado conforme a los alcances del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirada en el modelo UNCITRAL, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, en forma más precisa en el inciso 3,⁵ supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que permite que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades impuestas por las partes y el Código Civil. Una clara distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem* fueron las prácticas de la Mafia Orellana y algunos centros de arbitraje, en los cuales operadores arbitrales con aprobación verbal, incorrecta aplicación de los medios electrónicos y sin preexistencia del convenio arbitral (*ad hoc* o institucional), otorgaban y forzaban la aplicación de un *kompetenz-kompetenz* a fin de iniciar un litigio arbitral.

Este tipo de regulación genera incentivos negativos para los agentes contratantes e incentivos positivos para los pseudoárbitros y agentes fraudulentos como, por ejemplo:

a) Arbitrajes fraudulentos.

⁵ Conforme al Decreto Legislativo que regula el arbitraje, dar lectura del artículo 13 y el inciso 3. “Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje **o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio**”.

b) Vulneración de principios *pacta sunt servanda*.

c) Imposición de la justicia arbitral *ad hoc* e institucional.

En ese contexto es fundamental hacernos la siguiente interrogante:

- ¿En qué consiste la regulación *ad probationem* del convenio arbitral comercial en el sistema peruano y cuáles son los efectos negativos en la institucionalidad del arbitraje?

ii.b. Problema secundario

La regulación *ad probationem* del convenio arbitral comercial afecta directamente a la institucionalidad del arbitraje en el Perú, lo cual pone en riesgo el principio de autonomía privada esencial en la justicia arbitral y con ello los altos estándares de justicia alcanzados por el arbitraje dentro del desarrollo económico del Perú.

En ese sentido, es fundamental para nosotros formularnos las siguientes interrogantes:

- ¿La regulación del convenio arbitral *ad probationem* estaría generando el quebrantamiento del principio de seguridad jurídica?
- ¿Algunos centros de arbitraje estarían forzando la aplicación de su competencia ante la inexistencia de convenio arbitral institucional?
- ¿Los arbitrajes fraudulentos quebrantan el principio de buena fe contractual?
- ¿Existen efectos negativos y perjuicios en la institucionalidad del arbitraje debido a la regulación del convenio *ad probationem* en la ley arbitral peruana?

- ¿Los contratantes del servicio de justicia arbitral enfrentan perjuicios económicos debido a la regulación *ad probationem* del convenio arbitral?
- ¿Cuál es la tendencia de los fallos emitidos por las salas comerciales y/o salas civiles del Poder Judicial respecto a los recursos de anulación de laudo por causal de inexistencia del convenio arbitral?

iii. Objetivos

iii.a. Objetivo general

Estudiar la regulación y los aspectos vulnerables del convenio arbitral, con énfasis a la necesidad de alcanzar una mejor institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú.

iii.b. Objetivos específicos

- Determinar los principios que fundamentan el arbitraje comercial.
- Identificar los supuestos de afectación al convenio arbitral.
- Analizar diversas sentencias de anulación de laudo respecto a la inexistencia de convenio arbitral.
- Analizar los diversos estudios teóricos y normativos en sede nacional e internacional respecto a los alcances del convenio y práctica arbitral.
- Identificar las instituciones jurídicas que brinden una protección del convenio en vía arbitral y judicial.

iv. Metodología aplicada

El método utilizado es dogmático, empírico y deductivo, ya que se efectuará un análisis de las normas jurídicas reguladas en el Decreto Legislativo N° 1071, la ley arbitral nacional, de los casos llevados a raíz del ejercicio profesional y de los criterios establecidos en los fallos emitidos por las salas comerciales y civiles respecto a las anulaciones de laudo. El tipo de investigación es dogmática y empírica.

Siendo el método dogmático nos hemos encargado de estudiar las instituciones jurídicas doctrinarias de un modo abstracto y teórico, con una verificación de su aplicación en la realidad, a través de una compilación de casos arbitrales y judiciales hemos verificado las implicancias de la regulación vigente del convenio en la práctica arbitral.

El diseño de la presente investigación doctoral es de carácter jurídico, para tal efecto se logró obtener como fuentes de investigación: legislación, doctrina, jurisprudencia nacional y fuentes internacionales.

A fin de obtener opiniones y cotejar posiciones efectuaron entrevistas e intercambios de opiniones con diferentes profesores, árbitros y magistrados de alta experiencia en la práctica del arbitraje comercial y arbitraje en las contrataciones estatales, tanto en los fueros académicos como en el ejercicio arbitral.

El nivel de investigación es exploratorio, nuestro ámbito de profundidad se encuentra en la ley arbitral y los fallos emitidos por las salas civiles y comerciales, lo cual se complementa con el estudio y la interpretación de tratados, libros, artículos y conferencias de Derecho Arbitral de autores internacionales y nacionales.

CAPÍTULO 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1. Antecedentes de la investigación

Dentro del contexto nacional e internacional diversos autores hacen referencia a los alcances y las implicancias del convenio arbitral, los cuales, de manera general, reseñamos:

- Irene Zegarra, secretaria arbitral y abogada egresada por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en su libro titulado *La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú*, efectúa un análisis de las formalidades del acuerdo arbitral en los instrumentos internacionales de New York y Panamá, los cuales inspiraron a los legisladores de la ley arbitral peruana: “Así, en primer lugar, la Ley Modelo de la CNUDMI de 1996 sobre el comercio electrónico define el equivalente funcional a la forma escrita y a la firma. En segundo lugar, la Convención de las Naciones Unidas del 2005 sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales reconoce la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas y prescinde de formas determinadas para la prueba de los contratos”.⁶
- En opinión del profesor Barchi: “Si bien las partes del convenio arbitral crean una relación jurídica, no crean una relación obligatoria [...] La

⁶ ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA, Irene. *La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú*, vol. 34. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre / Thomson Reuters, 2015, p. 179.

relación jurídica designa la vinculación entre dos complejos centros de interés; vale decir, la relación entre dos situaciones jurídicas. La situación jurídica es un centro de imputación de derechos y deberes, atribuidos por el ordenamiento legal, cuya titularidad corresponde a uno o más sujetos de derecho”.⁷

- La profesora española Pilar Perales,⁸ en el 2007 (un año antes de la ley peruana), efectúa algunas reflexiones en un ensayo jurídico publicado por la revista *Athina*, de estudiantes de la Universidad de Lima, en el que afirma que para los intérpretes y operadores jurídicos “la nueva redacción da al escrito el carácter de mera exigencia *ad probationem* del convenio arbitral”.
- Para María Arias,⁹ abogada de la Corte Española de Arbitraje de Madrid, el requisito de forma escrita está consagrado tanto en los tratados internacionales como en el Derecho interno. La Convención de Nueva York solo contempla el reconocimiento y la ejecución del acuerdo arbitral en aquellos casos en los que conste por escrito.

⁷ BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071”. En *Ius et Praxis*, n. 44 (2013), p. 92. En este orden, desde el Derecho de Obligaciones, el profesor Barchi establece: “Las situaciones jurídicas se clasifican en activas y pasivas. La situación jurídica activa es apta para asegurar al titular la obtención de un resultado favorable, es decir, la satisfacción de un interés; y la pasiva es la que sirve de instrumento para la realización de la situación activa. La relación obligatoria supone la relación entre un derecho de crédito (derecho subjetivo) y una obligación”.

⁸ PERALES VISCASILLAS, Pilar. “¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI”. En *Athina*, n. 3, a. 2 (2007), pp. 205-213.

⁹ ARIAS, María. “El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez forma”. En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Arbitraje: el convenio arbitral*, vol. 62. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, p. 112. La Ley Modelo también parte del mismo principio de constancia escrita, habiéndose trasladado el mismo, a su vez, a todas las leyes nacionales que han seguido la Ley Modelo, incluida la Ley española de 2003. “La misma exigencia se recoge tanto en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, como en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en la ciudad de Panamá, en enero de 1975”.

- Conforme a la doctrina chilena, la profesora Vásquez Palma sostiene: “[...] que la obligación que el acuerdo arbitral figure por escrito ha planteado numerosos problemas en la práctica del arbitraje comercial internacional, al punto que la CNUDMI ha incluido en su plan de trabajo, con carácter prioritario, la eliminación de este requisito de forma, o la flexibilización del mismo”.¹⁰

Siguiendo con Vásquez Palma,¹¹ en esta misma línea expresa las siguientes reflexiones:

- Actualmente se ha aprobado una revisión del citado precepto que consagra una doble opción en cuanto a la forma del convenio, la primera obvia cualquier mención al requisito de la escritura, y la segunda asume la exigencia de forma escrita al tenor de la nueva realidad tecnológica.
- Para ello se toma en consideración que la forma escrita no va de la mano de la praxis internacional y la realidad legislativa de varios países, en algunos de los cuales ya no se requiere que el acuerdo arbitral conste por escrito y en otros la definición es tan amplia que prácticamente el requisito ya no se emplea.
- Además, este requerimiento puede llegar a ser contraproducente ya que puede frustrar las legítimas expectativas de las partes y no se justifica si se considera que lo decisivo para la existencia del arbitraje es la voluntad de estas en la sumisión a un arbitraje.
- Tampoco se puede ignorar los avances del desarrollo tecnológico en donde podrían quedar registradas las manifestaciones de voluntad de las partes o el contenido del convenio sin necesidad de escrituración,

¹⁰ VÁSQUEZ PALMA, María. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, pp. 369-370.

¹¹ *Ibíd.*

como, por ejemplo, a través del audio, que tendrá, para efectos prácticos, idéntico valor que si estuviera por escrito.

- Finalmente, debe considerarse que la exigencia de la escrituración en muchos casos es soslayada en pos de la auténtica voluntad de las partes y en ningún caso implicará que deba firmarse por las partes, a menos que así se disponga expresamente, sin perjuicio que esta última se convierta en un valioso instrumento probatorio.
- Gallucio y Mori¹², establecieron: “En los últimos tiempos la formalidad escrita del convenio se ha venido relativizando y se han ido aceptando distintas figuras de convenio arbitral no necesariamente escritas legalmente asemejadas a ello. Esta flexibilización estaría acorde con los negocios y contratos modernos en los que una interpretación literal del requisito de escritura del convenio arbitral resultaba contraria a las prácticas y usos de comercio”.
- En una crítica Lorca Navarrete menciona: “No es de extrañar que se muestre una importante tendencia a aligerar de requisitos formales el convenio arbitral, lo que ha permitido que, en determinados ámbitos del arbitraje, se concilie la seguridad jurídica con la rapidez y masificación de las transacciones comerciales. Se origina, de este modo, un cambio de criterio en la conceptualización ‘formalista’ del origen negocial del arbitraje inédito a pesar de existir una apariencia, no puede afirmarse rotundamente que se ha procedido a una desformalización o exigencia de un menor formalismo para el convenio arbitral”.¹³
- Para muchos autores como Mario Castillo y Roger Vidal, la formalidad estricta del convenio arbitral es la que debe primar a fin de generar

¹² GALLUCIO, Giuseppe y MORI, Pablo. *Arbitraje comercial: la extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades*. Lima: Ediciones Legales, 2012, pp. 66-72.

¹³ LORCA NAVARRETE, Antonio. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 56.

menores incentivos de posibles inicios de arbitrajes fraudulentos por la inexistencia del convenio arbitral; mientras que profesores como Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias, quienes a su vez participaron de la comisión de redacción de la ley arbitral peruana, prefieren mantener el principio de flexibilidad, rechazando las excesivas formalidades que podrían distorsionar los principios del modelo UNCITRAL y dejar que estos supuestos de arbitraje fraudulento puedan ser cuestionados vía recurso de anulación de laudo ante la justicia ordinaria.

- Es importante resaltar que la Ley de Arbitraje de Colombia¹⁴ permite que el compromiso podrá constar en cualquier documento. Es una redacción bastante ambigua puesto que documento pueden ser muchas cosas, pero sin hacer mayores esfuerzos la intención del legislador es la de exigir que el acuerdo arbitral se formalice expresamente por escrito y ello se complementa con el alcance del artículo 20 cuando exige que la demanda arbitral debe presentarse acompañada del pacto arbitral,¹⁵ exigiendo la carga de la prueba al demandante.
- De acuerdo con Azar, Gómez y Ortega: “En México, la forma del acuerdo arbitral es un aspecto fundamental para la existencia de la figura del arbitraje ya que de esta depende la facilidad con que se pueda acceder a dicho mecanismo, y la manera en que una parte podrá evidenciar que la otra había aceptado someterse al arbitraje”.¹⁶
- El precepto de la Ley Modelo de la cual fue adoptada esta disposición (artículo 7) tiene su origen en el apartado II.2 de la Convención de Nueva York que establece reglas esenciales relacionadas a su validez formal del pacto de arbitraje. La Convención de Nueva York fue el primer instrumento en dotar a la expresión por escrito de un significado

¹⁴ Artículo 6 de la Ley N° 1563 de 2012.

¹⁵ VIDAL RAMOS, Roger. “Alcances de la ejecución del laudo en sede arbitral y judicial”. En *Actualidad Civil*, n. 39 (septiembre 2017), pp. 304-305.

¹⁶ AZAR MANZUR, Cecilia; GÓMEZ RUANO, Sofia y ORTEGA LÓPEZ, Elsa. *Ley mexicana de arbitraje en materia comercial. Análisis y comentarios*. México D. F.: Themis, 2009, p. 44.

uniforme. La Ley Modelo, por su parte, buscó que haya una aplicación uniforme a nivel internacional sobre la forma que debía reunir el acuerdo arbitral. Dentro de los aspectos que los redactores de la Ley Modelo tomaron en cuenta estuvo el que la mayoría de los países requería que el acuerdo arbitral fuera por escrito y que en aquellos países en los que se permitía que el acuerdo fuera verbal esa forma era poco utilizada por razones de probanza. Consecuentemente, decidieron que el acuerdo de arbitraje debía estar establecido por escrito y establecieron cuatro formas: a) firmado (tradicional); b) intercambio de cartas, télex o telegramas; c) permuta de demanda y contestación; y d) referencia del acuerdo en otro documento.¹⁷

En México cabe señalar que la tendencia a la liberación de formas en el arbitraje continúa, todo esto inspirado en el modelo de la UNCITRAL (ya en tiempos precedentes se optó por eliminar el requisito por escrito de la celebración del acuerdo arbitral), pauta que está reflejado en las modificaciones del Reglamento de Arbitraje de la CANACO.^{18 19}

El estatuto mexicano de la CANACO, establece la siguiente pauta: “Artículo 1.- Cuando las partes hayan acordado que sus controversias derivadas de una relación contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México o utilicen expresiones que denoten su intención de someterse a este Reglamento, tales controversias se resolverán de conformidad con el presente Reglamento de Arbitraje, sin perjuicio de las modificaciones que las partes pudieran acordar”.

Por su parte, la norma que rige las contrataciones internacionales, la Ley Modelo de la CNUDMI, en su numeral 7, mantiene la postura de la necesidad por escrito del acuerdo o cualquier forma, dejando a su vez la

¹⁷ Ibíd.

¹⁸ Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de la Ciudad de México.

¹⁹ MANZUR, RUANO y LÓPEZ. *Ley mexicana de arbitraje en materia comercial*, p. 46.

posibilidad de la concertación verbal mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Esta posibilidad de permitir ciertos actos u otros medios debería ser interpretada conforme a la teoría de los actos propios.

Los importantes logros y el alto prestigio del arbitraje peruano a nivel internacional en la práctica arbitral desde el 2008 a la fecha vienen siendo perjudicados por la presencia de algunos supuestos que afectan la institucionalidad del arbitraje, entre los cuales señalamos:

- Litigantes, tanto personas naturales como jurídicas, quienes con o sin asesoría legal tienen pleno conocimiento de los alcances de convenios arbitrales inexistentes y deciden reclamar derechos patrimoniales bajo conductas fraudulentas.
- Maliciosos abogados, sabiendo de la inexistencia del convenio arbitral, inician un arbitraje con o sin conocimiento de sus patrocinados de las implicancias y responsabilidades legales.
- Maliciosos árbitros, quienes sin la verificación de la preexistencia del convenio arbitral deciden tramitar, instalar y laudar con una incorrecta interpretación del principio *kompetenz-kompetenz*.
- Centros de arbitraje, entidades que sin contar con la competencia arbitral institucional y sin deliberación de los consejos o comités consultivos (entes rectores en los centros de arbitraje) otorgan trámites a procesos arbitrales fraudulentos.

Es importante establecer como diagnóstico las principales instituciones del Derecho Arbitral que se están vulnerando por la mala praxis de litigantes, abogados, árbitros y centros de arbitraje, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- El principio de fuerza obligatoria

- La buena fe contractual
- El derecho de la designación de árbitro de parte
- El derecho de elección del centro de arbitraje

1.2. Estado actual de la doctrina que aborda el arbitraje y la regulación del convenio arbitral

1.2.1. Teorías de la naturaleza jurídica arbitral

1.2.1.1. Antecedentes. Para González de Cossío: “El arbitraje antecede a la jurisdicción estatal. Lo que es más, el arbitraje precede el nacimiento de la nación-Estado”.²⁰

Dentro de la formación de las primeras civilizaciones en diversos continentes, la administración de justicia mantenía un ejercicio exclusivo del estado o la clase dominante, lo cual no sucedió en épocas anteriores, donde el integrante más anciano, sabio, líder espiritual e, incluso, el más fuerte mantenía condiciones de juez o de tercero para dirimir controversias del grupo familiar o clan.

Siguiendo la línea de González de Cossío:

A finales del siglo XIX y a principios del siglo XX comenzó el desarrollo del arbitraje internacional moderno; sin embargo, una parte importante del mismo seguía basándose en legislaciones nacionales. La forma en que las jurisdicciones nacionales aproximaban y regulaban el arbitraje reflejaba diferentes concepciones y actitudes legislativas y judiciales de dicho mecanismo. Como resultado, el régimen internacional era dispar y, en ocasiones, frontalmente contradictorio. Inclusive, en ocasiones legislaciones y jueces estatales eran renuentes a reconocer que el mundo comercial

²⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004, p. 2.

*estaba utilizando el arbitraje en lugar de la jurisdicción estatal. Con frecuencia cortes estatales percibían al arbitraje como un rival.*²⁰

El panorama internacional ha cambiado radicalmente. En este aspecto González de Cossío sostiene: “Hoy por hoy existe una convergencia mundial tanto en la letra de la ley como en su aplicación sobre el contenido del Derecho Arbitral. Un resultado favorable de dicha convergencia ha sido un enriquecimiento legislativo y jurisprudencial mutuo de las experiencias y soluciones que diferentes legislaciones y judicaturas han adoptado en la aplicación de un mismo (sea uniforme o armónico) cuerpo normativo”.²¹

Del Águila afirma que: “Desde finales del siglo xx, luego de la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de su propia justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde **juces particulares**, a través de un laudo, resuelven una determinada controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial”.²²

Rodríguez y González, respecto al desarrollo del arbitraje en la historia, mencionan: “Muchas industrias han desarrollado normas especiales que reglamentan su actividad comercial, como es el caso de los diamantes, algodón, te, granos, cine y artes gráficas, entre por lo menos 50 industrias más. En estos casos, los comerciantes han desarrollado normas sustanciales propias, que reglamentan la actividad y que resultan aceptadas por todos los agentes que intervienen en esos mercados, sin importar su nacionalidad”.²³

²⁰ Ibíd.

²¹ Ibíd.

²² DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Arbitraje. Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 17.

²³ RODRÍGUEZ BRAVO, Sebastián y GONZÁLEZ MARIÑO, José. *Análisis económico del arbitraje comercial internacional. Su aplicación en el Derecho*

Siguiendo el criterio de Rodríguez y González: “Se debe de reconocer al arbitraje su rol de promotor de Derecho Comercial privado, pues estas reglas especiales de una industria, pasan a ser rectoras de los actos jurídicos gracias a la posibilidad de estipulación, de ley sustancial en el pacto arbitral. La ventaja de pactar esas reglas específicas de la industria se incrementa en la medida que árbitros especializados conocedores de esa industria pueden resolver los conflictos entre comerciantes, en un análisis del arbitraje desde una perspectiva económica”.²⁴

En la experiencia peruana, determinados gremios empresariales y profesionales han conformado sus centros de arbitraje y reglamentos, como el Colegio de Ingenieros del Perú, el Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo, la Cámara Peruana de la Construcción, el Colegio de Abogados de Lima y algunas universidades.

Consideramos que a raíz de la caída del muro de Berlín y de la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el modelo económico de libre mercado ha logrado ingresar en las principales economías (Unión Europea, China, algunas naciones árabes e, incluso, diversos bloques económicos: NAFTA,²⁵ MERCOSUR,²⁶ APEC²⁷ y Comunidad Andina de Naciones).

En consecuencia, se destaca que las prácticas comerciales internacionales y nacionales han incorporado la denominada justicia arbitral como requisito de seguridad jurídica a fin de mantener una estabilidad y proteger las inversiones.

Mercantil colombiano, trabajo de grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, p. 138.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ North American Free Trade Agreement (Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN, en español).

²⁶ Mercado Común del Sur.

²⁷ Asia-Pacific Economic Cooperation (Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico - FCEAP, en español).

Es importante destacar los aportes efectuados por la Organización Mundial del Comercio y las reglas UNCITRAL que en buena cuenta vienen estandarizando las reglas arbitrales en las diversas prácticas comerciales. En esta ola de desarrollo del arbitraje, el Estado peruano, en el 2008, conforme al Decreto Legislativo N° 1071 puso en vigencia una nueva ley de arbitraje que hasta la presente fecha mantiene un gran prestigio en la comunidad jurídica arbitral, nacional e internacional, por la incorporación de novedosas instituciones (no signatarios) y a lo largo de sus 78 artículos y disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y finales regulan flexibilidad, libertad, buena fe y altos estándares arbitrales.

Según Moreno Rodríguez: “Los principios UNIDROIT²⁸ consagran la libertad contractual o de vincularse o no por dicha vía y, en su caso, determinar el contenido de lo pactado. Gran parte de la normativa de los principios es dispositiva o supletoria, lo que significa que puede ser dejada de lado por voluntad de las partes, salvo determinadas reglas contrarias a conductas desleales o abusivas”.²⁹

Existe una amplia apertura hacia la aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional, sumado a ello la cuarta revolución industrial del internet y nuevas tecnologías traen consigo nuestros preceptos y retos en la contratación comercial y estatal.

La Convención de la ONU³⁰ para la venta internacional de Mercaderías, conocido como el Tratado de Viena, ha logrado estandarizar reglas contractuales y de interpretación entre los contratantes de los diversos estados donde se concibe que los contratos de compraventa no requieren mayores formalidades y prima la buena fe respecto a formalidades, entre las más destacadas se encuentran:

²⁸ Institut International pour L'unification du Droit Privé (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado).

²⁹ MORENO RODRÍGUEZ, José. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: Thomson Reuters - La Ley, 2013, p. 295.

³⁰ Organización de las Naciones Unidas.

- Conforme al artículo 11, existe una amplia libertad de forma: “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.

- En el artículo 14, inciso 1, se resalta la posibilidad de generar la vinculación de los actos jurídicos tácitos: “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”, sin dejar de interpretar el silencio, según el artículo 18, inciso 1: “Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación”.

- La Convención de Viena establece que el perfeccionamiento del contrato se genera con la aceptación de la oferta, conducta contractual regulada en el artículo 23: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

Continuando con los antecedentes legislativos del arbitraje Quiroga León afirma que: “Años después, a finales del siglo XX [...] El Código Civil de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año, derogando el Código Civil de 1936, trajo como novedad la referencia a la cláusula compromisoria arbitral, entre sus artículos 1906 y 1922 –dispuestos en su Título XI de la Sección Segunda, ‘Contratos nominados’, de su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones– y que fueron, posteriormente, derogados”.³¹ Dicha regulación trajo consigo serias críticas debido a la falta de reconocimiento jurisdiccional de la institución arbitral y el surgimiento de

³¹ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*, vol. 46. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, p. 102.

contradicciones en el uso supletorio del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

La promulgación de nuestra primera Ley de Arbitraje trajo consigo mejoras en la regulación, tal como afirma Quiroga León: “De este modo, dicha regulación superó y suprimió para siempre de nuestra legislación la antigua y clásica dicotomía entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral que, en verdad, poca aplicación y utilidad tuvo el tiempo de su vigencia de poco menos de nueve años”.³² Dicha ley solo mantuvo su vigencia durante tres años siendo reemplazada por la ley de arbitraje de 1996.

Considerando el alto crecimiento del Perú y su inserción en la economía global fue necesaria la reforma absoluta de la anterior ley arbitral peruana (1996), lo que se vio reflejado a partir el año 2008. Dentro de esta reforma se tuvo como finalidad adecuarnos a los estándares arbitrales internacionales, conforme a las directrices establecidas por las reglas contractuales del Modelo UNCITRAL, la Convención de Nueva York, el Tratado de Viena y por la suscripción del tratado de libre comercio con los Estado Unidos de Norte América. Como resultado del trabajo de diversos expertos nacionales e internacionales se logró promulgar el Decreto Legislativo N° 1071 (ley arbitral peruana), que generó importantes comentarios y diversos estudios en el ámbito arbitral internacional por sus aportes y altos estándares.

1.2.1.2. Teorías del arbitraje. El debate respecto a las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, desde la percepción procesal, contractual y mixta, han desarrollado postulados sólidos y, en otras ocasiones, sin mayor profundidad; sin embargo, el desarrollo del arbitraje peruano viene ampliando el debate respecto a la naturaleza consensual u obligatoria de la justicia arbitral, que se presenta en el arbitraje en contrataciones estatales que para un sector de la doctrina

³² Ibíd., p. 108.

representa un arbitraje forzoso y, por su adecuación a un procedimiento administrativo, con algunas características del litigio arbitral.³³

Para Quiroga León: “La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de un largo debate desde hace mucho. En nuestra opinión, esto se debe –en gran medida– a que se ha abordado la institución con desconocimiento fundamental de los aspectos básicos que aporta la ciencia del proceso [...]”.³⁴

Para el objetivo que nos convoca en la presente investigación trataremos tres teorías que abordan la esencia del arbitraje: a) teoría contractualista; b) teoría procesalista o jurisdiccionalista; y c) teoría mixta o híbrida.

Respecto a la primera teoría sostiene Quiroga León: “Que el arbitraje es un negocio jurídico que solo depende de la voluntad de los sujetos, de los negocios jurídicos cuyo contenido sea transaccional. De este modo, es posible consagrar como su base inicial una cláusula arbitral”.³⁵

El enfoque respecto de la segunda teoría planteada, Quiroga León nos dice: “Que los árbitros son unos verdaderos jueces, que ahí está el imperio del Estado a través de los particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia y que en esa condición fallan mediante sus laudos. Este es el enfoque jurídico jurisdiccional o procesal”.³⁶ Aportamos que la potestad de administrar justicia por los árbitros es transitoria y que culminará con la emisión del laudo, su renuncia, fallecimiento o una recusación fundada.

Finalmente, Quiroga León concluye con relación a la teoría ecléctica: “[...] reúne las dos características anteriores. Es decir, que el arbitraje nace del

³³ Los denominados arbitrajes administrativos se están extendiendo a otras modalidades como los arbitrajes de consumo y los de salud iniciados ante el Centro de Arbitraje de SUSALUD (Superintendencia Nacional de Salud).

³⁴ QUIROGA LEÓN. *La naturaleza procesal del arbitraje*, p. 79.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

conflicto, se perfecciona por la voluntad de las partes, tiene una regulación jurídica procesal reconocida por el Estado; en cuanto su inicio y realidad general, la incompetencia del Poder Judicial y su decisión final (laudo) es reconocida por el Estado con la autoridad de cosa juzgada, lo que impide que el Estado permita que nadie pueda controvertir lo así laudado en un ulterior proceso jurisdiccional".³⁷

En sede nacional es importante resaltar el precedente vinculante constitucional establecido por el caso Cantuarias, donde se efectúa un análisis doctrinario y normativo de la denominada jurisdicción arbitral, destacando los siguientes argumentos:³⁸

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo

³⁷ ARÉVALO REYES, Héctor. *Arbitraje. Arbitramento en derecho, en equidad, técnica, legal, institucional e independiente o ad-hoc*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012, p. 6.

³⁸ STC Exp. N° 06167-2005-PHC-TC, ff. jj. 11-12.

establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura ius publicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluidas autoridades administrativas y/o judiciales– destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Conforme a lo anteriormente expuesto, a nuestro criterio, resulta impertinente establecer que los tribunales arbitrales no mantienen jurisdicción. El arbitraje mantiene una jurisdicción constitucional, especial y temporal otorgada a los árbitros por las partes, quienes ejercerán plenamente su *kompetenz-kompetenz* desde la aceptación hasta la emisión del laudo, incluso a las resoluciones respecto a los recursos poslaudo y ante la ejecución del laudo en sede arbitral.

a) Teoría contractual

De acuerdo con el tratadista Rezzonico: "La libertad contractual, considerada por algunos autores como un ideal, forma parte de la autonomía privada, asentada esta, a su vez, en los principios de

autodeterminación y autorresponsabilidad. Esa autonomía posibilita a los interesados escoger su parte y, en definitiva, hacer su contrato en libertad. El Derecho privado de hoy presupone que los particulares pueden conformar sus relaciones jurídicas con autodeterminación y autorresponsabilidad, adecuándolas a sus necesidades e intereses y para ello reconoce, con algunas limitaciones, la libertad contractual”.³⁹

Para Vidal Ramírez “la teoría contractualista fundamenta la naturaleza del arbitraje en el convenio arbitral, considerándolo como un contrato entre las partes, ya que resulta indudable la existencia de un acuerdo para solucionar las controversias por una vía alterna al Poder Judicial [...]”.⁴⁰

La teoría contractual del arbitraje siempre reposa en el acuerdo de las partes de alejarse de la jurisdicción ordinaria y acudir a la justicia privada arbitral. Este ejercicio de la libertad contractual no se limita al acuerdo de la jurisdicción arbitral; se podrá incorporar acuerdos adicionales (plazo de laudo, requisitos de designación de árbitros, honorarios y reglas procesales); este principio de autonomía de las partes sobre el arbitraje se conserva incluso en las actuaciones arbitrales como la audiencia de instalación y en otras etapas donde el acuerdo de las partes (suspensión del arbitraje) podría imponer a los árbitros el cumplimiento estricto de la voluntad de las partes litigantes.

En el contexto reciente de la COVID-19 se generó la suspensión de plazos procesales establecidos por varios centros de arbitraje en el Perú, y en fechas posteriores se determinó que era necesario el acuerdo y aceptación expresa de las partes a fin de levantar la suspensión, directiva con la cual se resaltó la importancia de salvaguardar el principio consensual del arbitraje y protección del derecho de defensa de las partes.

³⁹ REZZONICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 205.

⁴⁰ GARCÍA ASENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Arequipa: Adrus, 2012, p. 3.

Según Vázquez Palma: “El origen del arbitraje es eminentemente contractual, lo que equivale a reconocer el carácter de libertad que conlleva su establecimiento. Su importancia es tal, que actualmente existe pleno consenso en la doctrina de Derecho internacional y comparado en reconocer que no puede hablarse de arbitraje prescindiendo de este elemento, lo que obliga a relacionar este instituto con la libertad y autonomía en su instauración, de modo que este elemento se vuelve un requisito *sine qua non* del mismo”.⁴¹

La lógica argumentativa, según lo menciona Vázquez Palma en *Tratado de arbitraje en Chile*, es la siguiente: “Si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, si la autonomía es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos y si la Constitución establece un marco de libertad y de autonomía jurídica, la conclusión necesaria es que nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción estatal, principalmente, si consideramos que estos derechos solo revisten un particular”.⁴²

Complementando la posición de la teoría contractual, consideramos que resulta importante establecer que predominará siempre el interés privado de los sujetos contratantes, siendo la esencia del pacto la renuncia a la justicia tradicional estatal y la denominada contractualización del proceso arbitral. Se debe tener en cuenta que las partes en ejercicio de la autonomía privada pueden proponer, modificar o retrotraer diversas reglas procesales, características que no se mantienen en un proceso judicial, lo cual no implica la vulneración del debido procesal arbitral.

La esencia del arbitraje reposa en dos principios contractuales primordiales: la voluntad y la libertad de que el convenio arbitral genere los efectos contractuales y procesales pactados por los contratantes.

⁴¹ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 157.

⁴² *Ibíd.*

b) Teoría procesalista

Quiroga León afirma: “La teoría jurisdiccionalista asume al arbitraje como uno de los tipos de proceso judicial cuyo esquema, configuración y fórmula vienen dados por el Estado y están dispuestos por la ley. Desde este punto de vista, el arbitraje sería tan solo una de las formas que puede adquirir el proceso, solo que más liberal y con mayor incidencia de la intervención de las partes”.⁴³

Según Mallandrich: “Para esta concepción, el Estado tiene la función de controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción [...]. Por consiguiente, si puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre, puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita”.⁴⁴

En este caso nos encontraríamos frente a una delegación por parte del Estado soberano que concentra la facultad de administrar justicia en su territorio, delegación dirigida a los árbitros o tribunales arbitrales, la cual encontraría similitud entre la ejecución de un laudo con la ejecución de una sentencia por los fueros estatales; sin embargo, es necesario establecer que los árbitros mantienen la limitación de la *coercio* por cuanto no pueden apelar al requerimiento del uso de la fuerza pública a fin de dar cumplimiento al mandato arbitral establecido en un laudo, siendo necesario recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria estatal. Esta es una de las principales limitaciones y críticas a la justicia arbitral ante el no cumplimiento voluntario del laudo.

Para Vidal Ramírez: “La posición de la teoría jurisdiccional se fundamenta en considerar la labor de un árbitro idéntica al juez del órgano estatal de justicia, pues ambos conocen y emiten fallos que buscan resolver

⁴³ QUIROGA LEÓN. *La naturaleza procesal del arbitraje*, p. 85.

⁴⁴ MALLANDRICH MIRET, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010, p. 58.

controversias. Del mismo modo, la decisión final del árbitro es equiparada a la sentencia judicial, ya que tienen valor de cosa juzgada”.⁴⁵

En este contexto el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el arbitraje, conforme a lo reseñado por Quiroga León: “Estableciendo que es una jurisdicción excepcional y auténtica, que goza de independencia e imparcialidad, que le corresponde –de acuerdo al convenio arbitral pactado por las partes– que el conflicto que se someta a su competencia se resuelva vía arbitral”.⁴⁶ Así, ha señalado que:

*Tercero.- Que, el arbitraje es considerado como una jurisdicción excepcional dentro del contexto de la Constitución Política del Estado, y que goza de independencia e imparcialidad en su función, según lo ha considerado el Tribunal Constitucional en el fundamento 9 de la sentencia [...] N° 6167-2005-PHC/TC; considerando respecto de este extremo, en el fundamento 10, que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre de disposición, y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación nacional o internacional.*⁴⁷

Es imposible no resaltar que el arbitraje mantiene reglas procesales innatas –absolutamente distintas a las reglas jurisdiccionales de la justicia ordinaria–, entre las cuales se encuentran: competencia, confidencialidad, derecho de designación de árbitro, facultad de imponer o proponer reglas procesales a los juzgadores, entre otras.

A su vez, el arbitraje mantiene la esencia de ciertas instituciones procesales de la justicia ordinaria que guardan perfecta armonía y aplicación procesal,

⁴⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 9.

⁴⁶ QUIROGA LEÓN. *La naturaleza procesal del arbitraje*, p. 92.

⁴⁷ Casación N° 635-2007-Lima.

entre las cuales destacamos: la prueba de oficio, el *iura novit curia*, el *derecho de defensa*, la motivación del laudo, la tutela del debido proceso arbitral, etc.

c) Teoría mixta

Quiroga León, respecto a la teoría mixta, nos dice: “Consiste, básicamente, en una compatibilización de las teorías antes expuestas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por otro lado, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado el arbitraje sería de poca utilidad”.

De acuerdo con Vidal Ramírez: “Esta teoría ecléctica postula que el origen contractual del arbitraje es un contrato, reflejo de la libertad contractual que tienen las personas. Asimismo, reconoce la tesis jurisdiccional debido a la actividad de emitir la decisión final por los árbitros, además de los efectos de cosa juzgada que produce el laudo arbitral”.⁴⁸

Consideramos que el aspecto contractual se mantiene respecto a los alcances del convenio arbitral y su incidencia con las reglas complementarias al proceso arbitral, y su ámbito procesal se mantiene en conexión a los principios esenciales del litigio arbitral.

Para González de Cossío: “De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido, en principio, de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público”.⁴⁹

⁴⁸ VIDAL RAMÍREZ. *Manual de Derecho Arbitral*, p. 26.

⁴⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora*, p. 15. Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

d) Nuestra posición

Consideramos que la teoría mixta es la más pertinente a fin de entender la naturaleza jurídica del arbitraje desde la visión contractual; el pacto arbitral puede ser tan extenso que implicaría la generación de obligaciones patrimoniales y procesales a las entidades (centros de arbitraje) y a las personas (árbitros, peritos, testigos, etc.), más aún considerando que los principios contractuales (libertad contractual, fuerza obligatoria y buena fe) se mantienen intactos en las diferentes etapas contractuales, lo cual se conservará incluso en el litigio arbitral.

Desde una visión procesal, el litigio arbitral permite que las partes en ejercicio de su autonomía puedan fijar reglas procesales o complementar a las ya establecidas en los reglamentos arbitrales; sin embargo, los principios de libertad de regulación, flexibilidad y especialidad revisten al arbitraje de una naturaleza procesal sui géneris a la justicia exclusiva que brinda el Estado; por lo tanto, el arbitraje mantiene una característica contractual y procesal que en determinados momentos podrían ser aplicados de manera simultánea o desplazar (en fase de litigio) la exclusiva característica procesal del arbitraje.

1.2.2. Naturaleza jurídica de la función del árbitro

La función de árbitro es ejercida por una persona natural (artículo 20 de la Ley Arbitral)⁵⁰ con plena capacidad de goce y ejercicio, que mantiene alta pericia sobre aspectos legales y técnicos a fin de resolver una controversia. Este juez privado puede ser abogado o de otra profesión, siendo su servicio

⁵⁰ Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje
Artículo 20.- Capacidad
Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

retribuido económicamente, sin ninguna forma de subordinación, y mantiene intacta la obligatoriedad de ejercer los principios de imparcialidad e independencia desde la aprobación a la designación, la notificación del fallo e, incluso, los actos procesales poslaudo.

Es transcendental señalar que la confianza representa un elemento fundamental en la designación del árbitro por los contratantes y del tercer miembro (quien presidirá el colegiado) por los árbitros, por cuanto esta confianza implica la buena fe en entender que la persona designada efectuará la función arbitral con amplia solvencia profesional y ética. Nadie designará un árbitro desconocido o completamente extraño del fuero arbitral, la confianza no puede ser entendida como beneficio o facilitación de cualquier aspecto del arbitraje.

La confianza constituye un valor esencial (si no el primordial) para el desarrollo de la actividad arbitral, siendo la elección del “juez privado” una de sus manifestaciones más importantes. Así, las partes que intervienen en un arbitraje tienen la legítima expectativa (es decir, confían) que el árbitro o los árbitros elegidos no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos también la apariencia de ser imparciales e independientes, estos criterios están siendo incorporados por los centros de arbitraje (Pontificia Universidad Católica del Perú) al momento de solucionar las recusaciones arbitrales.

A fin de explicar las características más importantes de la función arbitral, las especificaremos en los párrafos siguientes.

1.2.2.1. Aceptación. El acto formal de aceptación al ser designado como árbitro de parte y ser designado por los coárbitros en calidad de presidente del tribunal arbitral siempre implicará una formalidad *ad solemnitatem*. La misma conlleva a comunicar a las partes primero la aceptación y segundo mantener la formalidad de comunicar en adelante cualquier hecho que requiera ejercer su deber u obligación de revelar a las

partes cualquier circunstancia que tenga por finalidad proteger los principios de imparcialidad e independencia de la función arbitral.

La ley de litigio arbitral del Perú, en el artículo 22, inciso 4, prescribe: “Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento”.

Asimismo, es importante efectuar otra interpretación del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1071 respecto a la potestad de las partes de ejercer autonomía del procedimiento de nombramiento de los árbitros. Es pertinente señalar la competencia de las cámaras de comercio en todo el territorio para designar de manera residual a los árbitros cuando alguna de las partes no ejerza su derecho de designación de árbitro o los árbitros no arriben a un acuerdo para la designación del tercer árbitro o presidente del colegiado.

Algunos reglamentos de instituciones arbitrales⁵¹ fijan un procedimiento de ratificación después de la aceptación de la designación de un árbitro que no integre la nómina de árbitros de dicha institución arbitral, tal cual sucede con el arbitraje institucional de la Cámara de Comercio de Lima, no siendo necesariamente el criterio establecido de “ratificación del árbitro designado” del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Finalmente, es fundamental respetar las reglas de designación establecidas por las partes en su convenio arbitral, sean en las modalidades de arbitraje *ad hoc* o institucional. Los árbitros tienen la

⁵¹ Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCL. Artículo 12, inciso 4: “Para confirmar un árbitro, el Consejo toma en consideración, entre otros criterios, su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con los Reglamentos, los términos de su declaración de imparcialidad e independencia, así como la especialidad y experiencia en la materia controvertida en el caso que se trate, los requisitos exigidos por las partes y cualquier otra circunstancia relevante. En los arbitrajes internacionales se toma en cuenta, además, la nacionalidad o la residencia del árbitro y el conocimiento del idioma o idiomas aplicables al arbitraje”.

obligación de comunicar de manera formal su aceptación, con lo cual se estaría generando efectos obligacionales procesales para que el árbitro desde su aceptación venga ejerciendo formalmente el principio *kompetenz-kompetenz*.

1.2.2.2. Imparcialidad. El principio procesal de imparcialidad se encuentra establecido para el ejercicio de toda función jurisdiccional, pero consideramos que cobra mayor trascendencia en la justicia arbitral, pues la imparcialidad exige que los árbitros, desde el momento de su aceptación, actúen en plena libertad y brinden las máximas garantías de equidad, neutralidad y prudencia para respetar los derechos procesales de las partes litigantes a lo largo de todo el proceso y de modificar cualquier acto procesal (incluso de oficio) sin que implique vulnerar este principio.

Según Vázquez Palma: “La imparcialidad implica neutralidad y distancia del asunto que somete a su decisión, se trata de una predisposición que ha de guardar en todo momento el árbitro con respecto a la *litis* sobre la que ha de laudar”.⁵⁰

En este contexto Charry Uribe establece: “Debemos tener en cuenta que la finalidad e importancia de la figura de la recusación consiste en mantener la imparcialidad de los fallos sobre todo en aquellos casos, en que, a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones, de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia”.⁵¹

Merino Merchán afirma que: “No existe *a priori* una regla objetiva o medible para establecer esta imparcialidad por pertenecer al mundo de lo subjetivo, pero se podría indicar que la parcialidad comienza cuando sin motivación, o con una motivación insuficiente, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes sobre la evidencia legal incontrovertible o se

⁵⁰ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 195.

⁵¹ CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana, 1988, p. 53.

considera acreditado un hecho que no ha podido ser probado ni siquiera de forma indiciaria”.⁵²

Es importante destacar el criterio establecido por el Centro de Arbitraje de la PUCP : “Se refiere a un estado de la mente del tercero llamado a resolver, que tiene dos componentes: uno objetivo y otro subjetivo, el primero alude a garantizar que no existan hechos o circunstancias externas que generen dudas sobre el árbitro y, el segundo, se refiere a la conciencia y libertad que tiene el árbitro respecto a sus propios prejuicios y sesgos hacia una de las partes en el arbitraje o hacia la materia en controversia que se le presenta”.⁵³

Por ello, el análisis de una posible parcialidad incluye tanto las conductas, circunstancias o situaciones que rodean al árbitro como la existencia de sesgos a favor o en contra de una parte incluyendo el cuestionamiento a su práctica profesional. En el caso de un incidente de recusación, será la valoración que realice un tercero (Corte de Arbitraje en este caso) de los componentes antes descritos, la que determinará si existe o no algún factor que pudiera afectar la imparcialidad en un árbitro, para que continúe desempeñándose como tal.⁵⁴

En buen criterio de Picó I Junoy: “La objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues un *ratio esendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta o incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene”.⁵⁵

⁵² MERINO MERCHÁN, José. *Estatuto y responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2004, pp. 46-58.

⁵³ AYTÓN, Peter y HELLERINGER, Geneviève. “Bias, Vested Interests and Self Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality”. En COLE, Tony, ed. *The Roles of Psychology in International Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, pp. 21-44.

⁵⁴ Criterios incorporados en fallos respecto a recursos de recusación resueltos por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁵⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 41.

1.2.2.3. Independencia. La independencia implica que los árbitros no mantengan ningún tipo subordinación entre los mismos árbitros, con los abogados o representantes de las partes litigantes.

Conforme a las reglas IBA y las buenas prácticas arbitrales es fundamental que los árbitros de manera constante, mediante la ampliación de su deber de revelación, comuniquen a las partes si en fecha posterior a la aceptación han recibido nuevas designaciones por las que se encuentran en el litigio o algún tipo de asesoría legal, lo cual, de ocurrir este “supuesto” consideramos que el árbitro debería renunciar a su función por haber incurrido en una evidente pérdida de la independencia.

Este concepto, a criterio de Picó i Junoy: “Alude al eventual vínculo de dependencia (comercial, laboral, familiar, etc.) que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La independencia, es un criterio **objetivo**, ya que puede ser comprobado conociendo las situaciones fácticas que las partes manifiestan y presentan a su vez como pruebas”.⁵⁶

Clay⁵⁷, que ha estudiado en profundidad todas las cuestiones relacionadas con los árbitros, apunta que las dos nociones son distinguibles claramente y establece: “La independencia –o mejor aún la ausencia de ella– se apoya en circunstancias objetivas, fácilmente comprobables, como los vínculos que tiene con una de las partes; mientras que la parcialidad reposa sobre elementos subjetivos que emanarán fundamentalmente del razonamiento seguido por el árbitro. De allí que señale que la jurisprudencia francesa ha elegido una expresión a medio camino entre ambos conceptos, como lo es ‘independencia de espíritu’, que la ley inglesa haya prescindido de la distinción, lo mismo que en las leyes sueca, suiza y varios reglamentos arbitrales”.

⁵⁶ Ibíd.

⁵⁷ CLAY, Thomas; VAN COMPERNOLLE, Jacques; TARZIA, Giuseppe y DITTRICH, Lotario. *L'impartialité du juge et de l'arbitre: Étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 2006, p. 213 y ss.

Para Rivera: “la distinción no deja de ser útil en tanto se advierta que la parcialidad de un árbitro puede exteriorizarse no solo en el momento de dictar el laudo. Por el contrario, es perfectamente posible que ello se manifieste en la conducción del proceso arbitral, el manejo de las audiencias, la manera de interrogar a los peritos o los expertos, etcétera”.⁵⁸

Estos acontecimientos también permitirán a las partes recusar al árbitro, no por falta de independencia, sino por parcialidad durante el trámite del arbitraje, de acuerdo con lo expuesto por Rivera.⁵⁹

1.2.2.4. Confidencialidad. Una de las principales características del litigio arbitral se mantiene en el principio de confidencialidad, el mismo que conserva muchos enfoques de carácter legal, económico, estratégico y empresarial.

El principio de confidencialidad está vinculada a las llamadas obligaciones de no hacer que consisten en una prohibición o abstención contractualmente aceptada por el deudor y en la mayoría de oportunidades impuestas por el acreedor, con relación a los aspectos relacionados a la información financiera, laboral, legal, tributaria, lista de clientes o proveedores, o secretos industriales dentro del ámbito de los contratos corporativos o mercantiles.

El recordado profesor colombiano Fernando Hinestrosa, respecto a las obligación de no hacer, emplea el siguiente criterio: “Prestación negativa, deber de abstención: aquí el interés del acreedor consiste en que una determinada situación permanezca inalterada, y en que el deudor está obligado a no ejecutar durante el tiempo señalado y en un determinado territorio en forma geográficamente absoluta una actividad propia, de suyo lícita y para él libre, de cuyo ejercicio prescinde o ha de prescindir en esos

⁵⁸ RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 242.

⁵⁹ *Ibíd.*

términos en obsequio del acreedor. Dejar **de emprender una actividad corporal o intelectual**, algo determinado que de otra manera sería normal y lícito hacer”.⁶⁰

El profesor Tartuce, respecto de los alcances de la obligación de no hacer, sostiene: “Las cuales siempre serán fungibles y personalísima (*intuitu personae*), siendo también predominantemente indivisible por su naturaleza, conforme al artículo 258 del Código Civil brasileño, además la obligación de no hacer podría tener origen de fuente legal o convencional”.⁶¹

En efecto, las obligaciones de no hacer son obligaciones indivisibles, no podría dividirse la obligación de la confidencialidad respecto a los aspectos relacionados a un contrato de franquicia o secretos industriales, por lo general el acreedor impone que la prestación de no hacer, proteja en forma completa el contrato, anexos y futuras adendas.

Por otro lado, si bien las obligaciones de no hacer son de carácter personalísimo, siempre y cuando esta prestación pueda ser determinada ante una persona natural, pero si la obligación implica la presencia de una persona jurídica (derecho privado o público), la obligación de no hacer se extiende a los funcionarios, trabajadores e incluso terceros (locadores y contratación laboral indirecta); ejemplos como la confidencialidad del estudio de abogados, de las empresas consultoras de intermediación o tercerización representan ejemplo perfecto de la forma como la obligación no se extiende a un solo individuo y generará una obligación colectiva de no hacer.

La profesora Diniz contribuye: “La obligación de no hacer es aquella en la cual el deudor asume el compromiso de abstenerse de algún acto que

⁶⁰ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 228-229.

⁶¹ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil das obrigacoes e responsabilidade civil*, 14ª ed., trad. propia. Río de Janeiro: Forense, 2019, p. 70.

podría practicar libremente si no tuviera la obligación para atender el interés jurídico del acreedor o de un tercero. Se caracteriza, por lo tanto, por una abstención de un acto, por parte del deudor en beneficio del acreedor o un tercero.⁶²

El principio de confidencialidad se encuentra enmarcado dentro de las obligaciones de no hacer que implica una protección a las actuaciones arbitrales que en buena cuenta implican obligaciones de carácter personalísimo (árbitros, abogados, testigos, peritos, etc.)

En nuestro caso, el principio de confidencialidad se encuentra prescrito en el numeral 51 de la Ley arbitral.

Conforme al principio de confidencialidad, los árbitros mantienen una obligación expresa de no revelar el contenido de los diversos escritos, medios probatorios, audios o grabaciones de las audiencias, detalle de los peritajes, consulta con otros abogados o árbitros sobre la controversia o adelantar criterios sobre las resoluciones de trámite e incluso la decisión del laudo.

La confidencialidad también es vinculante para las partes procesales: abogados, peritos, secretarios arbitrales y otros profesionales que de alguna forma hayan participado en el arbitraje; esta confidencialidad siempre se va a extender a los testigos, peritos y expertos que deberán mantener la reserva pertinente.

Las partes, de común acuerdo, podrían levantar el principio de confidencialidad en cualquier momento del proceso arbitral e incluso en el mismo laudo, supuesto que raramente sucede en la práctica arbitral.

⁶² DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño. Teoría general de las obligaciones*, 34^a ed., trad. propia. Sao Paulo: Saravia, 2019, p. 130.

Respecto al plazo o la duración de la confidencialidad, por los menos en los arbitrajes comerciales se entiende que se mantendría durante y después de la culminación del arbitraje. Los árbitros y las partes tampoco podrían revelar toda información relacionada a un arbitraje ya concluido, lo cual no sucede en los arbitrajes en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto el OSCE⁶³ cumple con brindar publicidad a los diversos laudos que se encuentran en su portal web bajo la aplicación del principio de interés público, generando un camino libre al contenido de los diversos laudos y, de esta forma, lograr conocer los criterios o lineamientos de la llamada jurisprudencia arbitral, que implica una excepción al principio de la confidencialidad por publicidad en los arbitrajes sujetos a la ley de contrataciones estatales.

Conforme a la última modificación establecida en el Decreto Supremo N° 020-2020 de la Ley de Arbitraje, es importante analizar la confidencialidad y publicidad como criterios rectores del arbitraje con el Estado, la política de otorgar publicidad de los laudos en contratación pública no es algo novedoso; en la actualidad, el OSCE y diversos centros de arbitraje mantienen la publicidad de los laudos y actuaciones poslaudo.

Consideramos que el verdadero reto se encamina a mantener el expediente arbitral electrónico o la hoja de vida arbitral (aspectos profesionales, experiencia, declaraciones y casos arbitrales con árbitros y partes), que indispensablemente deberá estar respaldado por una importante inversión económica en contratar *software*, por parte de los centros de arbitraje a fin de permitir el acceso en altos estándares tecnológicos y versiones amigables a los diferentes actores arbitrales, y en beneficio de sociedad y sujetos contratantes en general.

Es importante que la publicidad se replique en la función arbitral, respecto de las aceptaciones a la designación (árbitro único, de parte o presidencia),

⁶³ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

ampliaciones de revelaciones y de los criterios que mantengan los centros de arbitraje para ratificar o no la designación de los árbitros.

1.2.2.5. Intuitu personae. La obligación *intuitu personae* hace referencia a aquellos actos jurídicos o contratos en que el acreedor ha depositado la confianza en determinada persona natural o jurídica, por sus altos conocimientos de arte, oficio, profesión u ocupación, y que representa la esencia del contrato a través del cumplimiento de esta prestación por la persona *elegida*. Cualquier práctica *a contrariu sensu* distorsionaría la naturaleza jurídica de la obligación *intuitu personae*.

En el derecho de obligaciones, el acreedor dentro de sus amplias potestades puede imponer al deudor que de manera personalísima cumpla con la ejecución de la prestación como consecuencia de la pericia, especialidad, confianza, experiencia o exclusivamente por su imposición, la obligación *intuitu personae* implica que el deudor pueda ser el único que ejecute la prestación de manera íntegra, sin la colaboración de un tercero.

Dentro de los diversos ejemplos encontramos la contratación de un cantante de ópera (bajo la obligación de hacer deberá cantar), de una *top model* para una campaña publicitaria o de un jugador de fútbol para promocionar un marca de zapatillas, tales ejemplos pueden ser equiparados a la función *intuitu personae* respecto a la designación del árbitro, quien de manera personalísima debe de efectuar el encargo (otorgado por las partes) sin delegación o por intermedio de algún subordinado. Los árbitros fueron designados con base en el principio de la confianza, especialidad, independencia e imparcialidad que representan características notables de la función arbitral, *intuitu personae*. Cualquier incumplimiento de estos principios estaría desnaturalizando el arbitraje y podría ser factible de una recusación declarada fundada.

Según Romero: “A diferencia del compromiso, que se celebra como un contrato *intuitu personae*, el arbitraje nacido de una cláusula compromisoria no termina por las causales que suponen un rasgo personal del árbitro. Si

el árbitro designado por una cláusula compromisoria no puede terminar su encargo, subsisten los efectos de esta cláusula, y debe procederse nuevamente a designar a otro árbitro”.⁶⁴

La judicatura peruana ha establecido: “La función arbitral es de carácter personalísimo, y su ejercicio no puede ser delegado, la suscripción del laudo no puede hacerse a través de representante”.⁶⁵

En lo absoluto cabe la delegación o representación de un árbitro apoyado por otra persona a fin de ejercer la función arbitral; la actividad arbitral es personal e indelegable, un actuar distinto encaminará a generar la pérdida de la condición de árbitro.

La obligación *intuito personae* del árbitro se extingue en los siguientes supuestos:

a) Renuncia

Dentro de las razones de la designación de un árbitro siempre se evalúan los factores de tiempo, la experiencia y una adecuada salud; sin embargo, pueden constituir una razón de renuncia aceptable el ocupar un cargo público o político, un viaje de estudios por años o el quebrantamiento del estado de salud físico o mental del árbitro e, inclusive, temas éticos y de buenas prácticas arbitrales, al entender (del árbitro), pueden provocar su renuncia, ante la presencia de procesos fraudulentos, por ejemplo.

⁶⁴ ROMERO SEGUER, Alejandro y IGNACIO DÍAZ, José. *El arbitraje interno y comercial internacional: parte general*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2016, pp. 31-32.

⁶⁵ Segunda Sala Comercial de Lima, Expediente N° 68-2017, sobre anulación de laudo. Sistema Metropolitano de la Solidaridad vs. Reprogenetics S. A. C.

b) Declaración judicial de discapacidad⁶⁶

Las personas naturales siempre son vulnerables de ingresar en estados de incapacidad física o mental derivados de un accidente de trabajo o de la vida cotidiana, o enfermedades permanentes o terminales que hagan imposible brindar funciones arbitrales. Asimismo, se extendería a una sanción penal, con pena efectiva o la declaración judicial de desaparecido, interdicto o pródigo, que devendría en la pérdida del ejercicio de los derechos civiles y, en consecuencia, de la función arbitral.

c) Recusación

Representa el instrumento procesal por el cual se solicita el apartamiento del árbitro por quebrantar la confianza en relación con el incumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia, en efecto práctico, generaría la pérdida de la condición de árbitro y, por ende, la ruptura del vínculo procesal y contractual de la función arbitral culminando el ejercicio del principio *de competencia* respecto al recusado.

d) Muerte

La muerte como hecho natural y jurídico trae consigo efectos de extinción absoluta de los derechos personales, la función arbitral con el fallecimiento se extinguirá *ipso iure*, no permitiéndose que los herederos por sucesión puedan reemplazarlo.

Ante el supuesto de muerte, ¿el deudor (árbitro) de la prestación (arbitrar) perjudicaría a la partes? Consideramos que no. La parte perjudicada del fallecimiento del árbitro deberá comunicar este hecho al tribunal arbitral y ejercer su derecho de designación de árbitro sustituto, conforme a las reglas del arbitrales *ad hoc* o institucional. Será importante considerar la

⁶⁶ Para una interpretación completa es esencial verificar lo establecido en Decreto Legislativo N° 1417, legislación que promueve la inclusión de las personas con discapacidad acorde con políticas internacionales.

etapa del proceso en que aconteció el fallecimiento y sus implicancias para el pago o devolución de los honorarios y para ejercer funciones arbitrales.⁶⁷

La ley arbitral peruana regula en su artículo 31⁶⁸ el “árbitro sustituto”, que establece que las partes deciden si suspenden o continúan con el arbitraje, que podría ser aplicable ante el supuesto de fallecimiento del árbitro; sin embargo, siempre es preferible contar con el funcionamiento completo del tribunal arbitral.

1.2.2.6. Obligaciones del árbitro. Del convenio arbitral se derivan obligaciones y derechos de cumplimiento imperativo con relación al árbitro, que mantiene plazos fijos desde la aceptación del encargo hasta la culminación con la emisión del laudo (incluyendo recursos poslaudo o retorno del caso luego de una anulación), debiéndose aplicar el modo y el tiempo a fin de analizar la diligencia arbitral.

En doctrina arbitral, cierto sector discute sobre la naturaleza jurídica del servicio arbitral, pues no se podría partir de la idea de que existe una subordinación dentro de ámbito del Derecho Laboral o que existiría una prestación debida bajo el ámbito de un contrato de locación de servicios (abogado, ingeniero, economista, etc.), donde el acreedor debería ejercer

⁶⁷ Si el árbitro falleciera de manera repentina antes de la emisión del laudo, resolver algún recurso contra el laudo o en fase de ejecución arbitral cabría efectuar el análisis de los alcances de la falta de emisión del criterio de árbitro en sus votos, suspensión o no del proceso y la posible discrepancia del criterio de la mayoría del tribunal al laudar; estos son aspectos que merecen un análisis minucioso.

⁶⁸ En este contexto, la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, artículo 31, regula la figura del árbitro sustituto; si no hubiera acuerdo de las partes, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se designe el árbitro sustituto, salvo que las partes decidan proseguir con el arbitraje en mayoría y según las circunstancias. “3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, estos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral”.

un control respecto a la diligencia, cumplimiento de directivas y posibles cuestionamientos que conlleven a una posible resolución del contrato.

Según Vidal Ramírez: “Los deberes de los árbitros se resumen, a nuestro entender, en la independencia e imparcialidad que deben observar. La independencia supone libertad, autonomía, entereza y firmeza de carácter y, la imparcialidad, observar absoluta neutralidad y discreción, todo lo cual a su vez se resume en probidad”.⁶⁹

Es transcendental señalar que la confianza representa un elemento fundamental de la designación del árbitro por las partes y de quien presidirá el tribunal por los árbitros, por cuanto esta confianza implica la buena fe en entender que la persona designada desempeñará la función arbitral con amplia solvencia profesional y ética. Nadie designará a una persona desconocida o completamente extraña del litigio arbitral, la confianza no puede ser entendida como beneficio o facilitación de cualquier aspecto del arbitraje.

El Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, en la línea de la confianza, ha establecido: “Constituye un valor esencial, para la existencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, al ser la elección de un árbitro una de sus manifestaciones más importantes. Así, las partes que intervienen en un arbitraje tienen la legítima expectativa (es decir, **confían**) que el árbitro o los árbitros elegidos no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos la apariencia de ser imparciales e independientes”.⁷⁰

Una forma de requerir el apartamiento de los árbitros del arbitraje es por la pérdida de confianza debido a denuncias penales fundadas o firmes. Es esencial tener en consideración el siguiente criterio judicial: “La decisión arbitral *sub examine* se encuentra afectada de nulidad que debe ser

⁶⁹ VIDAL RAMÍREZ. *Manual de Derecho Arbitral*, p. 84.

⁷⁰ Criterios incorporados en fallos respecto a recursos de recusación resueltos por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

declarada, al haber sido emitido por un tribunal compuesto por dos árbitros que fueron inhabilitados de sus funciones mediante sentencia judicial, habida cuenta que se comprobó que su accionar contravenía los principios de independencia e imparcialidad, lo que indubitablemente constituye una franca conculcación al derecho al debido proceso del aquí nulidicente”.⁷¹

Una vez que el árbitro es designado deberá ejercer su función con plena libertad e independencia, y desprovisto de cualquier tipo de subordinación; incluso las partes no podrán cesar a los árbitros de su función (salvo renuncia, una recusación fundada o remoción de oficio). Las obligaciones prioritarias de los árbitros serán de mantenerse independientes e imparciales desde la aceptación hasta la emisión del laudo. En buena cuenta, las obligaciones de los árbitros siempre estarán encaminadas a arbitrar, es decir, participar de las audiencias, suscribir las resoluciones, emitir el laudo o votos discordantes y ejercer de manera plena el *kompetenz-kompetenz*.

a) Deber de desempeñar el encargo

Conforme a lo dispuesto por el numeral 32 de la Ley de Arbitraje, se genera un factor de responsabilidad civil que se constituye desde el momento de la aceptación expresa del árbitro (obligación de arbitrar) y, en otro supuesto, por la administración del caso por parte de la institución arbitral, de incumplir con el encargo se podría estar incurriendo en un supuesto de responsabilidad por los daños y perjuicios, bajo la presencia de culpa, culpa leve, culpa inexcusable o dolo.

En esta línea, Vásquez Palma establece:

El deber de dictar el laudo es la obligación principal y típica del árbitro, pero no se trata de emitir cualquier decisión jurídica de la contienda, sino que de una decisión y solución específica que debe darse como resultado y

⁷¹ Primera Sala Comercial de Lima, Expediente N° 0093-2014, anulación de laudo (Portalia S. A.).

culminación de un proceso arbitral que respetó unos principios concretos (por ejemplo, igualdad y audiencia de las partes) y siguió unos pasos y actuaciones determinadas, de manera que el resultado que se persigue no es tan solo material, sino de un correcto resultado. De este conjunto de deberes, unos son meramente instrumentales para llegar al fin del camino y al pronunciamiento del laudo, mientras que otros son verdaderas obligaciones de fondo. Por su parte, debe cumplir con otros requisitos no menos importantes como dictarlo en el tiempo oportuno, en tanto que el plazo para laudar es elemento estructural esencial de la prestación debida; haberlo dictado con imparcialidad e independencia, y con diligencia correspondiente en la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, dependiendo de si se comporta como un árbitro de derecho o arbitrador, en sede interna o internacional.⁷²

b) Deber de revelación del árbitro

La revelación o declaración compone uno de los principios esenciales de la función arbitral, que representa el ejercicio de la buena fe de los árbitros de expresar a las partes del litigio información importante o relevante respecto a composición de otros tribunales entre los árbitros, relación comercial o amical con las partes o árbitros, designación en procesos anteriores por las partes e incluso información que podría resultar fundamental para determinar que no se pierda los principios de imparcialidad e independencia.

La revelación indefectiblemente deviene en un acto formal y que se ejerce en el momento de la aceptación de la designación (árbitros y el presidente del colegiado) y en todo momento que surja alguna nueva causal de comunicar a las partes información relevante de la función arbitral y con ello proteger los principios de imparcialidad e independencia.

⁷² VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 236.

Cucarella⁷³ señala que: “precisamente, como garantía de la independencia e imparcialidad, la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, ya que le árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. Conforme al inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje”.

Según José María Alonso:⁷⁴ “el deber de revelación del árbitro es uno de los más importantes y delicados de la propia función arbitral debido a que tiene un doble propósito: por un lado, el respeto a las partes que acuden al arbitraje y, por otro, el proteger al futuro laudo ante cualquier cuestionamiento posterior”.

Reiteramos que la revelación o declaración implica el acto de buena fe procesal y acorde a los principios de independencia e imparcialidad de comunicar expresamente y con amplios detalles circunstancias que, a criterio del árbitro, las partes deben tomar conocimiento a fin de fortalecer el principio de confianza y buena fe entre las partes y los árbitros.

Asimismo, la ampliación de revelación de oficio por los árbitros conlleva a mantener altos estándares arbitrales que deberán ser considerados por las partes como una correcta práctica arbitral.

⁷³ CUCARELLA GALIANDA, Luis. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, p. 97.

⁷⁴ ALONSO, José María. “La independencia e imparcialidad de los árbitros”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, n. 2 (2006), p. 99.

1.2.3. Principios del arbitraje comercial

1.2.3.1. Autonomía privada. Tal como menciona Bravo Sander:⁷⁵ “la libertad la ejercemos en la sociedad. Pero somos libres dentro de la ley. La idea de ser libre bajo el imperio de las leyes se remonta a Roma, cuando Marco Tulio Cicerón sentenció una de las frases que lo inmortalizará: **Seamos esclavos de las leyes para poder ser libres**”.

Afirma Ballesteros: “Ha llegado a convenirse que la autonomía de la voluntad tiene su fundamento en la condición de la persona misma, en su dignidad como ser humano, puesto que está unida íntimamente a su libertad. Consiste en la posibilidad que los individuos puedan dictar normas, como expresión de esa libertad, para autorregular sus relaciones privadas, que el Estado asumirá como propias, concediéndose un vigor semejante a de la ley”.⁷⁶

Según Isfer y Roth: “En la actualidad, gran parte de los autores civilistas que tratan del tema ahora en discusión defienden la inaplicación de la idea de la autonomía de la voluntad, debiendo esta ser sustituida por la noción de la autonomía privada. De acuerdo con estos, la voluntad psíquica real del hombre, capaz de ejercer poder sobre las demás voluntades, no prevalecería más de la forma como prevaleció en el periodo revolucionario”.⁷⁷

De acuerdo con Amaral: “La autonomía privada se distinguía de la autonomía de la voluntad en la medida en que la primera tendría la facultad de expresar ‘poder de la voluntad en el Derecho, de modo objetivo,

⁷⁵ BRAVO, Raúl. *La lex mercatoria en el Derecho Internacional Privado peruano*, vol. 66. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, p. 47.

⁷⁶ BALLESTEROS GARRIDO, José. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1999, p. 17.

⁷⁷ ISFER, Edson y ROTH ISFER, Mayara. “Principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Arbitral: breves reflexiones”. En VIDAL RAMOS, Roger, coord. *El arbitraje en Brasil*, vol. 42. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, pp. 223-225.

concreto y real', mientras que la segunda tendría 'una connotación subjetiva, psicológica'".⁷⁸ De esta manera, de acuerdo con el autor, solo tendría real relevancia para el Derecho aquella voluntad expuesta en el mundo concreto y concedida, como poder, por el propio ordenamiento jurídico.

Perlingieri, de forma semejante, también utiliza la concepción de la autonomía privada en detrimento de la autonomía de la voluntad; de acuerdo con el doctrinario: "Se puede entender por 'autonomía privada', en general, el poder, reconocido por el ordenamiento estatal a un individuo o a un grupo, de determinar vicisitudes jurídicas como consecuencias de comportamientos –en cualquier medida– libremente asumidos".⁷⁹

El autor hace reserva, sin embargo, en el sentido de que, aunque la idea de autonomía privada sea constantemente relacionada al liberalismo económico, dicha concepción habría sido radicalmente alterada con el ordenamiento constitucional de 1988. A partir de esta nueva visión, la libertad no sería solo económica, sino también de la persona humana, causando incluso que la propia iniciativa económica necesite ser limitada, tal como lo expresa.⁸⁰

A pesar de que admite que esta concepción de la autonomía privada no pueda ser contrariada de forma amplia, Strenger afirma que "el principio de la autonomía de la voluntad no es enteramente falso; para el Estado, eso significaría salir de un régimen de plena libertad y entrar en otro en el que el intervencionismo es la regla".⁸¹

Es relevante resaltar, con todo, que tal vez esta divergencia doctrinaria se

⁷⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Río de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ STRENGER, Irineu. *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 114.

deba a la temporalidad de cada doctrina. Esto porque al defender la autonomía privada, Amaral y Perlingieri, por ejemplo, no extirpan la idea de la libertad de las partes, sino solo la colocan como algo concedido o reconocido por el Estado. Vale decir, la concepción de que los contratantes solo se adherirían a algo previamente formulado por el Estado no va totalmente al encuentro a lo que los contemporáneos doctrinarios admiten como verdadero.

Por otro lado, Gomes,⁸² a pesar de utilizar la expresión autonomía de la voluntad, la conceptúa como “el poder de los individuos de suscitar, mediante declaración de voluntad, efectos reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico”.

Para el profesor español Díez-Picazo: “La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad humana que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina ‘autonomía privada’ o ‘autonomía de la voluntad’. El contrato tiene, pues, su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad”.⁸³

La autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley, con amplia libertad se ejercita la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y, finalmente, conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

⁸² GOMES, Orlando. *Contratos*. Río de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

⁸³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 6ª ed. Madrid: Thomson Reuters, 2007, p. 127.

De acuerdo con lo mencionado por Díez-Picazo: “Los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden construir libremente otros distintos. Significa, por último, la posibilidad de modificar, también libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido de estos contratos, sustituyéndolo por otro distinto”.⁸⁴

Sin embargo, en nuestro criterio, y conforme a la doctrina mayoritaria, la libertad contractual y el ejercicio del derecho de propiedad no pueden ser ejercitados en forma absoluta conforme a las limitaciones excepcionales fijadas por la Constitución y el Código Civil.

Encontramos sus límites en el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Asimismo, dentro de los derechos reales, las expropiaciones representan un límite al derecho de propiedad y en materia contractual y regulación del mercado, bajo supuesto de excesiva onerosidad imprevisión o supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, los acuerdos contractuales entre privados podrían ser modificados bajo razones de seguridad o interés público. Claro ejemplo representa la pandemia del coronavirus,⁸⁵ sus implicancias contractuales y lo que se generó en el mercado nacional o internacional, denominado por un sector de la doctrina el derecho de desastres.⁸⁶

Respecto a la autonomía, Vázquez afirma que: “La autonomía es el principio que inunda al arbitraje en todas sus dimensiones. Lo es al hablar del impulso básico de todo arbitraje que reside en la libertad y que se

⁸⁴ Ibíd., p. 128.

⁸⁵ Ver GARCÍA LONG, Sergio. “Contratos en cuarentena: coronavirus y cambio de circunstancias”. En *Ius 360* (17 de marzo del 2020). Disponible en <https://ius360.com/actualidad/contratos-en-cuarentena-coronavirus-y-cambio-de-circunstancias-sergio-garcia-long/>

⁸⁶ Ver SAN MARTÍN, Lilian. “27F, 18O y COVID-19: derecho de desastres y caso fortuito”. En *El Mercurio Legal* (18 de marzo del 2020). Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/03/18/27f-18o-y-covid19-derecho-de-desastres-y-caso-fortuito.aspx>

plasma básicamente en el convenio arbitral, es decir, la **autonomía de la voluntad** que se entiende como el motor para dar vida y cuerpo a este instituto. Este principio se concibe desde las primeras actuaciones que realizan las partes en el arbitraje hasta su finalización, razón por la que deviene simultáneamente en fundamento y límite del arbitraje”.⁸⁷

En ese sentido, Lemes establece: “La aplicación por excelencia del principio de la autonomía la voluntad es reconocida de modo amplio, principalmente en cuanto a las normas que regirán el procedimiento arbitral y la elección de los árbitros en las diversas legislaciones, disposiciones de la UNCITRAL y convenciones internacionales”.⁹³

En la línea de Mateo y sus coautores, “Este amplio principio de libertad que representa la autonomía de la voluntad tiene un profundo valor normativo puesto que permite que, en el marco del nuevo contrato que se realiza, se establezca una decisión que tiene una validez específica para las personas que libremente han decidido someter sus desavenencias a la decisión de las personas por ellos mismos nombradas, teniendo para ellos valor normativo y decisión de cumplimiento de su contenido”.⁸⁸

Esta fuerza de libertad solamente la ofrece la autonomía de la voluntad, que manifiesta su proyección en diversos sentidos, y le brinda tres funciones: creadora, reguladora y normativa.

En ese sentido, para Bravo: “La libertad de contratación es una manifestación o el contenido de la autonomía privada de la voluntad. Es la facultad que tenemos las personas de decidir si contratar o no y cuándo,

⁸⁷ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 150.

⁹³ Selma Ferreira Lemes, “Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. FERREIRA LEMES, Selma. “Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado”. En *Revista dos Tribunais*, vol. 686 (diciembre 1992), pp. 73-89.

⁸⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, dir. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 47.

cómo, dónde y con quién celebrar un contrato, además de ponernos de acuerdo en su contenido, de acuerdo con lo expresado”.⁸⁹

Para Ernesto Capobianco,⁹⁰ la autonomía privada: “No solo puede ser considerada como un poder que produce e impone reglas conforme a la voluntad de las partes. Las reglas del contrato emanan de una síntesis entre autorregulación y heterorregulación”, pudiéndose afirmar además que cuanto más socialmente relevante sea un contrato, menores serán los márgenes de autonomía reconocidos a los particulares.

El arbitraje posee una gran ventaja frente al proceso judicial, puesto que, en virtud del principio de autonomía privada, las partes podrán regular el procedimiento arbitral, incluso, después de haber acordado el convenio de acuerdo a la flexibilidad que caracteriza al litigio arbitral, que consiste en la posibilidad de adaptar reglas ya pactadas anteriormente cuando estas no respondan adecuadamente a la situación para la cual fueron pactadas.

En ejercicio de la autonomía privada, al momento de negociar el pacto arbitral, las partes contratantes pueden incorporar al acuerdo los siguientes aspectos:

- Procedimientos y requisitos para la designación de los árbitros.
- El centro arbitral que se encargará de administrar el litigio o, en su defecto, aceptar las reglas de un arbitraje *ad hoc* e, incluso, designar a la institución que resolverá las recusaciones contra los árbitros.
- Establecer cuantías para otorgar competencia a un centro de arbitraje de sede nacional y por montos o cuantías elevados acudir a centros de arbitraje internacionales, que siempre conservaran su independencia y

⁸⁹ BRAVO. *La lex mercatoria en el Derecho Internacional Privado peruano*, p. 47.

⁹⁰ CAPOBIANCO, Ernesto. *Lecciones sobre el contrato*, trad. César Moreno Moré. Lima: Zela, 2017, p. 186.

autonomía, a manera de ejemplo la Cámara de Comercio Internacional (CCI), organización empresarial con sede en París.

- Establecer el marco normativo de aplicación a la controversia, en referencia a las reglas de recusación, reglas probatorias tipo Praga o IBA⁹¹ (pericias o informes) y ejecución del laudo.
- Los sujetos contratantes pueden establecer el término obligatorio para la emisión del laudo que vincularía al tribunal arbitral.
- Las partes mantienen la libertad para pactar el acuerdo respecto a los costos y costas del proceso, y asimismo establecer la presentación de una carta fianza bancaria como exigencia para suspender la ejecución del laudo o presentación del recurso de anulación.
- Fijar el monto del honorario de los árbitros si fuese un arbitraje *ad hoc* y reiterar la exigencia del cumplimiento de los principios de confidencialidad y función personalísima de la actividad arbitral.

Siempre es importante considerar que fuera del pacto arbitral, las partes en ejercicio de su autonomía privada, en el acto procesal de instalación del colegiado, de mutuo acuerdo pueden establecer reglas procesales complementarias a las propuestas por los árbitros y que en algunas ocasiones el principio de flexibilidad incluso permite a las partes modificar ciertos plazos procesales respecto a una ampliación para contestar la demanda o reconvenir y otras incidencias procesales. Este acuerdo entre las partes (sin la presencia de la objeción) permitirá que se mantenga el ejercicio de la libertad de los litigantes en la *litis* arbitral.

Según Correa: “Los principios de ‘autonomía de la voluntad’ y de la ‘libertad de las partes’ son pautas que sin duda alguna orientan el arbitraje y hacen

⁹¹ International Bar Association (Colegio de Abogados Internacional, en español).

presencia puntual no solo en el momento en que estas deciden someter sus querellas a la decisión de árbitros, es decir, cuando celebran el pacto de arbitraje, sino también a lo largo de otro el trámite arbitral”.⁹²

Por lo expuesto, la autonomía privada en el arbitraje es completamente amplia y trascendente, por cuanto las partes siempre mantienen la posibilidad de diseñar un proceso acorde con sus necesidades, tiempos e intereses comerciales, no se pierde la esencia de que las partes en su amplia libertad podrían dirigir el arbitraje acorde a su diseño o necesidades.

La autonomía privada, ante la suspensión de plazos procesales generados por la COVID-19 en sede peruana, cobro importancia medular, los diversos centros de arbitraje, a fin de salvaguardar las reglas procesales pactadas por las partes, emitieron directivas para ser ejercidas por los árbitros a fin de proponer a las partes de “común acuerdo” levantar la suspensión procesal o, sin la presencia del acuerdo, salvaguardar el derecho de defensa de estas, habiéndose establecido el criterio en la mayoría de tribunales de proponer la modificación de las reglas procesales por aceptación y ejercicio de la autonomía privada de las partes litigantes.

1.2.3.2. Buena fe. El Código Civil peruano en el artículo 1362 incorpora como principio esencial, el ejercicio de la buena fe contractual, la misma que representa la intención de negociar, celebrar y ejecutar la contratos con la obligatoria aplicación de la buena fe, este principio representa, un dogma del derecho civil y mantiene diversos enfoques; sin embargo, en materia arbitral la buena fe implica un principio procesal ejercido por los árbitros, las partes, peritos y personas naturales o jurídicas que mantendrán algún vínculo o participación del proceso arbitral.

El Derecho y la equidad no son sino, al igual que la “buena fe”, aquello que el pretor romano prescribía a las partes y al juez bajo el nombre de *bona*

⁹² CORREA ARANGO, Gabriel. *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*. Bogotá: Themis, 2013, p. 113.

fides, en el cumplimiento y fallo de la mayoría de las relaciones obligatorias. Más la aplicación de este criterio al caso concreto no se lleva a efecto por vía de argumentación lógica, sino por medio de juicios valorativos, es decir, viendo cuál entre dos intereses contrapuestos debe considerarse más importante y tomarse, por consiguiente, como norma para trazar el contenido de la prestación. En este sentido, hay ocasión en que, invocando la buena fe, se debe admitir una obligación a cargo del deudor, siempre que este, mediante un acto relativamente fácil (verbigracia, una gratificación), pueda satisfacer un interés considerable del acreedor y, por el contrario, habrá que desechar la obligación cuando el acto de que se trate sea excesivamente costoso para el deudor y no acarree al acreedor ningún beneficio alguno del monto.⁹³

Según el profesor Manuel de la Puente y Lavalle, la buena fe tiene dos sentidos: “el primero de esos sentidos es el subjetivo; siendo buena fe creencia, la intención o creencia con la que obran las personas. El segundo sentido de la buena fe es el objetivo, y se entiende como la regla de conducta que orienta la actuación leal del sujeto, como podría ser el caso de la negociación de un contrato. Es la buena fe lealtad. Pero tanto en el sentido subjetivo como en el objetivo está en juego el juzgamiento de una conducta”.⁹⁴

El profesor De Trazegnies manifiesta: “En realidad, esta nueva buena fe no pretende ya basar la interpretación del contrato en la común intención de las partes tal como ellas percibieron la situación, sino en valores que están más allá de esa voluntad de las partes y que mediatizan o reducen esta voluntad. Esos valores pueden recibir nombres tan abstractos y generales como justicia, equidad y todas sus variantes expresivas”.⁹⁵

⁹³ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Granada: Comares, 2007, pp. 32-33.

⁹⁴ DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*, 2ª ed., t. 1. Lima: Palestra, 2007, p. 330 y ss.

⁹⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. “El Código Civil de 1984: ¿vejez prematura o prematura declaración de vejez?”. En *Estudios de derecho contractual*. Lima: Ius Et Veritas, 2014, p. 36.

Es importante establecer que el principio del ejercicio abusivo del derecho mantiene estrecha vinculación con la aplicación del principio de buena fe; en este sentido, Neme Villareal interpreta: “Es particularmente en torno a los abusos que pueden configurarse en el ejercicio unilateral de facultades antes conferidas por una de las partes, que habremos de acudir al principio de la buena fe en búsqueda de criterios que delimiten las modalidades bajo las cuales puede llevarse a cabo dicho ejercicio”.⁹⁶

La buena fe contractual representa un cimiento importante del contrato y deberá de interpretarse con amplitud y especialidad según la etapa contractual y el tipo de contrato (tradicional o moderno) al que nos enfrentemos. Los conceptos de lealtad, fidelidad, veracidad, diligencia, prudencia y confianza siempre están estrechamente vinculados con el contrato y podrán ser interpretados en un primer momento por las partes contratantes, y ante una eventual controversia conforme al daño contractual o a la cláusula litigiosa esta aptitud de interpretación será trasladada a los jueces o árbitros.⁹⁷

Mientras que Castillo, Sabroso, Chipana y Castro, expresan: “El derecho no auspicia la mala fe; no la protege. Es más, la rechaza y sanciona”.⁹⁸

Según el profesor León Hilario,⁹⁹ establece, “El criterio de la buena fe está dotado de unicidad, en tanto guía para la interpretación que se realizará.

⁹⁶ NEME VILLAREAL, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2018, p. 41.

⁹⁷ VIDAL RAMOS, Roger. “La noción del pago (artículo 1220) en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil”. En *Actualidad Civil*, n. 64 (octubre 2019), p. 81.

⁹⁸ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 525.

⁹⁹ LEÓN HILARIO, Leysser. “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad contractual”. En *Themis*, n. 49 (2004), p. 145.

No se puede hablar, en plural, de criterios hermenéuticos de la buena fe, pero sí de **reglas** de la buena fe, en las fases de la contratación”.

Prosiguiendo con la pauta del profesor León: “En la interpretación de los negocios jurídicos, la buena fe es una sola; en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, la buena fe cobra varios rostros. En este último ámbito, la buena fe se manifiesta, y hace pensar, en un haz de conductas. [...] En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud”.¹⁰⁰

Los profesores Gagliano y Pamplona, bajo la doctrina brasileña, establecen: “Cuando se falta a los deberes de lealtad y confianza recíprocas, se denominan los deberes anexos generales a la relación contractual. Esto porque la lealtad no es nada más que la fidelidad a los compromisos asumidos, con respeto a los principios y reglas que norman la honra y probidad”.¹⁰¹

La idea de lealtad infiere el establecimiento de relaciones calcadas de transparencia y con veracidad, como corresponde entre las voluntades manifestadas y a la conducta practicada, que se relaciona con el deber de información a fin de aplicar los principios de seguridad jurídica y confianza de las partes al contratar.¹⁰²

Sobre el tema, expone Didier Jr.:¹⁰³ “El principio de buena fe se extrae de una cláusula general procesal. La opción por una cláusula general de buena fe es la más correcta. Es que la infinidad de situaciones que pueden surgir a lo largo del proceso hace poco eficaz cualquier enumeración legal exhaustiva de las hipótesis de comportamiento desleal”.

¹⁰⁰ Ibíd.

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo y PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*, trad. propia. Sao Paulo: Saravia, 2020, p. 103.

¹⁰² Ibíd.

¹⁰³ Citado por ISFER y ROTH ISFER. “Principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Arbitral: breves reflexiones”, p. 248.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en La Casación N° 7095-2014 -Lima (pago de indemnización de daños y perjuicios) ha establecido en siguiente criterio: “En el campo del derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir, debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no solo las estipulaciones de la ley, la moral y la ética, sino también la voluntad en ellos expresada”. En consecuencia, la infracción del deber de buena fe contractual origina el derecho de la parte afectada a exigir un resarcimiento a la parte afectante.

En el mismo sentido, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la sentencia de Casación N° 3608-2014-Lima, (resolución de contrato), ha establecido en siguiente criterio:

El principio contractual contenido en el artículo 1362 del Código Civil exige un cierto grado de lealtad, honestidad y en algunas ocasiones de cooperación entre las partes, en todas las fases que comprende el contrato (negociación, celebración y ejecución), lo que supone una plena observancia a todas las circunstancias particulares que atañen a la naturaleza del contrato celebrado, que desde luego merecen especial atención al momento en que una de ellas solicite el cumplimiento de la prestación a cargo de la otra; ello en aras de proteger el interés común que los ha motivado a celebrar un negocio jurídico.

La buena fe arbitral implica dos aspectos: el primero dentro del ámbito contractual, que implica que el convenio arbitral es negociado, celebrado y ejecutado con una adecuada simetría, equilibrio y plena confianza para que se generen los efectos determinados por las partes.

Y como segundo ámbito dentro del aspecto procesal, que consiste en el compromiso de los litigantes de conducirse de buena fe durante el procedimiento arbitral.

Según González de Cossío: “El contenido del mismo es que las partes están obligadas a comportarse de buena fe y evitar todas las medidas que, no siendo necesarias, puedan retrasar o encarecer el desarrollo normal del procedimiento arbitral o agravar la controversia”.¹⁰⁴

De hecho, no habría ningún sentido en que ellas pudieran ir en contra de todo aquello que ellas mismas decidieron. Y es en este sesgo que el principio de la buena fe en el arbitraje incluye el revestimiento al *venire contra factum proprium*. El diálogo franco entre las partes es absolutamente esencial, de acuerdo con lo mencionado por González de Cossío.¹⁰⁵

Conforme al Derecho Arbitral peruano, es necesario precisar que el artículo 38 exige a las partes observar y cumplir los diferentes alcances del principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el transcurso del litigio y brindar su absoluta colaboración con el debido proceso arbitral. Finalmente, se trata a través del artículo 38 de evitar que el arbitraje se desarrolle con acciones o prácticas maliciosas.

González de Cossío, al respecto asevera: “Este principio aplicable a las partes de un proceso arbitral es el que menos controversia tiene con relación a los de dualidad de posiciones (contradicción) e igualdad (no discriminación). Y tal vez esto se deba a lo indesligable de este principio con la naturaleza propia de la institución del arbitraje, entendida esta en el amplio sentido contractual y procesal”.¹⁰⁶

Porque, en efecto, en la línea de González de Cossío: “Es debido a que las partes tienen fe en la institución arbitral, creen en ella y, por tanto, la desean

¹⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*, p. 267.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

como medio idóneo para la solución de una controversia determinada o futura por determinar, que, primero, contratan un arbitraje; y segundo, llegado el caso, se someten voluntariamente al proceso arbitral. Y es precisamente por su origen contractual privado en que dos partes acuerdan libre y espontáneamente sus voluntades para llegar a un determinado fin satisfactorio para ambas –el proceso arbitral y el laudo–, que la buena fe es consustancial a la justicia privada”.¹⁰⁷

Además, como ya fue explicado, el principio de la buena fe debe ser entendido como algo implícito del propio procedimiento arbitral, ya que no tendría ningún sentido en la parte ejercer su autonomía y negar lo que había escogido, de forma voluntaria, anteriormente.

A manera de ejemplo, un acto de mala fe arbitral podría resultar que determinada parte contratante mantenga un dominio sobre el centro de arbitraje fijado como institución arbitral y que ejerza, lamentablemente, el poder de designar al presidente o árbitro único, con lo cual se estaría vulnerando los preceptos de buena fe, independencia y seguridad jurídica del arbitraje, en el arbitraje institucional.

En consecuencia, si las partes hubiesen pactado en el convenio arbitral ciertas capacidades y cualidades de los árbitros (edad, experiencia, idioma, méritos y grados académicos, récord arbitral, especialidad), la parte dominante del contrato modificaría unilateralmente estas condiciones, devendría en una clara vulneración a la autonomía privada, lo cual también podría extenderse en modificar unilateralmente la localidad del lugar del arbitraje o la institución arbitral competente.

Como efecto procesal, la buena fe arbitral va a implicar el cumplimiento de diversos principios procesales como: 1) deber de declaración; 2) confidencialidad; 3) *kompetenz-kompetenz*; 4) colaboración; 5) actos

¹⁰⁷ Ibíd.

propios procesales; 6) no interponer recusaciones dilatorias sin sustento legal.

1.2.3.3. Pacta sunt servanda. Conforme al principio de fuerza obligatoria de los contratos, regulado en el artículo 1361 del Código Civil peruano prescribe: “Que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

La judicatura vía casación establece: “El principio del *pacta sunt servanda*, es decir, la fuerza vinculatoria de los contratos, que se celebran para ser cumplidos y que están sujetos al deber de observancia, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la voluntad común, existiendo un interés fundamental para que se cumpla, la palabra comprometida, lo que confiere seguridad a mérito del comportamiento leal y honesto de las partes”.¹⁰⁸

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 4913-2007-San Martín, ha establecido el siguiente criterio:

Cuarto. - *El artículo 1361 del Código Civil, recoge el principio de la fuerza vinculante de los contratos o pacta sunt servanda, según el cual los contratos son la expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio, en cuanto se haya expresado en ellos.*

Sexto.- *Respecto de la denuncia casatoria relativa a la inaplicación del artículo 1398 del Código Civil, concordante con los artículos 1325 y 1328 del mismo Código Sustantivo, la recurrente, sostiene, que luego de que el Colegiado ha reconocido que existen cláusulas generales de contratación, no se puede invocar la exoneración o limitación de responsabilidad por parte*

¹⁰⁸ Cas. N° 1850-97 Lima, *El Peruano*, 18/07/1998, p. 1474.

de la demandada, ya que de existir son cláusulas vejatorias conforme al artículo 1398 del Código citado y, por lo tanto, resultan ser cláusulas inválidas, en consecuencia el argumento de la Sala Superior referido a que “viéndose afectada por sus condiciones debido a la fuerza vinculatoria del contrato que establece el artículo 1361 del Código Civil”, no resulta de aplicación al caso de autos; máxime si la propia demandada ha reconocido que no entregó la mercadería a su destinatario por culpa.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 5333-2009-Lima, ha establecido el siguiente criterio:

Sexto. - *Que, al respecto se debe destacar que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma con la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento, esto es, compartir el sentimiento, de donde surge una voluntad común de conformidad con el artículo 1351 del Código Civil. En ese sentido, el contrato moderno busca el equilibrio entre las partes contratantes, presuponiendo la existencia de la llamada “paridad jurídica” que en doctrina significa que ambos contratantes gocen de igual intensidad por parte de la ley; esto es, que ninguno de ellos pueda apelar sin la libre determinación del otro para que estipule el contrato, dicho de otro modo, es el derecho de vincularse contractualmente (libertad de contratar) y que ninguno de ellos pueda imponer unilateralmente el contenido del mismo; o sea, la facultad que tienen las partes a establecer los términos y condiciones del contrato, siempre que no se vulnere una de norma de carácter imperativo (libertad contractual o libertad de configuración interna del acto); en sentido de que las libertades aludidas configuran las manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad mediante la cual las partes en un contrato son libres de crear, regular, modificar o extinguir una relación obligatoria. Consecuentemente, encontramos que la autonomía de la voluntad constituye un postulado básico para la denominada teoría clásica del contrato. Los principios de esta son: a) el libre albedrío de las partes para celebrar contratos de cualquier contenido y atribuirles los efectos que deseen; y b) la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes en él como el juez (pacta sunt servanda).*

Se podría señalar, de manera figurativa, lo que sustenta el profesor Ghestin: “El fenómeno vinculatorio consiste en una alienación de la libertad de cada una de las partes, las cuales son unidas a través de la fuerza obligatoria del contrato. El ejercicio de la libertad contractual consiste en la aceptación de una restricción [*contrainte*] que se traduce en el respeto de las reglas particulares que el acuerdo de voluntades hizo nacer”.¹⁰⁹

Bajo esta misma óptica, Ghestin mantiene la siguiente posición: “Ahora, nos encontramos siempre en el ejercicio de una libertad ya que es de manera libre que cada una de las partes da su consentimiento y se compromete [*engage*] a respetar los términos del contrato. Es, pues, en ejercicio de esta libertad que el acuerdo de las partes puede –y lo hemos visto– crear un vínculo contractual. La libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato se encuentran íntimamente ligadas”.¹¹⁰

Ghestin concluye, estableciendo que: “La oponibilidad constituye un fenómeno general que busca hacer reconocer la existencia del contrato frente a terceros, ya que si estos últimos estuviesen autorizados a desconocer dicho contrato este no podría llegar a producir efectos [*l’efficacité*], ni siquiera frente a las partes”.¹¹¹

Según Ghestin: “El referido aforismo *pacta sunt servanda* parece algo por demás obvio, una innecesaria reiteración de la noción misma de contrato. Porque, precisamente –sin tener en cuenta los casos de simulación y otros que pudieran equiparárseles– [...] desde una perspectiva formalista esta noción de *oponibilidad del contrato* es desconocida al *Code*, el cual no le ha consagrado ninguna disposición normativa –general o particular– en el

¹⁰⁹ GHESTIN, Jacques. “La fuerza obligatoria del contrato”. En *Ius Et Veritas*, n. 50 (julio 2015), p. 76.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

Libro que recoge la normativa referente a los contratos y las obligaciones en general (artículos 1101 y subsiguientes del *Code*)”.¹¹²

Que lo pactado deba cumplirse abriga un gran contenido moral, pues tanto el no sustraerse a las obligaciones libremente contraídas como la eventual intervención de los poderes públicos representan –en los casos excepcionales en los que no se cumple lo pactado– uno de los rasgos esenciales en la vida de las sociedades civilizadas,¹¹³ comportando un principio de cierta universalidad.¹¹⁴

Para Escobar bajo: “La teoría del consentimiento tiene la gran virtud de enfatizar la naturaleza de la decisión contractual y de explicar por que ninguna de las partes puede, de forma unilateral, alterar dicha decisión¹¹⁵”.

El profesor Benítez, en una adecuada interpretación del principio tradicional clásico de **obligatoriedad contractual** y la no revisabilidad de las obligaciones originada por la superveniencia de alteraciones en las circunstancias, cita: “El Tribunal Supremo en España ha propiciado una desobediencia resucitando la cláusula romana *rebus sic stantibus*, sus teorías de estabilización tendentes a corregir y compensar las grandes diferencias que la inestabilidad de los cambios y las intensas fluctuaciones de las monedas de la mayor parte de los países originan en los negocios

¹¹² Ibíd., p. 83. “Sin embargo, este concepto de inoponibilidad se puede inferir del principio mismo de la fuerza obligatoria del contrato (primer párrafo del artículo 1134 del *Code*) ya que al modificar válidamente el patrimonio de las partes, el contrato no puede carecer racionalmente de consecuencias sobre los terceros, quienes no pueden ignorarlas y deben sufrir algunos de los efectos, en su beneficio o en su perjuicio”.

¹¹³ PLANIOL, Marcel; RIPERT, George y ESMEIN, Paul. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, t. VI. Traducción española del Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, p. 645. “¿Qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”, dice Ulpiano (*Digesto*, Lib. II. Tít. XIV, fr. 1), debiéndose destacar todo el alcance anterior y actual –diríamos universal– de ese *congruum fidei humana* que contiene el pasaje.

¹¹⁴ REZZONICO. *Principios fundamentales de los contratos*, p. 229.

¹¹⁵ ESCOBAR ROZAS. Freddy. *Contratos (fundamentos económicos, morales y legales)* Lima: Palestra Editores, 2020. p.135.

jurídicos, sobre todos los convenios a largo plazo que divorcian la voluntad originaria de los contratos de la realidad efectiva al momento de su conservación”.^{116 117}

La fórmula de la cláusula *rebus sic stantibus* no pretende modificar el contrato, sino respetar la voluntad de las partes al momento de contratar, afianzando la legítima ejecución del mismo, recomponiendo la voluntad original. En los contratos de tracto sucesivo el vínculo obligatorio se entendía subordinado a la continuación de aquel estado de hecho vigente al tiempo de la conclusión. En pocas palabras, uno se compromete en previsión de la permanencia del estado actual de las cosas.¹¹⁸

El principio de inmutabilidad y no modificación de los contratos, conforme a la coyuntura mundial de la COVID-19, está generando debates e intervenciones de algunos gobiernos (España, Italia, Alemania y Brasil) en la esfera contractual privada, a fin de congelar plazos de pago de prestaciones dinerarias, o debates que se generan por la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por la fuerza mayor establecida por el Gobierno peruano por mandato de ley; sin embargo, consideramos que existen contratos civiles y mercantiles que no han suspendido su operabilidad y cadena de pagos, siendo necesario conservar el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

En materia arbitral, el *pacta sunt servanda* implica la conservación de los acuerdos arribados por las partes contratantes, siendo un culto a la libertad contractual y a su vez su límite; sin acuerdo de modificación de las reglas arbitrales no podría existir seguridad jurídica y, por ende, protección de la justicia arbitral.

¹¹⁶ BENÍTEZ CAORSI, Juan. *La revisión del contrato*. Bogotá: Temis, 2010), pp. 385-386.

¹¹⁷ El caso puede verse en CASTILLA BAREA, Margarita. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 230.

¹¹⁸ BENÍTEZ CAORSI. *La revisión del contrato*, p. 385.

Algunos operadores arbitrales vulneran el *pacta sunt servanda* contraviniendo el acuerdo establecido por las partes y vulnerando la esencia de la libertad y obligatoriedad del pacto arbitral, lo cual detallamos en el siguiente orden:

- El falso ejercicio del principio de *kompetenz-kompetenz* del árbitro o los árbitros ante la no existencia del acuerdo arbitral.
- La declaración del *kompetenz-kompetenz* institucional del centro de arbitraje que no mantiene en el pacto arbitral la designación como sede arbitral.
- La modificación unilateral por parte de los árbitros de acuerdo establecidos en el convenio arbitral: a) requisitos y procedimiento de designación de árbitros; b) plazo para laudo; c) incumplimiento del acuerdo de pago de los honorarios arbitrales que no mantengan justificación y asidero leal.

Finalmente, es importante entender sistemáticamente que la fuerza obligatoria o *pacta sunt servanda* vincula a los árbitros y a sus partes en el razonamiento que al acta de instalación o el reglamento arbitral (arbitraje *ad hoc* o institucional) representa el acuerdo contractual de las reglas procesales de inicio a fin del litigio y que los árbitros no pueden modificar los acuerdos arribados por las partes, el principio de no actuar en contra del pacto procesal de las partes implica proteger al proceso ante una posible causal de anulación de laudo, lo cual reviste de una protección al *pacta sunt servanda* arbitral.¹¹⁹

¹¹⁹ A fin de brindar una adecuada interpretación es necesario cotejar el artículo 63 (sobre causales de anulación): “1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] c. **Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable**, salvo que dicho acuerdo o disposición estuviera en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”.

Finalmente, es importante tomar en cuenta los siguientes criterios establecidos por las salas comerciales de Lima:

- a) Un reclamo previo para ser considerado válido necesariamente deberá ser oportuno, lo que implica que debe ser formulado ante la entidad arbitral en la primera oportunidad que el interesado tenga para hacerlo, caso contrario, importaría convalidar el hecho cuestionado.¹²⁰

Respecto de la motivación congruente y el principio de fuerza obligatoria de los contratos, el fallo judicial determinó:

7. Así y más en extenso señala la árbitra en su resolución, de lo que se advierte de una motivación congruente entre lo pedido y lo resuelto, por lo tanto, la denunciada justificación de falta de motivación externa debe desestimarse, por lo tanto, estando desestimada la primera pretensión, carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión originaria y accesoria. [...] De lo glosado se puede advertir que la árbitra única analizó y desarrolló los criterios e interpretaciones relativos a la aplicación de las cláusulas del contrato de arras; efectuó una ponderación para la aplicación del principio pacta sunt servanda.¹²¹

1.2.3.4. Interpretación. Según Von Tuhr: “El contrato da expresión a la voluntad concordante de las partes que lo celebren. Y como lo forman dos declaraciones de voluntad distintas, viene a hallarse integrado por el sentido de esas dos declaraciones, en aquello en que concuerden. Llámese a la interpretación el esclarecimiento del sentido que una declaración encierra”.¹²²

¹²⁰ Resulta necesario resaltar el caos de anulación de laudo arbitral generado entre la Municipalidad Distrital de Los Olivos vs. Almacenero Pacheco S. R. L. Primera Sala Comercial Permanente. Corte Superior de Justicia de Lima, conforme a los alcances del Expediente N° 040-2017-0-1817-SP-CO-01.

¹²¹ En la misma línea se resalta el caso de anulación de laudo entre la Universidad Nacional Federico Villarreal, que fuera tramitado ante la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, conforme a los alcances del Expediente N° 00276-2015-0.

¹²² VON TUHR. *Tratado de las obligaciones*, p. 155.

Rezzónico afirma que: “Siempre se requiere la interpretación, aun cuando –tratándose de las partes de un contrato o de los herederos de un testamento– no exista (todavía) porfía entre los interesados. En primer lugar, las partes harán su interpretación, lo que queda demostrado por el hecho de que la controversia solo puede surgir después de haber interpretado el acto y llegado a una discordancia [...]”.¹²³

El profesor León, respecto de la interpretación, sustenta: “No hay acto de comunicación que no deba ser descifrado en sus términos, estipulaciones o alcances, es decir, que no tenga que ser interpretado. Las manifestaciones de voluntad no son la excepción. En los contratos, las partes –y el juez o el árbitro, si hay conflicto– entienden el contenido de los compromisos asumidos para la ejecución de las prestaciones y la gestión de sus responsabilidades”.¹²⁴

Bueno, nos queda claro que lo que se busca interpretar es la voluntad de los contratantes, al tiempo de celebrar el contrato, sin embargo, inmediatamente nos surge otra interrogante: ¿cuál es la voluntad de los contratantes?, siendo la interrogante de Borda.¹²⁵

Borda, respecto a la declaración de voluntad, la interpreta: “mejor aún –en verdad– se habla de la voluntad declarada. En otras palabras, importa sobremanera lo declarado, pues ello es lo que recibe la contraparte y sobre su base se obliga recíprocamente, pero a la vez debe existir una voluntad de obligarse”.¹²⁶

En ciertos casos, la ley se preocupa de dar reglas de interpretación, es decir, ordena el sentido en que ha de interpretarse una expresión equívoca

¹²³ REZZONICO. *Principios fundamentales de los contratos*, p. 205.

¹²⁴ LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial PUPC, 2019, p. 49.

¹²⁵ BORDA, Alejandro. *Derecho Civil y Comercial. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 232.

¹²⁶ *Ibíd.*

o imprecisa, siempre y cuando no sea posible descubrir el significado que las partes le asignan, de acuerdo con lo mencionado por Von Tuhr.¹²⁷

La Convención de Viena en su artículo 8 establece como pauta de interpretación contractual: “A los efectos de la presente Convención y otros actos de una parte **deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cual era la intención**”.

Este criterio de “común intención de las partes” es apreciado por el profesor Moreno Rodríguez,¹²⁸ quien establece: “si está interpretando lo que las partes han querido, pues naturalmente deberá indagarse en todo momento su intención real. Pero no la oculta, no la interna, sino aquella que ha sido exteriorizada. Recuérdese que una vez sometida una cuestión a interpretación se presuponen no probados vicios internos en la voluntad” y quien finalmente establece interpretar la intención real deberá atenerse a lo declarado, a lo exteriorizado en su conjunto; la buena fe o lealtad para con el destinatario de la declaración así lo impone.¹²⁹

La común intención de las partes y la teoría de los actos propios y actos cumplidos representan actos contractuales que deberán de ser interpretados en forma integral por las partes contratantes y por terceros (jueces o árbitros) en las diferentes fases contractuales, pero con mayor presencia en la ejecución del contrato o en fase de litigio contractual.

Según Vázquez Palma: “El objeto de la interpretación es despejar toda duda sobre el auténtico querer de las partes; en tal sentido, se debe considerar que la voluntad se podrá ver constreñida con ciertas conductas que rompen el equilibrio contractual, como ocurre con las cláusulas abusivas impuestas, así como en diversas situaciones en que la referida

¹²⁷ VON TUHR. *Tratado de las obligaciones*, p. 157.

¹²⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José. *La interpretación y el Código Civil*. En AA. VV., *Contratos*, 3ª ed. Asunción: Intercontinental Editora, 2015, p. 791.

¹²⁹ *Ibíd.*

autonomía de la voluntad queda afectada por la existencia de una relación de dominio de unas de las partes respecto de la otra que obligue a un determinado procedimiento arbitral no querido”.¹³⁰

La interpretación establecida por el tribunal arbitral deberá estar sujeta a la normativa vinculante que las partes establecieron en el contrato respecto a la controversia en sus modalidades: contrataciones estatales, expropiaciones, societario, de salud, consumidor o el arbitraje comercial en su extensión. Este principio de máximo intérprete en el proceso arbitral deberá ser ejercido con coherencia, diligencia y en aplicación de la buena fe arbitral, que está prescrita en el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 1071.

En todo caso, el trabajo interpretativo ocupa un mayor espacio en las cláusulas de índole facultativa, es decir, en aquellas donde las partes tienen plena libertad de acción y su vacío no se encuentra suplido por el legislador. Constituyen ejemplos de estos casos el procedimiento para nombrar a los árbitros, el número que conformará el tribunal arbitral, que plazos se seguirán, entre otros, siguiendo la línea de Vázquez Palma.¹³¹

Es indispensable que el convenio arbitral tenga una interpretación estricta sobre la expresión de la voluntad de los contratantes y su extensión; mientras que para otros ese tipo de interpretación pertenece a la era del hielo del Derecho Arbitral, consideramos que deberán de coexistir las interpretaciones de las partes para la ejecución del acuerdo arbitral en su contexto amplio y conforme a una auténtica interpretación efectuada por el tribunal arbitral respecto a los conflictos que surjan.

En nuestra opinión, debe analizarse cada caso concreto en virtud de verificar la correcta y expresa manifestación de voluntad arbitral bajo las

¹³⁰ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 406.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 407.

reglas de la buena fe en fase de ejecución contractual y con ello mantener siempre vigente el principio pro arbitraje.

La función de interpretación en la práctica arbitral se traslada a las partes en el momento posterior a la emisión del laudo, pues estas mantienen vigente su derecho de requerir al tribunal arbitral, vía interpretación, que explique aspectos dudosos u oscuros del laudo, siendo esta etapa poslaudo esencial en la estrategia de defensa y de conservación del buen criterio y motivación del laudo emitido por los árbitros.

En ese sentido, la interpretación de laudo arbitral, a decir de Rivera,¹³² señala lo siguiente: “El Tribunal subsana una duda, rehace una expresión torpe, explica una palabra, corrige la forma, pero sin jamás tocar el fondo, sin jamás atentar contra la cosa juzgada irremisiblemente adquirida”.

Asimismo, González de Cossío¹³³ señala que: “Interpretar consiste en restituir el verdadero sentido al laudo original, cuando el mismo ha sido mal interpretado en el dispositivo o cuando el mismo aparece contradictorio con la motivación o contiene oscuridades o ambigüedades”.

Finalmente, la Ley de Arbitraje en su artículo 58 regula como actuación post laudo el recurso de interpretación que otorga a las partes requerir al tribunal arbitral interpretar algún extremo del laudo oscuro, ambiguo o dudoso.

Sobre los alcances de la solicitud de interpretación del laudo, Aramburú Yzaga señala lo siguiente: “Contra el laudo arbitral también cabe interponer la solicitud de interpretación, la cual deberá ser resuelta por el propio tribunal arbitral. En la LGA se le denominaba aclaración de laudo. Es importante precisar que, si bien el nombre de la solicitud ha sido modificado, el objeto de la misma se ha mantenido. Es, pues, mediante la

¹³² RIVERA. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, p. 614.

¹³³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*, 3ª ed. México D. F.: Porrúa, 2011, p. 721.

interpretación del laudo que el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo este debe entenderse”.¹³⁴

La aplicación del *kompetenz-kompetenz* –que abordaremos en el párrafo siguiente– deberá ser ejercida bajo la interpretación del principio de buena fe por parte de los árbitros y centros de arbitraje, y con una aplicación pro arbitraje sin incurrir en su desnaturalización y vulnerar el principio de autonomía privada en imponer a las partes (una de ellas) la justicia arbitral.

1.2.3.5. Kompetenz-kompetenz. El principio *kompetenz-kompetenz* representa el principio rector de protección de la jurisdicción arbitral y hasta un dogma, en referencia a la protección absoluta sobre la competencia de los árbitros y el rechazo a su cuestionamiento o alguna forma de causa de inestabilidad en el amplio ejercicio de la competencia arbitral.

El *kompetenz-kompetenz* está incorporado en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas y en adelante fue regulado en las diferentes legislaciones arbitrales nacionales y en todos los reglamentos de los diversos centros de arbitraje de sede nacional e internacional, representando el principio absoluto de protección de la justicia arbitral.

Conforme a Castillo y sus coautores: “Dos escuelas han sido las encargadas de desarrollar *in extenso* este principio: la alemana y francesa. Para la escuela alemana –cuya postura es la más radical– el *kompetenz-kompetenz* implica que el árbitro, o en su caso el tribunal arbitral, de ser el único capaz de decidir sobre su competencia”.¹³⁵

Siguiendo con la reseña de Castillo y otros: “Por su parte, la escuela francesa matiza el alcance de este principio al señalar que se refiere al

¹³⁴ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel. “Art. 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo”. En SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, coords. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 664.

¹³⁵ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 544.

hecho de que el árbitro debe ser el primer juez de su competencia, quedando esta decisión sujeta a la determinación final que haga el juez ordinario competente. Lo que no precisa esta escuela es el momento en el que el juez debe realizar dicha determinación; sin embargo, Gerol Hermann explica que la primera decisión acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral debe corresponderle al árbitro, y la última al juez”.

Decir que los árbitros, de acuerdo con el principio *kompetenz-kompetenz*, tengan la facultad de resolver sobre los cuestionamientos a su propia competencia, tal como lo expresa Bullard: “[...] choca con el sentido común de los propios abogados no familiarizados con el arbitraje. Les cuesta entender, por ejemplo, cómo una alegación de nulidad del convenio arbitral puede ser resuelta precisamente por aquellos cuya competencia se deriva de tal convenio. Ven un problema de ‘el huevo y la gallina’ en el que, si la gallina es nula, el huevo tiene que ser nulo y nada puede derivarse de él”.¹³⁶

El principio *kompetenz-kompetenz* representa la esencia y resguardo del arbitraje de mantener una protección exclusiva de la jurisdicción arbitral ante cualquier intervención del Estado o posibles desvíos a los fueros judiciales de las controversias por las partes. La ley arbitral peruana de forma amplia y técnica define los alcances de la competencia de los árbitros, bajo los numerales 40 y 41 de la Ley de Arbitraje.

Según Rivera:¹³⁷ “Podemos decir que el principio competencia-competencia significa que los árbitros pueden juzgar sobre la eficacia de la cláusula arbitral y de su aplicabilidad al caso, estando ello sujeto a revisión judicial por vía de un recurso posterior (efecto positivo), y que los tribunales judiciales, si fueran instados por una de las partes, deben limitarse a un examen *prima facie* y remitir la cuestión a la decisión de los árbitros salvo

¹³⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, p. 440.

¹³⁷ RIVERA. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, p. 408.

nulidad o inaplicabilidad manifiestas de la convención arbitral (efecto negativo)”.

Caivano¹³⁸ considera que: “el principio *kompetenz-kompetenz*, en pocas palabras, permite a los árbitros decidir los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (y, por supuesto, con más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene”.

En el mismo sentido, Ramírez Gómez:

*El principio del competence-competence, por su parte, indica que los árbitros son competentes para resolver la relación con su propia competencia, empero –y esta es una aclaración necesaria– no quiere ello decir que sean los únicos competentes para resolver en relación con su propia competencia. Lo anterior se explica en que verdadero sentido del principio lo que hace es fijar una prelación temporal a favor de los árbitros en relación con las cortes locales en lo que tiene que ver con la decisión acerca de su propia competencia, lo cual, dicho en sentido contrario, indica que las Cortes o jueces estatales no pueden pronunciarse sobre la competencia de los árbitros antes de que los árbitros mismos lo hayan hecho.*¹³⁹

En un notable artículo sobre *kompetenz-kompetenz*, Gaillard y Banifatemi argumentan las razones por las cuales este principio es necesario para el arbitraje.¹⁴⁰ En primer lugar, sostienen que en caso de permitirles a las partes la posibilidad de acudir paralelamente a la vía judicial sin ningún tipo

¹³⁸ CAIVANO, Roque. “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”. En *Derecho y Ciencias Sociales*, n. 13 (octubre 2015), p. 28.

¹³⁹ RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad de Externado, 2016, p. 41.

¹⁴⁰ GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas. “Negative Effect Of Competence-Competence: The Rule Of Priority In Favour Of The Arbitrators”. En GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, Domenico, eds. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Londres: Cameron May, 2008, p. 259.

de reparo se estaría desvirtuando la naturaleza del arbitraje debido a las demoras que esto ocasionaría, sumado al hecho de que la parte que plantea alguna cuestión en sede judicial puede realizarlo con el único ánimo de entorpecer el arbitraje. En segundo lugar, sostienen que este principio es necesario para que el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958 sea aplicable. Finalmente, consideran estos autores que el principio evitaría sentencias contradictorias, ya que sería un solo tribunal –en este caso, el arbitral– el encargado de decidir sobre la competencia.¹⁴¹

Según, Gisbert Pomata “El principio de ‘competencia de la competencia’ (expresión alemana *kompetenz-kompetenz*) –que progresivamente está siendo admitido en los derechos nacionales, así como convenciones internacionales y reglamentos de instituciones arbitrales– se presenta vinculado a otro principio básico del Derecho Arbitral, cual es el de la autonomía del convenio o cláusula arbitral.

El efecto esencial de este último principio es que el convenio arbitral escapa a la nulidad o a la resolución del contrato principal. Por tanto, la primera misión de los árbitros es fijar los límites y contornos de su misión”.¹⁴²

Acorde con nuestro planteamiento, el principio *kompetenz-kompetenz* tendría sus cimientos jurídicos y doctrinarios en cuatro ámbitos:

a) Derivado del acuerdo arbitral

Resulta primordial mantener la persistencia de un pacto arbitral y que no adolezca de vicios o se encuentre dentro del ámbito de los denominados convenios patológicos, a fin de que los árbitros mantengan la protección de su competencia y, a su vez, esta genere una defensa absoluta de la justicia

¹⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El principio *compétence-compétence* revisitado”. En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad iberoamericana*, n. 36 (2006), p. 102.

¹⁴² GISBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 166.

arbitral frente a las personas jurídicas o naturales que desconozcan el ámbito de la imposición del principio del *kompetenz-kompetenz*.

b) Derivado de la instalación del tribunal

Sin perjuicio de que los árbitros tengan la garantía de que su competencia nazca de un convenio arbitral pleno, al momento que las partes participan de la audiencia de instalación del tribunal están expresando su ratificación de manera expresa, su voluntad de litigio arbitral y con ello reafirman la competencia de los árbitros, dejando la posibilidad de establecer su objeción a la competencia que deberá de ser ejercida con diligencia y oportunidad a fin de no convalidar por omisión.

c) Derivado de establecer los puntos controvertidos

Los árbitros, a fin de permanecer de manera constante en el ejercicio de su *kompetenz-kompetenz*, deberán analizar si las pretensiones y/o reconvencciones resultan materias arbitrables o se encuentran dentro lo permitido por las normativas pertinentes. En un supuesto de que no resulten ser competentes para resolver ciertas materias controvertidas, el tribunal arbitral podría declinar del ejercicio del *kompetenz-kompetenz*.¹⁴³ La doctrina arbitral peruana, con mayor regularidad, aplica los alcances de la incompetencia del tribunal arbitral en las controversias respecto a la ejecución de obras públicas, acorde a lo regulado por la legislación de la contratación pública.

d) El ejercicio del *kompetenz-kompetenz* de oficio al momento de emitir el laudo

¹⁴³ En materia de contrataciones estatales, y conforme a los avances de la normativa especial, las pretensiones por el enriquecimiento sin causa e indemnizaciones planteadas en contra de las entidades estatales no constituyen materia arbitrable; este mismo sentido se aplica a los adicionales de obra y gastos generales en los arbitrajes sobre ejecución de contrato de obra que en la doctrina arbitral peruana se han desarrollado mucho con el término de “inarbitrables”.

Recordemos que las actas de instalación otorgan a los árbitros facultades discrecionales a fin de que puedan pronunciarse sobre los diversos aspectos controvertidos –aun no hayan sido señalado por las partes– , conforme al principio de dirección del proceso arbitral regulado en los numerales 40 y 41 de la Ley de Arbitraje, siendo esencial que exista conexión entre los puntos controvertidos y las pretensiones de la demanda o reconvención. En los arbitrajes de contrataciones estatales esta facultad se extiende a las excepciones de caducidad declaradas de oficio, criterio muy discutido en la comunidad arbitral.

Un ejemplo concreto de declaración de incompetencia lo encontramos en el siguiente laudo arbitral en materia de contrataciones estatales:¹⁴⁴

Es claro que el numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece una excepción en la contratación de obras para que una entidad ordene y pague la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15 %) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Dicha excepción requiere un procedimiento que está regulado en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Tanto la excepción y el procedimiento señalados están previamente establecidos para cautelar los recursos públicos.

En el presente proceso, es aplicable el supuesto del monto que no supera el 15 % del monto del contrato original y por ello la pretensión principal de la demanda arbitral contiene el pedido de dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20 (y con ello, indirectamente, alterar lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 452-2013 MTC 02 de fecha 26 de julio de 2013, pues conforme a la normativa aplicable, el plazo de ampliación y los mayores gastos generales de esta forman parte del presupuesto adicional aprobado). De ello se infiere que el consorcio solicita que se corrija la decisión de la entidad de

¹⁴⁴ A fin de brindar una lectura amplia, se sugiere ingresar al Expediente N° 377-56-13. Anulación laudo. Arbitraje Consorcio Huallaga - Provías Nacional.

aprobar el adicional y ello no es posible porque la ley expresamente excluye tal decisión del arbitraje.

En ese contexto, este tribunal arbitral estima que la pretensión principal es improcedente porque no es materia arbitrable, pero deja a salvo el derecho del contratista para pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la revisión de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20, toda vez que este tribunal arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha sido aprobado un adicional de obra cuando el monto no supera el 15 % del monto del contrato original.

Por lo expuesto, este tribunal arbitral estima que la primera pretensión principal es IMPROCEDENTE por los fundamentos expuestos.

En la actualidad, la doctrina arbitral peruana en su mayoría ha aceptado la inarbitrabilidad respecto a las prohibiciones establecidas en la Ley de Contrataciones a fin de tutelar los recursos públicos ante posibles pretensiones que, con diferentes estrategias, podrían tener por finalidad que el Estado gaste mayores montos económicos a los no permitidos por la ley.

La Primera Sala Comercial de Lima, tomando en cuenta el principio *kompetenz-kompetenz*, estableció el siguiente criterio:¹⁴⁵

Noveno.- *Que, asimismo las dos empresas mencionadas sustentaron sus cuestionamientos en que si bien en las Juntas Generales de Accionistas de ambas se autorizó al señor X para aceptar la oferta propuesta por la empresa D y en su oportunidad ejecutar la transferencia, no se otorgó ninguna autorización, expresa o implícita, para que dicha persona pudiera pactar un convenio arbitral. Aducen que aquel intervino en su condición de representante en virtud a las facultades expresamente conferidas por las*

¹⁴⁵ Se sugiere analizar los alcances del fallo contenido en el Expediente (Anulación de laudo) N° 1757-2006. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima.

Juntas; es decir, no actuó en su condición de gerente general de estas empresas. Además, mediante Resolución N° 45 del veintisiete de septiembre de dos mil cuatro, corriente de fojas dos mil trescientos veinte a dos mil trescientos ochenta, el tribunal arbitral (con voto en mayoría) declaró infundada la impugnación a su competencia –el voto en minoría fue del propio presidente del tribunal arbitral, para quien la excepción de incompetencia resultaba fundada–, finalizando con ello cualquier cuestionamiento sobre su competencia, en aplicación del anotado artículo 39 de la Ley N° 26572.

Décimo.- *Que, de lo anterior concluimos que las recurrentes han cumplido con la exigencia legal prevista para la procedibilidad de esta causal, al haber cuestionado la anulación del laudo - Esteban Alva Navarro 293 expresamente la competencia del tribunal arbitral (el reclamo previo por vicio en el convenio arbitral). Ante ello, resulta irrelevante para el caso bajo análisis que una de las excepciones de incompetencia (específicamente, la deducida por la empresa B) se haya fundado en la ineficacia de la cláusula que contiene el convenio arbitral, toda vez que la oposición al arbitraje regulada en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje N° 26572, se encuentra basada tanto en la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral. Siendo así, las alegaciones de la demandada la empresa C, respecto a que en el proceso arbitral no se habría deducido la nulidad del convenio, ni invocado el artículo 39 de la Ley N° 26572, devienen insubsistentes pues, como se ha señalado, las actoras se opusieron al arbitraje conforme lo prevé dicho artículo, argumentando, por un lado, la inexistencia y, por otro, la ineficacia del convenio arbitral.*

Se resuelve:

i) Declarar fundado en parte, el recurso de anulación de laudo arbitral formulado por la empresa A, mediante escrito de folios trescientos cincuenta y ocho a trescientos noventa y dos.

ii) Declarar fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral formulado por la empresa B, mediante escrito de folios ochocientos ochenta y tres a mil ciento ochenta y cuatro.

iii) *Declarar nulo el laudo arbitral de derecho (Resolución N° 214) del diecinueve de julio de dos mil seis, expedido por el tribunal arbitral «C-A y B» presidido por el Árbitro 1 e integrado por los Árbitros 2 y 3, por la nulidad del convenio arbitral.*

iv) *Declarar que carece de objeto emitir pronunciamiento por las causales de anulación invocadas y contenidas en los incisos 2), 6) y 7) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje; y, así como las cuestiones previas a que se refieren las sentencias recaídas en los Expedientes N° 6149-2006-PA/TC, N° 6662-2006- PA/TC-Lima y N° 08229-2006-PA/TC; y,*

v) *Declarar restablecida la competencia del Poder Judicial, salvo acuerdo distinto de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 78 de la Ley N° 26572; en los seguidos por la empresa A y la empresa B contra la empresa C sobre anulación de laudo arbitral; con costas y costos.*

Finalmente, es importante exponer los criterios asumidos por la Segunda Sala Comercial de Lima respecto al nacimiento de la competencia de los árbitros con relación al convenio arbitral:

SÉPTIMO: *A tal efecto, debe tenerse presente que, conforme a su naturaleza jurídica, no es legalmente posible que exista arbitraje alguno si no hubiera un convenio arbitral entre las partes que habilite la competencia de los árbitros; convenio arbitral que puede asumir cualquiera de las formas previstas en el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071, pero que inexorablemente debe estar presente como fundamento de la competencia de los árbitros. En ese sentido, constituye punto arcóntico del arbitraje el sometimiento de las partes a esta jurisdicción especial, pues sin ello cualquier pretendido ejercicio de competencia arbitral se revela como un acto fraudulento, arbitrario, y sin asidero ni cobertura jurídica. Esto debe ser objeto de la calificación preliminar del pedido de colaboración judicial con el arbitraje, acto en*

el que el juzgador debe verificar la existencia del convenio arbitral, lo que no se advierte que se haya hecho en el caso concreto.¹⁴⁶

La competencia de los árbitros debe mantener fuente contractual o legal (Ley de Contrataciones del Estado) a fin de ejercerla en forma amplia y eficaz. La imposición de la competencia sin preexistencia del convenio arbitral implica una vulneración al debido proceso y a la naturaleza jurídica del litigio arbitral.

1.2.3.6. Derecho a objetar. El derecho a objetar es la acción o recurso que disfrutan las partes para refutar o impugnar cuestiones, situaciones o faltas procedimentales dentro de un proceso arbitral, que incluye aspectos procesales de fondo o forma, pero no es limitado a la oportunidad de impugnar la competencia de un tribunal arbitral o bien la ausencia de requisitos no cumplidos por los árbitros, entre otros aspectos.

Incluso, el derecho a objetar se puede ejercer antes de la constitución del tribunal o su instalación, con oposiciones a la competencia del centro de arbitraje o requerimientos de suspensión del procedimiento de petición o conformación del tribunal arbitral; ante un arbitraje institucional es esencial el análisis de los reglamentos arbitrales vinculantes.

La Ley de Arbitraje, en su artículo 11, regula la figura del derecho a objetar o su renuncia, que establece lo siguiente: “Si una parte conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes puedan apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias”.

¹⁴⁶ Caso N° 6762-2014, Segunda Sala Comercial de Lima, sobre anulación de laudo, Universidad Peruana Los Andes.

Para Bullard: “Se trata en estricto de la aplicación de la doctrina de los actos propios (que no es si no la aplicación del principio de buena fe) a la institución arbitral, con la finalidad de proteger el buen desarrollo del proceso, desincentivar comportamientos estratégicos de las partes, evitar con ello dilaciones innecesarias y, finalmente, sobre todo, proteger la efectividad del laudo que se emita”.¹⁴⁷

En un proceso sobre anulación de laudo, la Segunda Sala Comercial de Lima,¹⁴⁸ ha establecido el siguiente criterio: “Constituye pretensión implícita de la demanda de dejar sin efecto las penalidades impuestas, el declarar fundado en parte lo pretendido disponiendo el reajuste de las penalidades en cuestión, con sujeción a los topes aplicables. Aplicación oficiosa de la doctrina de los actos propios, que emanada del principio fundamental de la buena fe en materia contractual no importa desviación del debate arbitral ni afectación del principio de congruencia”.

La Ley quiere evitar el comportamiento estratégico de las partes y para ello manda que las partes se encuentran obligadas a ser consistentes con sus propios actos, de tal forma que la objeción que no plantearon en la primera oportunidad que tuvieron no podrán tampoco (para ser consistentes) plantearla después. Y si lo hace, su objeción debería ser declarada improcedente por ser manifiestamente inconsistente con su “silencio” anterior.¹⁴⁹

Téngase en cuenta que un elemento esencial de esta disposición es el conocimiento. Para que se considere que por el no ejercicio de su derecho a objetar la parte renunció al mismo es fundamental que antes dicha parte haya conocido o debiera haber conocido la irregularidad en cuestión. Si la

¹⁴⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Art. 10.- Representación de la persona jurídica”. En SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, coords. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 136.

¹⁴⁸ Ver Expediente N° 256-2017, Empresa Municipal de Mercado S.A. versus Petramas S. A. C., sobre anulación de laudo.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 137.

parte conoció o no, o si debió conocer, constituirá, como es natural, una evaluación que deberá efectuarse caso por caso.¹⁵⁰

De otro lado, comentando la institución de la renuncia del derecho a objetar, Flores dice: “La finalidad de la renuncia del derecho a objetar consiste en impedir que más tarde –en el arbitraje– se presenten objeciones de mala fe o que pudieron haberse hecho con anterioridad, o que en el procedimiento de reconocimiento y ejecución o en el de nulidad del laudo, la parte vencida trate de atacar injustificadamente el laudo”.¹⁵¹

Mantilla-Serrano¹⁵² afirma: “Esta norma no solo en nada vulnera el derecho de defensa, sino que lo fortalece, protegiendo a una parte de la actitud reticente de la otra, que tan solo una vez conocido el resultado del arbitraje aduciría tardíamente, cuando ya nada puede hacerse para remediarla, una alegada violación que podría permitirle escapar a los efectos de un laudo desfavorable. Se trata de una mera expresión de los principios de buena fe y de la prohibición de *venire contra factum proprium*”.

Castillo y sus coautores establecen: “En efecto, incluso la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Arbitraje señala que este artículo pretende garantizar la buena fe con la que deben participar las partes en un arbitraje, evitando que se amparen conductas que entran en contradicción con los actos propios de quien pretende objetar las actuaciones arbitrales”.¹⁵³

Para Borda,¹⁵⁴ la teoría de los actos propios: “Constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda

¹⁵⁰ Ibíd.

¹⁵¹ FLORES RUEDA, Cecilia. “Renuncia al derecho a objetar: el caso Infored”. En *Abogado Corporativo* (noviembre-diciembre 2008), p. 6. Recuperado de https://floresrueda.com/wp-content/uploads/2018/06/floresrueda_renuncia_al_derecho_de_objetar.pdf

¹⁵² MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 69-70.

¹⁵³ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 169.

¹⁵⁴ BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 51-53.

pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”.

Como presupuestos de la teoría de los actos propios, la doctrina destaca fundamentalmente tres (Borda):¹⁵⁵

- a) Una conducta vinculante: acto o serie de actos que reflejan una decisión respecto a intereses trascendentes.
- b) Una pretensión contradictoria: consiste en la emisión de una nueva conducta que importa ejercer una pretensión que resulta ser inadmisibles por ser contradictoria a la primera conducta.
- c) Identidad de sujetos: la existencia de una conducta previa y una pretensión posterior emanada por una misma persona física o jurídica.

La renuncia al derecho a objetar en el Derecho Procesal peruano podría ser equiparado con el principio de la convalidación¹⁵⁶ en dos aspectos: el primero, al no rechazar un acto procesal y permitir que la secuencia de la litis se mantenga con plena normalidad; y el segundo aspecto, el de haberse efectuado una contradicción o rechazo de manera tardía o extemporánea, lo cual mantiene mucha relación con el recurso de la nulidad procesal que prescribe que pueda ser efectuado de manera inmediata en el plazo de tres días ante cualquier vicio procesal.

El ejercicio a la objeción en el arbitraje de forma exclusiva se encuentra regulado en el ejercicio del recurso de reconsideración por el cual se solicita al tribunal arbitral restablecer las cosas al estado anterior a la posible

¹⁵⁵ Ibíd.

¹⁵⁶ Ver Exp. N° 577-2017-0-1817-SP-CO-01, Primera Sala Comercial de Lima (Gobierno Regional de Áncash vs. Proconsa & Asociados E.I.R.L.). La causal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071 exige el reclamo previo, el que para ser considerado válido **necesariamente deberá ostentar ciertas cualidades tales como ser oportuno, caso contrario importaría una suerte de convalidación del hecho cuestionado** que se denuncia en el proceso de anulación.

vulneración del debido proceso y, a su vez, permite el ejercicio procesal de la objeción. La reconsideración es el único instrumento procesal que de forma adecuada permite modificar los criterios arbitrales en las incidencias procesales.

Respecto al adecuado uso del recurso de reconsideración, es necesario aplicar los alcances del artículo 49 de la ley arbitral que dispone: “Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión”.

Es importante establecer que el plazo de 3 días fijado en la ley arbitral podría ser ampliado por el reglamento arbitral y las partes en la audiencia de instalación o en la notificación de las reglas procesales. Resulta trascendental considerar, por el término de la distancia o las partes por estrategia y derecho de defensa, aceptar la posibilidad de ampliar los plazos para interponer el recurso de reconsideración.

1.2.3.7. Separabilidad del convenio arbitral. El principio *kompetence-kompetence*, según Llain:

*[...] va de la mano del denominado principio de separabilidad o de autonomía del convenio arbitral, según el cual la cláusula arbitral es independiente del contrato principal que la contiene y, por ende, los árbitros poseen plena facultad para resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal. De esta forma, si el contrato principal está afectado de nulidad, la cláusula arbitral no corre igual suerte. La diferencia entre estos dos principios reside entonces en que, según el principio de separabilidad, los árbitros tienen la facultad de resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal, mientras que, de acuerdo con el principio de *kompetence-kompetence*, los árbitros tienen la*

*facultad de resolver controversias relativas a la existencia y validez del pacto arbitral.*¹⁵⁷

Caivano afirma: “Reconocida hoy en casi todas las jurisdicciones, la llamada ‘autonomía’ del convenio arbitral es un término ambiguo. Suele distinguirse entre autonomía ‘material’ (esto es, respecto del contrato principal) y autonomía ‘jurídica’ (esto es, respecto de la ley aplicable al contrato)” .¹⁵⁸

En la doctrina chilena, la profesora Vásquez sostiene: “Conforme a esto, una cláusula sobre arbitraje que forme parte de un determinado contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de dicho contrato, de manera que una decisión del tribunal arbitral que se pronuncie sobre la nulidad o inexistencia del aludido contrato no acarrea por ese hecho la nulidad del acuerdo arbitral, lo que se producirá solo en el evento que el árbitro llegue a la conclusión que el efecto que causa la nulidad del contrato afecta también a la cláusula compromisoria” .¹⁵⁹

En efecto, De Benito plantea: “El principio de separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula, lo que a su vez constituye el efecto primero e inmediato del principio de competencia sobre la competencia, en cuya virtud, en la formulación del citado artículo 22.1 de la LA,¹⁶⁰ los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la

¹⁵⁷ LLAIN ARENILLA, Shirley. “El rol del principio de *competence-competence* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional”. En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 24 (enero-junio 2014), pp. 143-168.

¹⁵⁸ Caivano: “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, 20: “Aunque, de manera embrionaria, sus orígenes se remontan a la legislación inglesa de fines del siglo XVII (Samuel, 2000), este principio fue recogido principalmente por la jurisprudencia francesa y norteamericana de la segunda mitad del siglo XX (Svernlov y Carrol, 1991)”.

¹⁵⁹ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 741.

¹⁶⁰ Ley de Arbitraje.

validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.¹⁶¹

La Sala Comercial de Lima no ha sido ajena a la definición de principio de separabilidad y sostiene: “La objeción a la validez del contrato principal no afecta al convenio arbitral ni priva necesariamente a los árbitros de la competencia para resolver el conflicto relativo a dicho contrato”.¹⁶²

En la anulación declarada infundada entre el señor Enrique Condori vs. Paulina Roldan Zúñiga,¹⁶³ la Sala Segunda Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima establece los siguientes criterios:

- i. El principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral, regulado en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, establece que el convenio arbitral, como acuerdo independiente, no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este último no implica que el convenio arbitral sea nulo, anulable, inválido o ineficaz, pues solo los árbitros tendrán la facultad de decidirlo.*

- ii. Décimo primero: Por lo demás, este Superior Colegiado considera que lo resuelto por el árbitro único guarda relación con el principio de autonomía o separabilidad del convenio prevista en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje peruana, en virtud del cual el convenio arbitral como acuerdo independiente no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la nulidad de este último no implica que el convenio arbitral sea nulo, máxime si se tiene en cuenta que el recurrente, Enrique Condori Pari, reconoce haber suscrito el contrato de arrendamiento.*

¹⁶¹ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. “Asimetría, separabilidad, sinalagma”. En *Spain Arbitration Review*, n. 5 (2009), s. p. Recuperado de <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/073mdb.pdf>

¹⁶² Segunda Sala Comercial de Lima en el Expediente N° 145-2015, anulación de laudo entre la Empresa Comunal de Servicios Agropecuarios La Tierra de Yavhe S.R.L. vs. Guillermo Chaparro y otros.

¹⁶³ Expediente N° 414-2017-0. Demandante: Enrique Condori Pari; demandado: Paulina Rondan Zúñiga viuda de Munares. Materia: anulación de laudo arbitral.

Según expone De Benito: “El término ‘separabilidad’ refleja con mayor acierto –por menos ambiguo y más expresivo– las sutiles cuestiones que el tema plantea. A despejar esa ambigüedad no ayuda tampoco el propio término ‘convenio arbitral’, que corre el riesgo de connotar una idea de autosuficiencia en ocasiones excesiva. Por todo ello es preferible –y no se trata de una pura cuestión de estilo– hablar de ‘separabilidad’ de la cláusula o pacto compromisorio”.¹⁶⁴

De Benito ha dicho que “la *competence/competence* es, así, **el instrumento procesal del principio de separabilidad**”,¹⁶⁵ “seguramente sería más exacto decir que es el principio de separabilidad el instrumento técnico que hace posible la *kompetenz-kompetenz*. La separabilidad es, en efecto, un puro expediente técnico –basado, eso sí, en la presunción de la intención de las partes– para resolver un problema concreto de carácter lógico: la imposibilidad –*nihil ex nihilo*– de que un convenio arbitral nulo pueda fundar la competencia de los árbitros”.¹⁶⁶

Esto en concordancia con el artículo 40 de la Ley de Arbitraje: “El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas”.

Para Fernández Rozas: “La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual que es para lo que se pacta. En consecuencia, la nulidad del

¹⁶⁴ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART. “Asimetría, separabilidad, sinalagma”, s. p.

¹⁶⁵ POUURET, Jean-Francois y BESSON, Sebastien. *Comprative Law of International Arbitration*, 2ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 134.

¹⁶⁶ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART. “Asimetría, separabilidad, sinalagma”, s. p.

contrato no significa *per se* la del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos de deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral”.¹⁶⁷

Respecto a la autonomía propugnada, Fernández Rozas expresa:

*No significa desconexión respecto de contrato principal, no obstante, como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto;*¹⁶⁸ *por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria.*¹⁶⁹

En decir de Castillo Freyre y sus coautores:

Se trata aquí de la separabilidad absoluta del convenio arbitral con respecto a las demás cláusulas del contrato en el cual se encuentra inserto. Esto es fundamental, en la medida de que, de lo contrario, si no se siguiese este principio, todo proceso arbitral sobre nulidad de contrato en el cual se encuentre inserto un convenio arbitral, tendría que seguirse ante el poder judicial, por cuanto estaría en duda la propia validez del convenio arbitral y, por tanto, mal podría el tribunal arbitral constituirse en base a un convenio

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José. “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”. En PICAND ALBÓNICO, Eduardo, coord. *Estudios de arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2006, p. 714.

¹⁶⁸ VIRGÓS SORIANO, Miguel. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 14 (2006).

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ ROZAS. “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, p. 716.

*arbitral cuya nulidad, sea precisamente, controvertida al formar parte de un contrato que se alega es nulo.*¹⁷⁰

Es primordial establecer que ante la posibilidad de la invalidez del contrato principal esta disfunción contractual no se extenderá al convenio arbitral y, en consecuencia, los árbitros seguirán ejerciendo su competencia respecto a la controversia.

En el artículo 41 de la ley arbitral regula el principio de separabilidad del acuerdo arbitral como uno de los aspectos más esenciales de protección de la competencia de los árbitros bajo la separación del pacto arbitral respecto al contrato y posibles cuestionamientos a su nulidad, ineficacia o invalidez negocial o contractual.

El texto literal del artículo 41 expresa lo siguiente:

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

[...]

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

Este principio busca crear una ficción jurídica que distinga al contrato principal del convenio arbitral con la finalidad de hacer efectiva su aplicación frente a la siguiente interrogante que es planteada por Guzmán-

¹⁷⁰ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral”. En *Advocatus*, n. 30 (2014), p. 300.

Barrón: ¿qué ocurre si una de las partes cuestiona la validez del contrato que contiene el convenio arbitral?¹⁷¹

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

En consecuencia, siguiendo a Guzmán-Barrón: “Si una de las partes no cuestiona el convenio arbitral, sino la validez, eficacia o existencia del contrato principal que incorpora el convenio arbitral y se considera al convenio arbitral como parte de dicho contrato, los vicios alegados sobre el mismo acarrearían que el convenio arbitral también los padezca”.¹⁷²

Nótese que en caso de que los vicios del contrato principal se extendieran *de facto* al convenio arbitral, el laudo que se emita en virtud de dicho convenio nulo no tendría ningún efecto jurídico. Por ello no faltaría quien alegue que debido a la nulidad o a cualquier vicio del contrato principal que afecte al convenio arbitral, la controversia no debe ser sometida a arbitraje, sino a la justicia ordinaria.¹⁷³

En palabras del profesor Silva Romero,¹⁷⁴ el principio de separabilidad: “Ha sido elaborado con miras a garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato principal que comprende el pacto arbitral o al que está relacionado no conduzca

¹⁷¹ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 53.

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ SILVA ROMERO, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio *competence-competence*”. En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 579.

inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral [...] y, por otra parte, la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato principal”.

En sede nacional, para Guzmán-Barrón: “El principio de separabilidad permite mantener la competencia de los árbitros ante el cuestionamiento de cualquier vicio del contrato principal en la medida en que estos no afectarán al convenio arbitral, por considerarse este una relación jurídica autónoma”.¹⁷⁵

En virtud de ello, Guzmán-Barrón considera: “Al convenio arbitral como un contrato inserto en otro contrato. Lo cual justifica que en caso una de las partes, alegara la nulidad del contrato que posee la cláusula arbitral, este no debería extenderse a dicha cláusula, con lo cual corresponde al árbitro y no al juez determinar la nulidad de dicho contrato, a efectos de evitar las dilaciones judiciales por tratar de evitar el arbitraje”.¹⁷⁶

Respecto a la estrecha conexión que existe entre el principio de separabilidad y el principio *kompetenz-kompetenz*, Caivano menciona:¹⁷⁷

En otras palabras, Guzmán-Barrón finaliza:

Con el principio kompetenz-kompetenz se asume, como cuestión de principio, que existe una cláusula arbitral válida que permite a los árbitros decidir sobre su competencia, ciertamente de manera inicial y ordinariamente sujeto a control judicial. Pero, obviamente, no significa que siempre deban declararse competentes: solo asegura que puedan resolver la objeción jurisdiccional, lo que podrán hacer en uno u otro sentido. Es en esta instancia –al analizar si son o no competentes– cuando cobra virtualidad el principio de la separabilidad, pues para adoptar esa

¹⁷⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, p. 54.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ CAIVANO. “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, pp. 28-30.

*determinación, los árbitros deberán tomar en cuenta si existe un acuerdo arbitral válido, lo que implica examinar la causal que se invoca, sea esta referida en general al contrato o específicamente a la cláusula arbitral.*¹⁷⁸

No cabe discutir si el principio de separabilidad es aceptado en cualquier legislación arbitral nacional o internacional y su ejercicio deberá de ser ejercido con amplias facultades por parte de los árbitros y centros de arbitraje, erigiéndose como uno de los principios esenciales del Derecho Arbitral.

Consideramos que la importancia del efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* radica entonces en evitar la interrupción del proceso arbitral por la sola afirmación de una de las partes sobre la inexistencia o nulidad del pacto arbitral, y la intervención de la justicia estatal antes que los árbitros alcancen una decisión sobre su propia competencia y resuelvan sobre los méritos de la controversia.

En consideración de Martínez: “La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral, al ser este autónomo y tener que valorarse de forma independiente en lo que se refiere a sus requisitos; respondiendo la validez o nulidad del contrato y del convenio arbitral al cumplimiento o no de los presupuestos legales establecidos en cada caso”.¹⁷⁹

Finalmente, mantenemos la postura de proteger el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral. Respecto del contrato principal tiene como consecuencia jurídica que la nulidad del contrato principal no acarrea necesariamente la del convenio arbitral y representa una protección del

¹⁷⁸ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, p. 54.

¹⁷⁹ MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Ley de arbitraje: estudio sistematizado de sus preceptos incorporando las reformas de la Ley 13-2009 de 3 de noviembre, y de la Ley 11-2011 de 20 de mayo. Jurisprudencia y doctrina, concordancias preceptivas y normativas actualizadas*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2013, p. 123.

kompetenz-kompetenz frente a tentaciones de las partes de desconocer la obligatoriedad de la justicia arbitral.

1.2.3.8. Confidencialidad. Uno de los principios esenciales más importantes del arbitraje reposa en la confidencialidad, que implica expresamente el cumplimiento de diversas obligaciones, entre ellas la de no revelar y de proteger todo aspecto relacionado con el contenido de los diferentes actos procesales, desde la conformación del colegiado, el contenido de los escritos de la etapa postulatoria, del íntegro de las resoluciones emitidas por el tribunal arbitral, el laudo e, incluso, las resoluciones poslaudo.

La confidencialidad se extiende preliminarmente a las partes contratantes, los árbitros y el secretario, y a los terceros colabores (testigos, peritos y órganos de apoyo), quienes siendo ajenos al convenio arbitral mantienen la obligación de preservar la reserva de las actuaciones arbitrales. Este principio debe ser respetado y ejercido de manera contundente y diligente.

De surgir el supuesto de vulnerar el principio de confidencialidad en el proceso arbitral, la parte perjudicada (incluso árbitros) mantiene intacta la posibilidad de ejercer las acciones judiciales de interponer una acción por daños y perjuicios por ventilar o revelar información o documentación confidencial.

En un litigio arbitral se podrá ventilar información contable, financiera, lista de clientes o proveedores, estados financieros, declaraciones testimoniales, documentos contractuales, información sobre derechos de propiedad intelectual, criterios periciales y posiciones personales y jurídicas de los abogados y árbitros respecto a la controversia o vinculada a aspectos conexos.

Como ejemplo, en un escenario donde la parte demandante logre desprestigiar el peritaje de su contraparte a tal extremo de refutar contundentemente aspectos esenciales: a) metodología con base legal

impertinente o derogada; b) error en los conceptos técnicos y legales; c) detección de un plagio en las fuentes; y d) falta de conexión absoluta entre marco conceptual, desarrollo y las conclusiones. El revelar la confidencialidad del peritaje, y ventilarse el mediocre nivel del perito y la forma como se le desprestigio devendría en un daño (moral y económico) al prestigio del perito, con la posible pérdida de próximas designaciones en funciones periciales dentro del litigio arbitral.

Existen diversas posibilidades de dañar la imagen personal o empresarial y con ello generar el desmedro de su patrimonio (caída en la bolsa de valores, inicio de procedimientos administrativos o judiciales) de personas naturales y jurídicas que al encontrarse en la condición de víctima del quebrantamiento de la confidencialidad de su proceso arbitral ingresarían (en contra de su voluntad) a formar parte del ámbito público con las consiguientes posibles críticas, sanciones y rechazo social del consumidor o del mercado.

Un ejemplo sencillo estaría representado por el litigio (ejecución de un contrato de consorcio empresarial) de dos empresas de productos ganaderos y de forma dolosa se ventila la información sobre infracciones de derechos de propiedad intelectual, el uso de productos transgénicos, informes de salubridad con incidencia en enfermedades oncológicas y malas prácticas sanitarias. La sanción del mercado y los consumidores sin necesidad de esperar un fallo judicial final firme representaría el inicio del final del grupo empresarial ganadero.

En el numeral 51 de la legislación arbitral regula de forma amplia y completa el principio de confidencialidad bajo los siguientes aspectos:

- a) La extensión de la confidencialidad vincula a los actores: tribunal arbitral, secretario, el centro de arbitraje; y a su vez a los testigos, peritos y otros actores procesales, quienes bajo responsabilidad deberán de guardar reserva absoluta respecto del decurso del proceso.

- b) La confidencialidad vincula a las partes, sus representantes, apoderados y abogados, es decir se extiende a terceros vinculados con los operadores arbitrales.
- c) La confidencialidad mantiene una regla de excepción respecto al acceso a la vía judicial del proceso de anulación o ejecución de laudo; la Ley de Arbitraje, en concordancia con los arbitrajes en contratación pública, establece que los laudos serán de acceso público, tal cual sucede en el portal OSCE respecto de la publicación de diversos laudos.

En Brasil se discute si se debería de mantener el principio de confidencialidad bajo la aplicación del interés público y se permita que los arbitrajes puedan ser de conocimiento público; en ese sentido citamos: “deve otimizar-se um equilíbrio entre os valores da confidencialidade e transparência, semprejuízo da prevalência do princípio da publicidade” (Debe de optimizarse el equilibrio entre los valores de la confidencialidad y transparencia, buscando siempre la prevalencia del principio de publicidad).¹⁸⁰

La reforma de la Ley de Arbitraje peruana, conforme al Decreto Legislativo N° 020-2020, respecto a la confidencialidad y publicidad del arbitraje, exclusivamente podrá vincular a los arbitrajes en contrataciones con el Estado y no podría generar efectos en los arbitrajes comerciales.

Es esencial dejar de lado la aplicación de la regla de la confidencialidad respecto de las aceptaciones a la designación (árbitro único, de parte o presidencia), ampliaciones de revelaciones y de los criterios que mantengan los centros de arbitraje para ratificar o no la designación de los árbitros. Esta transparencia permitirá, primero, dejar en la potestad de los

¹⁸⁰ JUDICE, José Miguel. “Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da reforma da lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015)”. En CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago y FREIRE, Alexandre, coords. *Arbitragem - Estudos sobre a Lei n.13129, de 26-5-2015*. Sao Paulo: Saravia, 2016, p. 312.

candidatos a árbitros y árbitros designados brindar con amplia transparencia toda la información respecto a su aceptación; y, segundo, que las partes o interesados en demandar el servicio arbitral tengan información de primera fuente y muy completa.

En Brasil, el arbitraje en contrataciones estatales no es obligatorio, al respecto dejamos que la doctrina brasileña nos brinde sus posiciones.¹⁸¹

Una concepción absolutamente restrictiva en términos de arbitrabilidad objetiva podría eliminar por completo la posibilidad de sumisión de los intereses públicos a los árbitros. El razonamiento para llegar a tal conclusión sería simple: el arbitraje solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado es indisponible no habría espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.¹⁸²

No obstante, se trata de una concepción equivocada. Hace muchas décadas, el Tribunal Supremo Federal decidió el célebre caso Lage,¹⁸³ en el cual se sentó la posibilidad de la Unión de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje.¹⁸⁴ La decisión se basó en dos fundamentos principales que ya habían sido invocados por el Tribunal Federal de Recursos con ocasión del juzgamiento de la apelación: (i) el arbitraje siempre fue admitido y consagrado en nuestro Derecho;¹⁸⁵ (ii) no

¹⁸¹ VASCONCELOS ROQUE, Andre. "El arbitraje con entes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil". En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Arbitraje en Brasil*, vol. 42. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, pp. 173-174.

¹⁸² En este sentido, entre otros, ver VALLE FIGUEIREDO, Lucia. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. Sao Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

¹⁸³ Ver STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14/11/1973, RTJ, v. 88, p. 382 y ss.

¹⁸⁴ Un estudio más detallado sobre el caso puede ser encontrado en RIGUEIRA RENNÓ LIMA, Leandro. "O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: umahistória da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal". En DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando, coord. *Aspectos práticos da arbitragem*. Sao Paulo: QuartierLatin, 2006, pp. 126-160.

¹⁸⁵ Esta afirmación, evidentemente, no es de gran peso, dada la exigua experiencia arbitral en Brasil antes de la Ley 9.307/96, como ha sido

se podía restringir la autonomía contractual del Estado, que puede prevenir el litigio por el convenio arbitral, salvo en las relaciones en que actúa como poder público, por no ser susceptibles de transacción.

El ampliar y aplicar a los arbitrajes comerciales o corporativos el principio de publicidad representa un peligro y distorsión de la esencia del arbitraje (reserva y protección de las actuaciones) y se podría presentar interferencias políticas, corporativas, de la prensa y la sociedad civil, propios de los tribunales de justicia estatales.

El actual panorama del arbitraje en contrataciones estatales respecto a los actos de corrupción en que habrían incurrido algunos árbitros en el caso Odebrecht trae consigo la discusión de la publicidad de los procesos arbitrales. Consideramos que es necesario publicitar los arbitrajes con el Estado; ya hace algunos años, y con acertado criterio, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE publica en su portal web los diferentes laudos y votos de los árbitros. Esta práctica positiva está siendo replicada por diversas instituciones arbitrales, con lo cual los criterios establecidos por los árbitros en los laudos son públicos y lo mismo sucede con los recursos de anulación y ejecución de laudo en vía judicial, cuyo acceso de información pública está en el sistema CEJ (Consulta de Expedientes Judiciales). Conforme a la reforma de la Ley de Arbitraje, es necesario publicitar los expedientes de los casos de arbitraje, los laudos, los fallos de anulación y ejecución de laudos, pues con esto se permite dotar de perfecta publicidad a los arbitrajes en contrataciones estatales e, incluso, a los arbitrajes comerciales.

Nuestra posición es compartida por Castillo y sus coautores: “lo señalado en este extremo de la norma resulta adecuado en razón de que en los arbitrajes en donde una de las partes o ambas son entidades estatales, se está discutiendo el manejo de fondos públicos, razón por la cual no debería

destacado por CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei 9.307/96*. Sao Paulo: Atlas, 2009, p. 45, not. 34.

regir la confidencialidad una vez expedido el laudo, para que este pueda ser de conocimiento público y, además, se pueda juzgar de esta manera el comportamiento del o de los árbitros y de las partes en el proceso”.¹⁸⁶ Este criterio se encuentra acorde con la reforma de la Ley de Arbitraje (Decreto de Urgencia N° 20-2020), la publicidad del arbitraje en contratación pública es una realidad que compromete a todos los operadores del sistema arbitral a brindar altos estándares en sus prácticas.

1.2.4. Convenio arbitral

1.2.4.1. El principio de autonomía privada. El principio de autonomía constituye la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional, por el cual en amplia libertad los contratantes eligen, a su buen criterio, incorporar a su relación contractual el pacto arbitral y con lo cual deciden expresamente alejarse de la justicia tradicional del Poder Judicial y vincularse a un futuro proceso arbitral de surgir controversias en la ejecución del contrato.

Se destaca que la aplicación de la autonomía no se agota con la suscripción del convenio arbitral, las partes mantienen la libertad de complementar las reglas procesales establecidas en la instalación del arbitraje y con mayor razón en los procesos *ad hoc*, que deberán de ser ejercidas con prudencia y sin generar distorsiones a la esencia del arbitraje y la protección por los árbitros de su competencia.

El convenio arbitral debe contener –además de las previsiones vistas– la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas.

¹⁸⁶ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 639.

Se trata de una voluntad inequívoca, conforme a los alcances del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, de indudable proyección *ad probationem* y que permite la interpretación extensa en favor de la generación del pacto arbitral en sus diversas modalidades escritas y otras formas no formales y expresas.

La expresión de la autonomía privada de que los contratantes en forma libre y lícita expresen su voluntad para aceptar el pacto arbitral y con ello extender sus efectos contractuales y procesales representa el elemento voluntario a fin de generar la validez, eficacia o legalidad del convenio arbitral.

La voluntad arbitral para Vásquez mantiene la siguiente implicancia: “A someterse debe prestarse en términos claros, lo contrario, es decir, un consentimiento confuso –que normalmente se da cuando en el pacto arbitral existen cláusulas o redacciones contradictorias que da competencia a un tribunal arbitral, pero también a la jurisdicción ordinaria– podría dar lugar a una cláusula patológica, lo que obligaría al árbitro a someter el contrato arbitral a interpretación con el objeto de dilucidar este punto”.¹⁸⁷

En otras palabras, para Viscasillas: “La expresión de consentimiento, en cuanto a comprometerse a un arbitraje, debe quedar claramente fijada y no dejar espacio a dudas y la individualización de las partes debe ser completa, como única forma de tener certeza sobre quién está prestando tal voluntad, ambos constituyen el primer pilar que ha de considerarse para la validez de la cláusula arbitral, constituyendo el elemento indispensable de operatividad práctica”.¹⁸⁸

Pero al propio tiempo, la expresión de la inequívoca voluntad, para el profesor Lorca Navarrete, implica: “poseer una indudable relevancia

¹⁸⁷ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 755.

¹⁸⁸ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*. Cizur Menor: Arazandi, 2005, p. 204, citado por VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 755.

jurídica como expresión de un acto propio consistente en una declaración de voluntad manifestada en términos concluyentes e inequívocos, reveladora de la actitud de quien desea –a través de esa voluntad– suscribir un convenio arbitral, surgiendo así la vinculación de la doctrina de los actos propios con la prestación del consentimiento con el fin de que quede expresada en el convenio arbitral la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje”.¹⁸⁹

Según Matheus: “Se observa que la formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva. Por lo que en el caso de mandatario y de quienes actúen con representación, la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje exige un mandato expreso y específico. Si bien puede subsanarse su falta con una posterior ratificación del mandante. Respecto a la subrogación –en casos de cesión de posición contractual– el cesionario no se halla vinculado por el convenio arbitral incluido en las condiciones del contrato mientras no existe constancia en el subrogado de la inequívoca aceptación del convenio arbitral”.¹⁹⁰

Al respecto es fundamental tener en cuenta la reseña efectuada por Rivas Caso respecto a sentencias de las salas comerciales de Lima: “El carácter obligatorio que respecto a las partes tiene el convenio arbitral; se debe entender el convenio arbitral como un acuerdo de voluntades para autorregular intereses, y aún más [sic], como un contrato, dado el carácter patrimonial de los conflictos que se derivan hacia la jurisdicción privada”.¹⁹¹

¹⁸⁹ LORCA NAVARRETE, Antonio y MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, pp. 85-86.

¹⁹⁰ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. “Reflexiones sobre el convenio arbitral en el Derecho peruano”. En *Vniversitas*, n. 108, vol. 53 (2004), pp. 636-637. Recuperado de https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/06/007_Reflexiones-sobre-el-convenio-arbitral-en-el-derecho-peruano-Carlos-Alberto-Matheus-L%C3%B3pez.pdf

¹⁹¹ RIVAS CASO, Gino. “El convenio arbitral bajo la luz del control judicial”. En *Ethos Asociación Jurídica*, n. 4 (2019), p. 65 (Exp. 123-2013, Res. 11, 2ª Sala Comercial, 13, anulación de laudo).

El convenio arbitral representa el acuerdo de las partes de dirimir ciertas disputas a través del arbitraje. Se trata de un acuerdo vinculante por el cual las partes –como ya vimos al desarrollar la noción del arbitraje– **renuncian** a resolver sus controversias ante los tribunales nacionales, para que estas sean dilucidadas por árbitros.¹⁹²

La autonomía de la voluntad no solo es fuente del arbitraje, sino que es también su medida. Una vez que las partes han acordado someter sus diferencias a arbitraje, deben definir luego cómo será dicho arbitraje.¹⁹³

Merino Merchán y Chillón Medina explican: “En la doctrina y tribunales jurisdiccionales no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral; este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que en el acto realizado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato”.¹⁹⁴

Silva Romero afirma: “Como se verá en la presente exposición, el principio busca asegurar la eficacia del pacto arbitral, evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio; en materia de arbitraje internacional, busca evitar que el arbitraje se vea afectado por reglas limitativas del arbitraje particulares de legislaciones nacionales”.¹⁹⁵

Rivas Caso,¹⁹⁶ cita el fallo de un recurso de anulación de laudo respecto a la autonomía de la voluntad en el cual se establecen los siguientes criterios:

¹⁹² RIVAS CASO. “El convenio arbitral bajo la luz del control judicial”, p. 73 y ss.

¹⁹³ MACKINNON, Ari; ZAPIOLA, Ignacio y BRAVO, Santiago. “Redacción de cláusulas arbitrales internacionales”. En *Themis*, n. 70 (2017), p. 185.

¹⁹⁴ MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José. *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., t. 1. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 257.

¹⁹⁵ SILVA ROMERO, Eduardo, dir., y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, coord. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 79-80.

¹⁹⁶ Citando el Exp. 148-2012, 2ª Sala Comercial, anulación de laudo, en GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley - Grupo Wolters Kluwer, 2008, p. 48.

- *La expresión de autonomía de la voluntad, a la que se alude, implica que será necesario que las partes hayan prestado su consentimiento de forma libre sin que haya mediado error, dolo, intimidación o cualquier otro vicio del consentimiento que lo haga inválido. Así, cuando alguna de estas circunstancias anómalas haya tenido lugar, el convenio arbitral será inexistente o nulo. De lo glosado hasta aquí se desprende que, conforme a su naturaleza, el convenio arbitral supone la libre y válida manifestación de voluntad de las partes, sin lo cual carece de fuerza jurídica para vincularlas.*

- *[L]a sola remisión de una carta notarial por una de las partes a la otra no demuestra per se la existencia de un convenio arbitral, por cuanto esta solo constituye la manifestación de voluntad del remitente –esto es, Medina Vásquez– mas no del destinatario –los demandantes–, por cuanto no obra en autos documento alguno en el que estos últimos hayan dado respuesta a aquel que revele el intercambio de comunicación e implique o demuestre un acuerdo de ambas partes de someter sus controversia al fuero arbitral ya sea en forma expresa o implícita tácita.*

- *Aunado a lo señalado, queda claro que los demandantes no han expresado su manifestación de voluntad para dar origen al acto jurídico –convenio arbitral–, tal como lo disponen los artículos 140 y 141 del Código Civil.*

Conforme al lineamiento de González-Montes: “El principio de la autonomía se encuentra consagrado por diversas disposiciones en materia de arbitraje internacional, las cuales hacen énfasis en el hecho de que el acuerdo arbitral no se ve afectado por la extinción o nulidad de contrato principal”.¹⁹⁷

Por ejemplo, los reglamentos arbitrales lo establecen. Es el caso del reglamento de arbitraje la Corte de Arbitraje Internacional de París, que dispone en el párrafo del numeral 6:¹⁹⁸ “Salvo estipulación en contrario, y

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

siempre que se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

Asimismo, Carazo Liébana, respecto de la autonomía del convenio arbitral, indica: “[en] general presenta dos consecuencias: i) la nulidad del contrato principal no traerá consigo de modo necesario la nulidad del convenio arbitral; y ii) el pacto arbitral tiene una causa distinta de la del contrato principal. Así, en el convenio arbitral las partes pretenden someter a los árbitros los litigios surgidos o que pudieran surgir en relación al contrato principal. Su único lazo de unión es que la cláusula compromisoria por sí misma no tiene efectos, sino que debe referirse a un contrato concreto”.¹⁹⁹

Asimismo, es importante considerar los criterios de la judicatura respecto de la autonomía de la voluntad en el ámbito del arbitraje. “Encontrándonos ante un contrato nulo por falta de manifestación de voluntad, es de concluir que el convenio arbitral insertado en dicho contrato deviene inexistente”.²⁰⁰

Conforme a la teoría del acto jurídico es fundamental la existencia expresa del convenio arbitral dejando de forma indubitable y contundente el requisito de la voluntad arbitral.

Finalmente, la autonomía como dogma privado se encuentra regulada en el legislación civil en sede peruana en el artículo 1354²⁰¹ (libertad

¹⁹⁹ CARAZO LIÉBANA, María. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 60.

²⁰⁰ Exp. N° 46-2015 (anulación de laudo): Inversiones Jhofap vs. Inmobiliaria Vida. Primera Sala Civil Superior. Corte Superior de Justicia de Lima.

²⁰¹ El artículo 1354 del Código Civil peruano regula el principio de libertad contractual, que permite que los contratantes puedan determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, que en buena cuenta expresan los límites sancionados por la nulidad virtual.

contractual) y a su vez en la Ley de Arbitraje peruana bajo el principio de los derechos de “libre disposición”²⁰² y la libertad de estipulación del convenio arbitral donde expresamente se hace referencia del “acuerdo de las partes”²⁰³ y que implica el ejercicio pleno de los contratantes de la autonomía privada para depositar su confianza en la justicia arbitral.

1.2.4.2. Naturaleza jurídica del convenio arbitral. Según Vidal: “El convenio arbitral es un acto jurídico *inter vivos*, por lo general, bilateral, pues requiere de la confluencia de las manifestaciones de voluntad de ambas partes, el mismo autor acota que el convenio arbitral viene a ser un acto o negocio jurídico constitutivo, desde que genera obligaciones para las partes y las vincula a su finalidad específica, cual es la de someter a árbitros la solución de sus conflictos”.²⁰⁴

Perales Viscasillas agrega que: “El convenio se configura como el elemento fundamental de la institución arbitral. Sin convenio no hay arbitraje, existiendo el convenio se derivan los efectos propios del mismo: la eficacia positiva obliga a las partes a someter la disputa al arbitraje y la negativa excluye a la jurisdicción de conocimiento de las cuestiones sometidas a arbitraje, están recogidas en el artículo 11.1 LA: “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese la invoque mediante declinatoria”.²⁰⁵

²⁰² El artículo 2 de la ley arbitral nacional regula el principio de que puede o no ser materias susceptibles de arbitraje, estableciendo la siguiente pauta legal: “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

²⁰³ El artículo 13 regula el contenido y forma del convenio arbitral, se define como el 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. Una definición sencilla y coherente con las legislaciones internacionales.

²⁰⁴ VIDAL RAMÍREZ. *Manual de Derecho Arbitral*, p. 52.

²⁰⁵ PERALES VISCASILLAS. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*, pp. 105-106.

Asimismo, Alva Navarro en su trabajo respecto de anulación de laudo, sostiene lo siguiente:

[...] a diferencia lo que ocurre con el proceso judicial no debería –en teoría– ser impuesto a las partes, pues su existencia y sustento principal están íntimamente ligados a la libre voluntad de los particulares. Es pacíficamente aceptado en doctrina que el arbitraje se sustenta primariamente en la autonomía privada de los sujetos, quienes en uso de este atributo acuerdan renunciar a la jurisdicción natural que les proporciona el Estado –la judicial– y someterse, por la voluntad propia, a un medio de administración de justicia distinto, encargado a jueces que no son los impuestos por la justicia pública, sino elegidos por ellos mismos para resolver el conflicto de intereses en el cual se ven envueltos.²⁰⁶

Por su parte, Hilda Aguilar Grieder indica que: “En el convenio arbitral existe una preponderancia del aspecto contractual sobre el procedimental, esto es, de las declaraciones de voluntad sobre los efectos procesales, en las cuestiones relativas al perfeccionamiento, validez e interpretación de la cláusula arbitral”.²⁰⁷

Consideramos que la naturaleza del convenio arbitral mantiene una dualidad respecto a un primer momento del pacto del convenio arbitral desde el aspecto contractual, y segundo dentro del ámbito procesal que permite que las partes puedan pactar el diseño de un posible y futuro litigio arbitral; en buena cuenta, existe una relación del pacto arbitral contractual con los efectos procesales de causa a efecto que no pierde la esencia de que las partes contratantes determinen diferentes reglas procesales.

²⁰⁶ ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*, vol. 14. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2011, p. 112.

²⁰⁷ AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 348.

1.2.4.3. Regulación del convenio en la Ley de Arbitraje. Es fundamental apreciar el alcance del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1070, que mantiene la regulación respecto del contenido y forma del convenio arbitral.

Conforme lo sustentado en la exposición de motivos, el numeral 13 de la Ley de Arbitraje junto con el artículo 14 permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando, de esa forma, la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje con seguridad jurídica y tutela amplia de la jurisdicción arbitral.

Para Castillo Freyre: “Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio”.²⁰⁸

La regulación del convenio arbitral de la ley peruana, a nuestro criterio, está agrupada en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos.

El artículo 13 de la ley arbitral peruana en el inciso 1) parte del supuesto de que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligado a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2) expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (**por escrito**) y **bajo una aplicación sistematizada** conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.²⁰⁹

²⁰⁸ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 190.

²⁰⁹ VIDAL RAMOS, Roger. “La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización”. En *Actualidad Civil*, n. 54 (2018), pp. 350-351.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4, regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica, según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa implicarán la aceptación a la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

En palabras de Castillo Freyre: “Creemos que, en todo caso, esto abona en razón de la tesis de que la ley peruana de arbitraje, así como las leyes de arbitraje internacionales, han ido flexibilizando la forma del convenio arbitral”.²¹⁰ De lo siguiente, podemos inferir la excepcionalidad de la forma escrita.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el inciso 3²¹¹ del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirado en el modelo UNCITRAL, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que podría ser interpretada como que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades impuestas por las partes, lo cual perfectamente podría incurrir en una clara distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*. Son las prácticas al estilo de la Mafia Orellana, en las cuales pseudoárbitros iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia del convenio arbitral (en último capítulo haremos amplia referencia).

²¹⁰ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 199.

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

1.2.4.4. Modelo UNCITRAL. El denominado modelo UNCITRAL pertenece a la CNUMUDI. Conforme a la reseña de Vásquez:

La convención de Nueva York de 1985 mostro en sus líneas un carácter unificador relativo, toda vez que hubo algunos aspectos en su articulado que no permitieron una regulación equitativa de asuntos relativos principalmente a la arbitrabilidad, la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento de arbitraje y los recursos. Fue por este motivo que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) detectó la necesidad de trabajar en una ley modelo que permitiera, a quienes hacen uso del arbitraje comercial internacional, valerse de una normativa base que cumpla con los requerimientos y necesidades del sistema económico mundial.²¹²

Es importante establecer que la ley arbitral peruana fue inspirada básicamente con las reglas UNCITRAL, que a su vez regula los principios del convenio arbitral y sus aspectos de formalidad y flexibilización. Es importante considerar que la ley arbitral peruana tomó en cuenta las modificaciones del año 2006 establecidas a las reglas UNCITRAL.

1.2.4.5. Elementos del convenio. A fin de establecer un criterio de interpretación amplio y con énfasis arbitral, debemos ubicar los elementos de la teoría general del acto jurídico, obligatoriamente a la formación del convenio arbitral.

Los elementos esenciales que deberán de estar en todo pacto arbitral, y de conformidad con el artículo 140 del Código Civil, son: a) la voluntad; b) la capacidad de las partes; c) el objeto; d) la finalidad lícita; y e) la formalidad (bajo sanción de nulidad). De esta forma, identificando y aplicando los elementos indispensables del acto jurídico, podremos identificar un correcto convenio arbitral.

²¹² VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, pp. 726-727.

De acuerdo con dispuesto en el numeral 140 del Código Civil, el acto jurídico representa el acto libre y espontáneo ejercido por una persona natural o jurídica que con plena manifestación de la voluntad puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Están los actos unilaterales y los actos plurilaterales, los primeros solo requieren la manifestación de voluntad de un agente, mientras que los actos plurilaterales requieren de la manifestación de voluntad de dos o más agentes. De esta forma los contratos son actos jurídicos plurilaterales con contenido patrimonial.

Castro Zapata²¹³ menciona que en el Derecho francés antiguo se hacía uso del término **convención** para referirse aquel acto jurídico plurilateral, ya sea de contenido patrimonial o no. Es así que la **convención** era al contrato como el felino es al gato, existía una relación género-especie.

El acto jurídico encontrará como fuente la manifestación de voluntad, sin importar la manera de su constitución (unilateral, bilateral o plurilateral), a diferencia de la convención que excluye a la manifestación de voluntad unilateral, ya que ella requiere acuerdo de voluntades.

En el caso del convenio arbitral, este formaría parte de un acto jurídico mayor si fuese una cláusula arbitral del mismo, o también podría ser un acto jurídico autónomo si esa fuese la circunstancia de su celebración. Es necesario establecer que el convenio arbitral mantiene un carácter absolutamente patrimonial, pues regula la posibilidad de acudir a un posible litigio arbitral respecto de derechos de libre disposición y materias arbitrables.

²¹³ CASTRO ZAPATA, Laura. "El convenio arbitral vs. el acta de instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral). En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*, vol. 6, segunda parte. Lima: Palestra, 2008, pp. 16-35.

A partir de lo mencionado expondremos los elementos del convenio arbitral a luz de los elementos del acto jurídico.

a) La voluntad arbitral

La expresión autonomía de la voluntad a la que alude implica que será necesario que las partes hayan prestado su consentimiento de forma libre sin que haya mediado error, dolo, intimidación o cualquier otro vicio del consentimiento que lo haga inválido. Así, cuando alguna de estas circunstancias anómalas haya tenido lugar, el convenio arbitral será existente y nulo.²¹⁴

La “voluntad arbitral” constituye el fundamento de la institución arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial a raíz del ejercicio de la autonomía privada de los agentes económicos de escoger resolver sus controversias mediante el arbitraje.

En este sentido, para Gaspar Lera es determinante el artículo 5.1 LA: “En el que se establece que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”.²¹⁵

La voluntad arbitral tiene que ser plena y sin ningún supuesto que contenga algún elemento de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia. De existir estos problemas que nacen de una inexistente, ineficaz o nula voluntad es necesario evaluar la teoría de los convenios arbitrales patológicos, dejando a salvo el derecho de las partes de defenderse conforme a la objeción del arbitraje o con la excepción de inexistencia de convenio arbitral, el imponer la competencia arbitral frente a la inexistencia

²¹⁴ Expediente Nº 148-2012, Res. 37, 2ª Sala Comercial, 30 de diciembre de 2015, p. 8, anulación de laudo. Citado por RIVAS CASO. “El convenio arbitral bajo la luz del control judicial”, p. 55.

²¹⁵ GASPARE LERA, Silvia. *El ámbito de la aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 1998, p. 76.

de la voluntad y otros aspectos (inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia) generan una contingencia de anulación del laudo, conforme al artículo 63, inciso 2 (1-A), que establece que el laudo es factible de anulación si: “ El convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz”.

Es importante resaltar que al margen que existan medios de defensa, como la objeción u oposición al inicio del arbitraje o excepción de inexistencia del convenio arbitral, por el principio de separabilidad que regula el arbitraje, el tribunal o el árbitro único mantiene intacta su competencia –criterio con el que discrepamos–; si ante la lectura de la petición de arbitraje o demanda no se logra identificar un medio escrito o similar que acredite la preexistencia del convenio arbitral, lo prudente y conforme del ejercicio de una buena práctica arbitral se debería ser declarar improcedente o rechazar *ipso iure* el inicio del arbitraje.

Garibotto²¹⁶ sostiene: “Para que el acto jurídico sea válido se impone que el sujeto que lo otorga actúe con voluntad exenta de vicios, lo cual supone la reunión de tres condiciones: a) discernimiento, es decir, entendimiento y comprensión de la realidad; b) intención, el propósito de obtener mediante su accionar el resultado que persigue; c) libertad, que exprese su voluntad sin coacción externa indebida”.

De acuerdo con Alva Navarro: “Así, por ejemplo, será ineficaz, en virtud del artículo 161 del Código Civil, el convenio arbitral que haya sido celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido; mientras que será anulable, en atención al artículo 210 de ese mismo cuerpo legal, aquel que sea producto del dolo de algunas de las partes; y, por tanto, el laudo que pueda dictarse en cualquiera de estos supuestos será igualmente nulo”.²¹⁷

²¹⁶ GARIBOTTO, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991, p. 83.

²¹⁷ ALVA NAVARRO. *La anulación del laudo*, pp. 117-118.

En la misma línea, Alva Navarro argumenta: “Respecto a la falta de manifestación de voluntad del agente, comprobar si existe manifestación de voluntad es un proceso que escapa de la revisión de un documento en sí mismo, pues el consentimiento de las partes puede darse de diversas maneras; aún más si atendemos a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LPA. De allí que resulte difícil de imaginar un supuesto en el que nulidad sea manifiesta por esta causal”.²¹⁸

El consentimiento libre de vicios permite que las voluntades de las partes se encuentren y funden un acuerdo. Un vicio en el consentimiento de cualquiera de las partes impide que haya una voluntad común, un sentir común.²¹⁹

La voluntad como acto humano para generar licitud en los convenios arbitrales representa el primer elemento esencial a evaluar para ratificar su preexistencia y en sus diversas formas de manifestación el pacto arbitral deviene de un ejercicio libre, lícito y voluntario, siendo interpretado con la buena fe de la negociación, y ejecución de conductas reales y válidas que generen un convenio arbitral expreso.

b) Capacidad

Según Carnelutti: “La capacidad es el índice de participación que se concede al ser humano dentro del ordenamiento jurídico. Esta la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio”.

La primera, de acuerdo con Fernández Sessarego: “Es la abstracta posibilidad de que goza la persona de disfrutar todas las situaciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico”.²²⁰

²¹⁸ Ibíd., p. 107.

²¹⁹ SILVA ROMERO y MANTILLA ESPINOSA. *El contrato de arbitraje*, p. 153.

²²⁰ Citado por REVOREDO DE DE BAKEY Delia. *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, p. 231.

La capacidad de ejercicio, por su parte, es la aptitud de una persona para celebrar, por sí misma, un acto jurídico conforme a los actos o contratos lícitos y bajo el respeto de los límites establecidos a la autonomía privada. Garibotto define a la capacidad como: “La aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes y para actuar por sí mismo en el ámbito jurídico, ejerciendo esos derechos y cumpliendo esos deberes”.²²¹

A nuestro criterio, a fin de “[...] celebrar el pacto arbitral se requiere como requisito indispensable el ejercicio de la plena capacidad de las partes contratantes a fin suscribir la cláusula arbitral que, conforme a una interpretación sistemática del artículo 140 del Código Civil y la teoría del consentimiento contractual, consiste en la plena capacidad para disponer que una posible controversia, producto de una relación jurídica patrimonial que deberá ser resuelta en vía arbitral”.²²²

Al respecto, Matheus acota: “La capacidad de goce, ejercicio y la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas”.²²³

En cuanto a las personas jurídicas reguladas en el Código Civil o la Ley General de Sociedades “habrá que remitirse a lo que dispongan los estatutos respecto a sus facultades o límites de los representante legales, apoderados o mandatarios, en principio, las personas jurídicas pueden celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban o restrinjan; pero al permitirlo o al no prohibirlo deben examinarse las facultades del representante legal especialmente en cuanto a la cuantía de las mismas”.²²⁴

²²¹ GARIBOTTO. *Teoría general del acto jurídico*, p. 83.

²²² VIDAL RAMOS, Roger. “Alcances generales del convenio arbitral”. En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, p. 153.

²²³ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. “El convenio arbitral”. En *Revista de Derecho Procesal*, n. 8 (2005), pp. 220-222.

²²⁴ VIDAL RAMOS. “Alcances generales del convenio arbitral”, p.118.

Según Gamboa Serrano: “En efecto, si está autorizado para obrar libremente, por ejemplo, hasta veinte millones de pesos, no puede celebrar acuerdo arbitral respecto de derechos que superen esa cantidad”.²²⁵

Para Silva Romero: “la noción jurídica de capacidad se transforma, por así decirlo, en las nociones también jurídicas de ‘representación’ y de aptitud de las personas jurídicas de derecho público para celebrar el contrato de arbitraje”.²²⁶

Conforme con la cita de Silva Romero: “No es raro observar dentro del contexto de un procedimiento arbitral administrativo por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que la parte demandada (por lo general, se trata de una persona jurídica) objeta la competencia del tribunal arbitral alegando que quien firmó en su nombre (por lo general, se trata de una persona física o natural) el contrato, que comprende la cláusula compromisoria, no detenía el poder jurídico de representación suficiente para vincularla”.²²⁷

Considerando que en la contratación pública las entidades estatales, al momento de realizar sus convocatorias y la publicación de sus bases en las diversas modalidades de contratación (obras, bienes, servicios), cumplen con publicar un convenio arbitral estandarizado según la condición de entidad (ministerios, municipios, gobiernos regionales o locales) proponen en el contrato convenios arbitrales *ad hoc* o institucionales, los mismos que en los últimos cinco años han sido materia de modificatorias bajo el criterio de que el OSCE acredite instituciones arbitrales que cumplan altos estándares de práctica arbitral.

²²⁵ GAMBIA SERRANO, Rafael. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

²²⁶ SILVA ROMERO y MANTILLA ESPINOSA. *El contrato de arbitraje*, p. 112.

²²⁷ *Ibíd.*

Resulta esencial, destacar que la capacidad de las personas jurídicas para celebrar el convenio arbitral se encuentra reconocida conforme a lo regulado en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1071, que con acertado criterio precisa que: “salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales” y “salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos”.

c) El objeto del convenio arbitral

De acuerdo con Torres Vásquez:²²⁸ “A partir del análisis de los artículos 140, 1351 y 1402 del Código Civil, se infiere que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica, y del objeto del contrato, la relación jurídica patrimonial (obligación). Pero tampoco toda relación jurídica patrimonial, sino solo la relación jurídica obligacional. No es objeto del contrato la relación jurídica real”.

De esa forma, el profesor Torres Vásquez se formula la pregunta: “¿Qué quieren las partes con la celebración de un contrato? La respuesta es que desean crear, regular, modificar o extinguir obligaciones y los correlativos derechos patrimoniales”.

Por otra parte, para Garibotto: “el objeto es la materia sobre la cual versa el acto jurídico, siendo menester, para precisar esta noción, determinar qué se debe entender por **materia**”.²²⁹ De esta forma, el autor recurre al artículo 953 del Código Civil, del cual comprende que la materia del negocio jurídico

²²⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998, p. 154.
²²⁹ GARIBOTTO. *Teoría general del acto jurídico*, p. 87.

son los hechos, acciones u omisiones que se tienen en vista al celebrarlo. Así, se plantea ciertos ejemplos como la entrega de la cosa en la compraventa o la transmisión de derechos en la cesión de derechos, etc.

De acuerdo con el Código Civil tenemos los requisitos como son: el objeto del acto jurídico, la posibilidad, la licitud y la conformidad con aplicación a las buenas costumbres, siguiendo la línea de Garibotto.²³⁰

Respecto a la posibilidad, cabe distinguir la posibilidad material de la posibilidad jurídica; la primera se refiere a la imposibilidad de referirse como objeto de acto jurídico a cosas que jamás han existido o que han dejado de existir o que no pueden existir; pongamos un ejemplo: Pedro en compraventa transfiere un ornitosaurio, a la vez cede sus derechos sobre un esclavo y además vende una entrada para la lucha de gladiadores en el Coliseo romano.

Refiriéndonos a la posibilidad jurídica, aquí atendemos la imposibilidad de considerar como objeto del acto jurídico ciertas cosas desde el punto de vista legal, como la existencia de bienes absolutamente enajenables, es decir, bienes fuera de comercio, siendo un ejemplo claro el que se pretenda vender la ciudadela patrimonio cultural de la humanidad y maravilla del mundo Machu Picchu o el cuadro de Leonardo da Vinci, La Gioconda.

+Sobre la licitud, están los hechos que quebranten el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, contratar a alguien para envenenar a otra persona. Asimismo, respecto a las buenas costumbres, Garibotto resalta el contenido moral de estas, haciendo énfasis en figuras como el abuso del derecho que evidencian una moralización del quehacer jurídico.

La licitud contractual está relacionada de forma sistemática con la prohibición de causar fraude en la negociación, celebración y ejecución contractual. Las prácticas de engaño y deslealtad son sancionadas en el

²³⁰ Ibíd.

Código Civil peruano bajo la prohibición del abuso de derecho y del fraude contractual.

De acuerdo con Lizardo Taboada: “El objeto del negocio jurídico es el interés socialmente relevante o razonable jurídicamente protegido por ser considerado digno de tutela legal. De esta forma se obtendría una perfecta vinculación entre objeto y causa, sin llevarnos a ningún tipo de confusión entre los mismos, pues la causa sería considerada como la función socialmente razonable considerada digna de tutela legal y elevada al rango de función jurídica, en el sentido de función del mismo negocio jurídico y el objeto de interés”.²³¹

Para Betti, objeto o materia del negocio son: “Los intereses que, según la organización social, consientan ser regulados por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas. [...] Se habla de ‘intereses’, en lugar de ‘bienes’ porque también estos, en la consideración de la conciencia social, hecha propia por el derecho, son estimados siempre con referencia a los sujetos y mirando a su específica aptitud para satisfacer necesidades de la vida de relación”.²³²

Bajo la teoría del acto jurídico, el objeto del pacto arbitral debe de ser lícito, con una posibilidad física y jurídica –desde la capacidad de las partes–, la posibilidad de arbitrar los derechos o materias y la exigencia lícita de la jurisdicción arbitral.

Ante la inexistencia de la licitud y existencia del pacto arbitral, en forma automática el objeto de la obligación de arbitrar deviene en nula y, por ende, no vinculante a las partes contratantes y terceros; se entiende que la inexistencia de la prestación de arbitrar no genera la imposición de la competencia arbitral.

²³¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2016, p. 264.

²³² Heck, *loc. cit.*, Ethik Hartmann (1926), 109, 549, citado por BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000, p. 77.

Como todo contrato, afirma Vásquez: “El acuerdo arbitral debe tener un objeto. Del bloque normativo de los contratos se colige que el objeto debe ser lícito entendiendo por tal todo aquel que no sea contrario al orden público chileno, pero en el estadio arbitral no basta la licitud genérica, pues para que el contrato arbitral sea válido debe referirse a materias arbitrables”.²³³

Para Ramírez Gómez: “La obligación de las partes conlleva la prestación a cargo de las partes consistente en someter la disputa al conocimiento y decisión de los árbitros, lo cual, a su turno, supone otras tantas prestaciones que constituyen el desarrollo de dicha obligación como, por ejemplo, designar el árbitro conforme al mecanismo de nombramiento escogido o concluir el acta de misión”.²³⁴

El objeto del convenio arbitral mantiene la condición de establecer un marco de reglas procesales y contractuales que se encuentran incorporadas en la cláusula litigiosa, que en buena cuenta mantendrá un reposo mientras que uno de los contratantes no tenga interés en aplicar los efectos de la cláusula arbitral a fin de que el centro de arbitraje o los árbitros, mediante un laudo, determinen la culminación de diversos aspectos litigiosos durante la ejecución del contrato y sus implicancias (resolución, indemnización, penalidades, etc.).

El objeto del convenio arbitral implica la regulación procesal anticipada del futuro litigio arbitral y ante la inexistencia de la cláusula, las partes, dentro de su autonomía privada, pueden establecer en su vinculación contractual un convenio arbitral, una vez de suscitada la controversia e, incluso, si la disputa se encontrase en vía judicial, las partes pueden renunciar a este fuero estatal y acudir a la vía arbitral.

²³³ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 394.

²³⁴ RAMÍREZ GÓMEZ. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*, p. 36.

Dentro de la práctica contractual se consideran las **cláusulas escalonadas** bajo la figura de **trato directo** que, en buena cuenta, expresan las tratativas, conversaciones, negociaciones o acuerdos vinculados a diversas controversias contractuales a fin de que las partes, en el libre ejercicio de sus intereses, puedan arribar a un acuerdo directo sin que activen la cláusula arbitral, dejando facultadas a las partes de arribar a una solución antes de acudir a la vía arbitral.

Es importante establecer que una incorrecta aplicación de la cláusula escalonada y, más aún, el no haber iniciado el trato directo y sin la presencia de medios probatorios (cartas notariales o correos electrónicos de inicio y culminación de trato directo) podrían implicar la generación de la contingencia que la parte perjudicada pueda emplear una excepción de incompetencia del tribunal arbitral por no haberse agotado la vía previa.

Según Merino Merchán y Chillón Medina: “Dos matizaciones hay que hacer dentro de este planteamiento general: a) que cualquier materia sobre la que sus titulares tengan facultad de disposición, son arbitrables sin limitaciones; y b) que toda cuestión que el legislador no haya excluido expresamente del principio procesal, puede ser objeto de convenio arbitral”.²³⁵

Las cuestiones litigiosas que, según Merino Merchán y Chillón Medina: “Pueden ser sometidas a arbitraje surgirían de relaciones jurídicas determinadas, sean estas contractuales o no. Es decir, se produce una ampliación del objeto arbitrable hacia esferas que van más allá de los pactos o acuerdos bilaterales o multilaterales, como pueden ser las declaraciones unilaterales de voluntad de cualquier índole o naturaleza, tanto de carácter *inter vivos* como *mortis causa*”.²³⁶

La condición para recurrir al arbitraje siempre implicará la presencia del ejercicio de los derechos patrimoniales o de libre disposición. Existen

²³⁵ MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*, pp. 268-269.

²³⁶ *Ibíd.*, pp. 253-254.

limitaciones más estrictas en arbitrajes de materia ambiental, donde el legislador permite que el tribunal arbitral, con limitaciones expresas, pueda resolver las controversias taxativas. A manera de ejemplo: el monto de la reparación civil por delitos ambientales o supuestos de superposición de derechos o concesiones, o se cuestionen estándares de calidad ambiental, siendo necesaria la aplicación especial de la Ley General del Ambiente sobre valoraciones o criterios exclusivamente económicos.

En tal sentido, conforme lo expone Vidal Ramos: “Es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral, para prevenir las eventuales controversias que surjan de la relación contractual”.²³⁷

Merino Merchán y Chillón Medina indican: “Que, lo esencial constituye la posibilidad que brinda la nueva Ley de Arbitraje, de ser aplicada de forma indiscriminada a todas las materias y contratos sin límite establecido apriorísticamente (como ocurría con las leyes de 1953 y 1988); sobre todo, en lo referente al Derecho Administrativo”.²³⁸

En opinión de Merino Merchán y Chillón Medina: “Es indispensable responder a la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la prestación de someter la resolución de una controversia al arbitraje? En suma, el examen de dicha prestación coincide con la descripción de las etapas del **procedimiento arbitral**. Es en este punto en el que el Derecho de las Obligaciones y el Derecho Procesal, este último supeditado al primero, convergen o deberían converger armónicamente”.²³⁹

²³⁷ VIDAL RAMOS, Roger. “El arbitraje ambiental en el Perú”. En *Actualidad Jurídica*, vol. 218 (2012), pp. 102-103.

²³⁸ MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*, pp. 253-254.

²³⁹ *Ibíd.*, p. 526.

De acuerdo con Verdera Server:²⁴⁰ “Es necesario partir de la contraposición entre un convenio arbitral *ex ante* y un convenio arbitral *ex post*; con ello se diferencia cuando la controversia aún no ha surgido y cuando ya surgió. De esa forma, al analizar el objeto del convenio arbitral, este será diverso dependiendo de cada situación”.

Es así que el autor en mención comenta: “Cuando se trata un convenio arbitral *ex ante*, la controversia concreta aún no ha surgido y las partes solo pueden identificar la relación jurídica de la que puede surgir y efectuar, en su caso, una selección de los tipos hipotéticos de controversia. Por el contrario, cuando se trata de un convenio arbitral *ex post* ya ha surgido la controversia entre las partes y, en tal caso, el interés de las partes estriba en la adecuada delimitación de los términos de esa controversia, quedando en un segundo plano la identificación de la relación jurídica”²⁴¹.

d) Fin lícito del convenio arbitral

Según Torres Vásquez: “El artículo 140, inciso 3, del CC vigente –siguiendo la doctrina neocausalista– impone el requisito de la causa fin (‘fin lícito’) como elemento autónomo y necesario para la validez del acto jurídico. El Código no define lo que entiende por causa fin”.²⁴²

Como sabemos dentro de la corriente causalista existe la controversia entre los que propician las teorías objetivas y los que siguen las teorías subjetivas. Los primeros entienden por causa fin la razón directa, inmediata, intrínseca, abstracta, típica y constante en cada categoría de actos jurídicos (causalismo clásico); se trata de una causa impuesta por la naturaleza de cada tipo de acto jurídico.

En cambio, Torres Vásquez establece:

²⁴⁰ VERDERA SERVER, Rafael. *El convenio arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2009, pp. 88-89.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² TORRES VÁSQUEZ. *Acto jurídico*, p. 227.

*Para la concepción subjetiva, la causa es el elemento psicológico, personal, el móvil o motivo individual, concreto, variable –no se da uniformemente en todos los actos de las mismas categorías, sino que varía de negocio a negocio–, que ha determinado la voluntad. El móvil o motivo determinante que constituye la causa fin se diferencia de los simples motivos en que aquel debe aparecer expresa o implícitamente en el acto o negocio jurídico, en tanto que los simples motivos que permanecen solamente en el pensamiento de sujeto sin que puedan ser conocidos por los demás son indiferentes para el Derecho, no producen consecuencias jurídicas.*²⁴³

Prosiguiendo con los aportes de Torres Vásquez:

*Las teorías objetivas y subjetivas no son opuestas sino complementarias, pues, el sujeto al realizar un acto jurídico lo hace con el propósito de alcanzar efectos que le son típicos y constantes, lo cual no puede impedir que además se proponga lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explicitada en el acto y que, por lo tanto, ha constituido el motivo determinante de la voluntad común de las partes intervinientes. Además, esto es conforme con la teoría neocausalista de Capitant, Ripert, Bonnet, Demogue, Josserand, lo que nos lleva a afirmar que la causa fin regulada por el Código Civil peruano está integrada por la finalidad objetiva y subjetiva.*²⁴⁴

La licitud en el arbitraje estaría determinada por el acatamiento estricto del principio de libre disponibilidad y patrimonialidad de los derechos, las materias arbitrables deben ser fijadas por las partes y encontrarse dentro de lo permitido por el sistema jurídico peruano y según la autonomía de los contratantes.

Forzar el inicio del arbitraje institucional o la modalidad del arbitraje *ad hoc* sin la preexistencia de un convenio arbitral o bajo un convenio patológico implicará siempre una ilicitud incurrida por los árbitros bajo un falso

²⁴³ Ibíd.

²⁴⁴ Ibíd., pp. 228-229.

kompetemz-kompetemz o una conducta abusiva del demandante, con plena mala fe decidida ejecutar un proceso arbitral fraudulento.

Es importante establecer la teoría del fraude del acto jurídico y del ejercicio abusivo del derecho reguladas en el Código Civil peruano, que podría establecer argumentos en favor de rechazar y reprimir malas prácticas de algunos árbitros o centros de arbitraje al imponer un falso *kompetemz-kompetemz*.

e) La observancia de la forma del convenio

El acto jurídico, a criterio de Torres Vásquez: “Es la manifestación de voluntad. La voluntad tiene que ser manifestada necesariamente en alguna forma que puede ser verbal, escrita, lenguaje mímico, incluso el silencio es una forma de declarar voluntad cuando por ley o por convenio se le atribuye ese significado, etc. Por consiguiente, todo acto jurídico tiene una forma, así esta no haya sido prescrita por el ordenamiento jurídico”.²⁴⁵

El recordado profesor italiano Betti estableció: “Mediante la forma se objetiva la voluntad, permitiendo que sea conocida por los demás. Manifestada la voluntad queda objetivada, materializada en una forma. Como todo objeto cultural, el acto jurídico tiene un substrato: la forma, y un sentido: el acto intrínsecamente considerado. La forma es el continente y el contenido es el acto; el acto jurídico está contenido en una forma, es decir, en el modo como se nos presenta y se hace reconocible en el mundo externo. La ausencia de forma implica la ausencia de manifestación de voluntad, o sea la inexistencia del acto jurídico”.²⁴⁶

Afirma Torres Vásquez, y concordamos: “Los actos jurídicos se les califica de formales y no formales, no porque no tengan una forma, sino según que el ordenamiento jurídico señale o no una forma en la cual se debe hacer la

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 243.

²⁴⁶ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 97-98.

declaración de voluntad. Los actos jurídicos formales tienen una forma prescrita por la ley (forma vinculada) y los no formales tienen una forma voluntaria (forma libre). Cuando el acto es no formal rige el principio de libertad de formas, pudiendo el otorgante utilizar la forma que desee, y cuando es formal debe realizarse en la forma prescrita por la ley o por la voluntad”.²⁴⁷

La forma prescrita del acto jurídico, según Torres Vásquez: “Por la ley puede ser probatoria o solemne. Es probatoria cuando su inobservancia no está sancionada con la nulidad del acto (artículo 144); si el acto se realiza en una forma distinta a la prescrita, el acto sigue siendo válido. Es solemne cuando está designada bajo sanción de nulidad del acto en caso de inobservancia (solemnidad legal); si no se observa la solemnidad, no existe acto jurídico válido. La solemnidad también puede estar establecida por las partes (solemnidad voluntaria)”.²⁴⁸

La Ley de Arbitraje, en su numeral 13 inciso 3, establece “[...] que se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio (el empleo de medios electrónicos se encuentra regulado en el inciso 4, artículo 13 de la Ley de Arbitraje)”.

Sin embargo, no debe dejarse de prestar atención a que el inciso 5 del artículo 13 establece nuevas condiciones, como la consignación del convenio arbitral en un intercambio de escritos por ambas partes. El artículo 142 del Código Civil establece que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado, estando ejemplificada la heterorregulación antes mencionada. Finalmente, el inciso 6 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje señala que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje

²⁴⁷ TORRES VÁSQUEZ. *Acto jurídico*, p. 244.

²⁴⁸ *Ibíd.*

constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte de contrato, siendo este un requisito más específico permitiendo un menor margen de autonomía a los particulares.

En esta línea, es importante considerar lo formulado por De Benito: “La excesiva ampliación del requisito de forma a todos esos supuestos contradice la función principal de toda forma *ad solemnitatem* que no es sino proporcionar certeza y seguridad jurídica en el tráfico jurídico, no tanto para el juez –*ad probationem*– como para las propias partes. Por ello, lo que hace la ley modelo enumerar toda esa serie de circunstancias es, simple y llanamente, tratar de ayudar al juez o al árbitro a que forme su convicción sobre la existencia del convenio arbitral, ofreciéndole para ello directrices uniformes”.²⁴⁹

En nuestra opinión, la formalidad del convenio arbitral se encuentra regulada en los actos jurídicos *ad solemnitatem*. En un primer momento es necesario que el acuerdo arbitral se encuentre escrito expresamente y, a su vez, se extienda a otras conductas expresas como contestar la demanda o la petición de arbitraje. Este requisito de formalidad se extiende a las comunicaciones electrónicas, siendo necesario la contestación indubitable de la oferta del pacto arbitral.

La Ley de Arbitraje, mediante la flexibilización y bajo una peligrosa interpretación de un convenio arbitral tácito, podrían otorgarle carácter de *ad probationem* al inicio de un arbitraje fraudulento, donde no habría existido manifestación o ratificación de voluntad, conforme a nuestra tesis, rechazamos la ley peruana en el extremo de permitir la flexibilización y posibilidades de arbitrar sin mantener estándares de formalidad, que permita el nacimiento de la justicia arbitral bajo una autonomía privada lícita.

²⁴⁹ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART. “Asimetría, separabilidad, sinalagma”, s. p.

1.2.4.6. Nulidad virtual. La teoría de la nulidad virtual, regulada en el artículo V Código Civil peruano, sanciona con nulidad aquellos actos jurídicos que contraviene el orden público o las buenas costumbres, que podrían ser interpretados conforme a la práctica arbitral en los supuestos que se puedan someter a arbitraje por las partes y los árbitros (según corresponda) materias controvertidas que no sea arbitrables o que se encuentren fuera del ámbito de los derechos de “libre disposición” y que generaría una incompetencia *ipso iure* del tribunal arbitral a fin de resolver sobre materias no arbitrables y fuera del ámbito de la libre disposición de derechos.

Según Rubio Correa, para la aplicación de la denominada nulidad virtual, no será necesario que cada dispositivo específico vaya acompañado de una declaración de nulidad expresa. Por el contrario, el procedimiento de aplicación es el siguiente: se analiza la norma concreta y si es de las previstas en el supuesto del artículo V, entonces cualquier acto que la contraviene sufrirá el vicio de nulidad.²⁵⁰

Además, conforme a la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, podrán ser objeto de nulidad aquellas materias que por ley están proscritas a ser arbitrables; por ejemplo, los adicionales de obra en materia de contrataciones estatales no son arbitrales (pueden ser otorgados exclusivamente por las entidades) o la propuesta de incorporar como puntos controvertidos en el proceso las pretensiones de enriquecimiento sin causa o indemnización (vinculadas a los adicionales), las cuales, conforme al tipo de del arbitraje en contrataciones estatales son materias no arbitrables o prohibitivas con evidente causal de anulación de laudo.

²⁵⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 97.

Es importante considerar la contravención al orden público nacional como supuesto válido de nulidad virtual para la ejecución de laudos. Al respecto, Isfer²⁵¹ establece:

Sobre este tópico, es válido hacer reserva, ya que en el arbitraje internacional puede ocurrir que en determinados países el laudo no sea reconocido o exigible por más que las partes hayan aceptado el árbitro dependiente o parcial. Esto porque, de acuerdo con el artículo 5.2.d de la Convención de Nueva York,²⁵² la autoridad competente del país en que el reconocimiento o ejecución es buscado se puede denegar a hacerlo, en caso tal procedimiento genere ofensa al orden público de aquel país. Así, si en el país específico donde se busca el reconocimiento o ejecución, determinada condición de falta de impedimento o imparcialidad caracteriza ofensa al orden público, puede haber denegación en ejecutar el laudo.

En aplicación de la nulidad virtual en el ámbito del arbitraje, la sanción que existe se encuentra regulada en el artículo 63 en las causales de anulación²⁵³ (incisos a, d y e) de la ley arbitral peruana, respecto a la inexistencia del convenio arbitral y a los materiales no arbitrables que podría haber sido resueltas por los árbitros, existe siempre la posibilidad de que el tribunal arbitral de oficio archive el proceso arbitral en la etapa inicial por existir manifiestamente causales de nulidad virtual.

²⁵¹ ISFER y ROTH ISFER. “Principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Arbitral: breves reflexiones”, p. 243.

²⁵² El mencionado artículo así dispone: “El reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral puede también ser rechazada si la autoridad competente en el país donde el reconocimiento y la ejecución buscadas determina que: [...] (b) El reconocimiento o ejecución del laudo sería contrario al orden público de tal país”.

²⁵³ Cabe precisar que las causales de anulación son contundentes taxativas bajo los siguientes supuestos:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- c. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

1.2.4.7. Convenios patológicos. Los denominados convenios patológicos cobraron rápida presencia en los fueros académicos peruanos. Bajo la interpretación de la estructura contractual del convenio se establecieron diversos supuestos que generen: nulidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral y su extensión, los convenios patológicos podrían ser pasibles de una adecuada interpretación por las partes o los árbitros para determinar la validez o no del convenio arbitral.

Estevez y Muñoz expresan: “Este es el caso de las denominadas **cláusulas patológicas**, frente a las que profesionales jurídicos nos enfrentamos en la práctica con relativa frecuencia, bien sea debido a una omisión o bien como consecuencia de un excesivo afán en complicar su redacción”.²⁵⁴

En este sentido, consideramos se debe partir de la premisa de que, además de cumplir con los requisitos para su validez anteriormente desarrollados, es imprescindible que la cláusula arbitral se redacte de forma clara e inequívoca, que genere certeza absoluta de los alcances y obligaciones del pacto arbitral.

Un acuerdo de sumisión cuya redacción sea precisa evitará disputas que implicarían la dilación del proceso y un aumento inexorable de los costos de transacción en recursos económicos y tiempos para los litigantes y los operadores arbitrales.

²⁵⁴ “La práctica nos demuestra que, aun cuando se dedican ingentes recursos a negociar los principales términos y condiciones de un contrato, de forma totalmente incomprensible se pasa por alto en demasiadas ocasiones la redacción de la cláusula de resolución de disputas, que se deja para última hora a pesar de su innegable repercusión. Este es el motivo por el que estas cláusulas reciben coloquialmente el nombre de *midnight clauses*”. ESTÉVEZ SANZ, Marlen y MUÑOZ ROJO, Roberto. *Validez y eficacia del convenio arbitral*, p. 6. Recuperado de http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf

Las patologías del convenio arbitral o las llamadas cláusulas patológicas se refieren a las que producen distintos tipos de dificultades para su adecuada ejecución.²⁵⁵

En una cláusula patológica existen dudas, ambigüedad o incoherencia sobre uno o más elementos del convenio arbitral debido a que el convenio arbitral debe manifestar la voluntad indubitable de las partes de someterse a arbitraje; asimismo, debe ser susceptible de producir efectos jurídicos y de ejecutarse para el desarrollo de las actuaciones arbitrales.²⁵⁶

Guzmán-Barrón Sobrevilla, respecto a los convenios patológicos, dice:²⁵⁷ “No existe convenio arbitral ‘mágico’. El convenio arbitral es normalmente conocido como la *midnight clause* o ‘cláusula de la medianoche’ porque se suele insertar en último momento de la negociación del contrato y, a veces, con poco análisis y reflexión. Esto trae como consecuencia un efecto práctico y es que un convenio arbitral bien redactado genera menos razones para ser cuestionado. En cambio, un convenio mal redactado que tenga ambigüedades dificultará la efectividad del arbitraje e, incluso, su propia existencia”.

Para Verdera Server: “Frente a este tipo de cláusulas, la mejor solución radica sin duda en una adecuada depuración del contenido del convenio arbitral para excluir precisamente esos defectos. Pero si ya se ha inducido en el convenio de una de esas cláusulas, como resulta obvio, debe procederse a interpretar el convenio arbitral para determinar si, pese a la imprecisión o la inexactitud, aún puede producir sus efectos o si la trascendencia del defecto es tal que determina la ineficacia del convenio”.²⁵⁸

²⁵⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, p. 56.

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 58.

²⁵⁸ VERDERA SERVER. *El convenio arbitral*, p. 272.

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

Elementos esenciales del convenio arbitral: el convenio requiere dos elementos esenciales:

- i) Acuerdo inequívoco y claro de que las partes desean someterse al arbitraje.
- ii) Conformidad de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.

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

- a) Tipo de arbitraje: *ad hoc* o institucional, de derecho o de conciencia
- b) Lugar o sede del arbitraje
- c) Legislación aplicable al caso arbitral
- d) Idioma del arbitraje
- e) Composición del tribunal arbitral
- f) Acceso al recurso de anulación
- g) Cláusula escalonada

Es esencial aportar lo establecido por Lorca Navarrete:

Estaría frente a dos modalidades, convenios arbitrales inválidos y de otro, a convenios arbitrales, susceptible de validación. Entre los primeros, se hallarían los convenios arbitrales que no serían tales por cuanto no estarían dirigidos a iniciar un arbitraje, por lo que serían convenios arbitrales nulos al no posibilitar el acceso al arbitraje. En cambio, los convenios arbitrales susceptibles de invalidación serían convenios arbitrales en blanco o vacíos en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo del arbitraje o indican, erróneamente, una institución arbitral o aluden, equivocadamente, y al propio tiempo, al arbitraje y el ámbito judicial o son convenios que tiene por objeto materias respecto de las que no es posibles el arbitraje.²⁵⁹

Los convenios patológicos podrían presentar errores en la redacción de forma o de fondo, los cuales serán interpretados bajo los siguientes ejemplos (supuestos generados en el ejercicio de la asesoría):

- a) Establecer que la designación de quien presidirá el colegiado arbitral, será efectuada por el presidente de la Corte Superior de Justicia de la localidad judicial competente.
- b) Declarar la competencia institucional de un centro de arbitraje que no cuenta con personería jurídica, local institucional y es inubicable.

Establecer en el convenio, en un párrafo, que la competencia se encuentra bajo determinado centro de arbitraje y al siguiente párrafo fijar la competencia territorial del fuero judicial de la localidad. En el arbitraje de las contrataciones estatales este convenio patológico, bajo la interpretación del arbitraje estatal forzoso, sería superado con sencillez y no habría mayor discusión en establecer que no existe conflicto de competencias de la justicia arbitral; sin embargo, en materia de arbitraje comercial, la competencia de arbitraje institucional o *ad hoc* frente a la competencia judicial entrarían en un conflicto que podría

²⁵⁹ LORCA NAVARRETE. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, p. 286.

implicar ante “la duda de la jurisdicción” la posibilidad de que un juez se declare competente e improcedente la demanda, por la competencia arbitral.

- c) Designar a un árbitro único que falleció o que no tiene existencia real y jurídica.

Con relación al tema de convenios patológicos es importante resaltar los criterios en las decisiones judiciales en materia de anulación de la justicia comercial:

Al emitirse el laudo cuestionado no se incurrió en la causal de anulación prevista en el inciso a) del numeral 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071 (el convenio arbitral es anulable), ya que los hechos relatados para sustentar la causal no guardan relación alguna con la misma, porque el carácter de nulo, anulable, inválido o ineficaz del convenio arbitral se da en el momento mismo en que se pacta; las citadas patologías contractuales aluden a la estructura misma de la estipulación o convenio y, como es evidente, son preexistentes a laudo mismo. Por tanto, en aplicación supletoria del inciso 4) del artículo 427 del Código Procesal Civil, el recurso de anulación sustentado en la presente causal debe ser declarado improcedente por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio.²⁶⁰

La presencia de los convenios patológicos deberá de ser prevenida y proscrita en fase de ejecución de contrato, en la misma que se deberá de verificar que no exista duda respecto a los alcances, requisitos o modalidades del acuerdo arbitral. Resulta reprochable a las partes no mantener la diligencia de la redacción perfecta del convenio arbitral, sin perjuicio del error de forma o fondo en la redacción del convenio arbitral; son los árbitros que deberán de interpretar conforme a la buena fe, ejecución del contrato y criterio de interpretación arbitral si existe patología y si deciden resolver al momento de la presentación de alguna excepción o con el laudo respecto a los convenios patológicos.

²⁶⁰ Expediente N° 235-2015 (anulación de laudo). Juana Elizabeth Angeldonis vs. Multimercados Zonales S.A. Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima.

1.2.4.8. Teorías de los actos propios con efectos arbitrales. Esta teoría se relaciona estrechamente con el principio de buena fe, el mismo que exige de los sujetos de derecho, tanto públicos como privados, presenten un comportamiento coherente que responda a conductas anteriormente ejecutadas por los mismos, de tal manera que pueda existir cierto margen de seguridad y confianza en las relaciones jurídicas, como así también en las legítimas expectativas de terceros.

El recordado experto en Derecho Societario Elías Laroya participa con el siguiente criterio: “La doctrina de los actos propios puede definirse como un principio según el cual el actuar en forma contradictoria con los propios actos es inadmisibles dentro de las reglas de la buena fe; así son inadmisibles los actos de ejercicio de un derecho claramente incompatibles con la conducta anterior de la misma persona, en otros términos, se considera que va contra de sus propios actos quien ejercer un derecho objetivamente incompatible con su conducta previa”.²⁶¹

Para O’Neill de la Fuente: “La doctrina de los actos propios se sustenta en el deber de actuar con buena fe y, desde nuestro punto de vista, con buena fe objetiva, de forma que el objeto protegido con esta institución es la confianza que suscita en un sujeto la conducta practicada por otro en determinada situación jurídica”.²⁶²

Cabe indicar que los tribunales arbitrales respecto a las controversias derivadas de contrataciones estatales acogían la teoría de los actos propios, siendo especial el caso del laudo arbitral de Derecho²⁶³ dictado en el caso entre Consorcio Gildemeister vs. Ministerio del Interior, donde se

²⁶¹ ELÍAS LAROYA, Enrique. *Derecho Societario peruano*. Trujillo: Normas Legales, 1999, p. 55.

²⁶² O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. “‘El cielo de los conceptos jurídicos’ versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. En *Themis*, n. 51 (2005), p. 53.

²⁶³ Ver: Exp. N° 124-2007/CONSUCODE. Consorcio Gildemeister – Ministerio del Interior.

establece la necesidad de revisar las actuaciones por parte del ministerio para establecer la nulidad de un contrato firmado entre la entidad y el contratista, señalando que es necesario que concurren tres elementos:

- a) Una conducta anterior vinculante y eficaz que permita inferir el sentido de la conducta futura.
- b) Una conducta posterior vinculante y eficaz que suponga una pretensión contradictoria con la conducta anterior.
- c) Quien realiza ambas conductas sea el mismo sujeto.

Asimismo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha acogido la teoría de los actos propios en un caso de anulación de laudo arbitral:²⁶⁴

Sexto.- *Al respecto, si bien es cierto el árbitro único ha invocado en el laudo, como sustento de su fallo de manera puntual algunas normas de Derecho Civil como, por ejemplo, el artículo 1380 del Código Civil, no es menos cierto que el argumento más trascendente expresado por dicho árbitro es el referido a que la relación establecida entre el Seguro Social de Salud - ESSALUD y el Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima y Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima se basó en el principio de la confianza y buena fe, así como en la doctrina de los actos propios (ver apartados 9, 17, 18, 19 y 20 del laudo). Así, el árbitro único ha señalado (acápite 17 del laudo): “El contrato es una relación obligatoria con prestaciones entre las cuales existe reciprocidad, en cuanto al Contrato Complementario del Servicio de ‘Seguro por Accidentes Personales para los Trabajadores Activos Nombrados y Contratados por ESSALUD’ prevalecen sin duda alguna, la prestación del Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima de cumplir con los servicios de seguros y la prestación del Seguro Social de Salud - ESSALUD de pagar la contraprestación acordada, el mismo que derivó de un acuerdo de voluntades basado en el principio de la*

²⁶⁴ Casación 3175-2015. Corte Suprema de Justicia de la República.

confianza y buena fe materializado por una solicitud y aceptación formal de ambos contratantes, quedando de esta manera configurado el contrato”.

Séptimo.- *Por otro lado, cabe manifestar que el Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al caso de autos, también ha acogido la doctrina jurídica antes indicada, al determinar en su artículo 4: “Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad”. Por consiguiente, no resulta razonable la aseveración de la Sala Superior en cuanto sostiene que el árbitro único no ha ajustado su decisión al orden de prelación de aplicación de las normas, establecido en la cláusula décima sexta, referida al marco legal del contrato y en el Acta de Instalación de Árbitro. Ello por cuanto se advierte que la sentencia ahora impugnada sí habría observado tal orden de prelación, al sustentarse en la doctrina de los actos propios y el principio de la buena fe contractual, que informan tanto el sistema jurídico privado como público de la normativa contractual, esto es, tanto en la normativa del derecho común como en la normativa consagrada en el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, tal como ha quedado expuesto.*

Es importante enfatizar que, respecto a la teoría de los actos propios, siempre su interpretación y aplicación se enfoca a los arbitrales comerciales, sin embargo, no es factible que se aplique al arbitraje en contratación estatal, no se podría solicitar en la demanda y menos amparar en un laudo aspectos como adicionales, deducibles, ampliaciones de plazo, pago de gastos generales o liquidación de una obra, conforme a los actos propios de la entidad, el Estado en su ámbito de contratación y ejecución es formal y solemne.

En conclusión, la teoría de los actos propios en materia de contratación pública está proscrita, las modificaciones contractuales deben ser expresar y estar encaminadas conforme a los actos administrativos fijados en la Ley y en el Reglamento de contrataciones del Estado.

1.2.4.9. Materias arbitrables. El artículo 2, numeral 1 de la Ley de Arbitraje establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Constituyendo el arbitraje una jurisdicción especial para resolver controversias, acudiendo los contratantes de modo voluntario, no pueden someterse al mismo controversias en las que se involucre un interés que no pueda ser dispuesto libremente por las partes interesadas. En este sentido, son arbitrables las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que, no siéndolo, sean autorizadas de someterse a arbitraje a través de alguna ley, tratado o acuerdo internacional. Esta definición está obtenida en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), vigente desde el 1 de septiembre de 2008.²⁶⁵

Conforme a la reseña de Guzmán-Barrón: “A diferencia de lo que ocurría en la Ley General de Arbitraje de 2006, Ley N° 26572, la nueva ley ya no menciona una lista taxativa de materias no arbitrables; la no arbitrabilidad de una materia se determina en función a una interpretación a contrario del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje”.²⁶⁶

El profesor Vasconcelos Roque, citando a Guerrero,²⁶⁷ nos brinda importantes aportes de la doctrina arbitral en el Brasil. La arbitrabilidad acostumbra ser analizada por la doctrina en dos dimensiones, que son: (i) relativa a la persona (*ratione personae*), delimitando quién puede ser sometido al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva); y (ii) relativa a las materias (*ratione materiae*) que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros (arbitrabilidad objetiva). Así, si un acuerdo de arbitraje es celebrado fuera de los límites de la arbitrabilidad, el resultado será un negocio jurídico

²⁶⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, p. 33.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ VASCONCELOS ROQUE. “El arbitraje con entes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil”, pp. 166-169.

inválido²⁶⁸ (ver Guerrero, Luis Fernando), sea porque en él participó por lo menos un agente que no tenía capacidad para este fin (falta de arbitrabilidad subjetiva), sea porque su objeto no era admitido por la ley (ausencia de arbitrabilidad objetiva).

En relación con la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, la ley brasileña determina que solamente las personas capaces de contratar podrán celebrar un acuerdo arbitral. Naturalmente, tratándose de un negocio jurídico, la doctrina ha entendido que tal exigencia se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio, o sea, a la posibilidad de que la persona realice, sin el auxilio de terceros, los actos de la vida civil.²⁶⁹ No basta, así, la mera capacidad de derecho o de goce, entendida esta como la aptitud de hacerse sujeto de derechos y deberes.²⁷⁰ Hay quien sustenta incluso que, como el arbitraje presupone la disponibilidad de un derecho,²⁷¹ la

²⁶⁸ La doctrina discutió en innumerables oportunidades la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, que ya fue considerada una forma de transacción, un contrato con producción de efectos procesales y, por último, un negocio jurídico procesal. Sobre el tema, de forma general ver GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. Sao Paulo: Atlas, 2009, pp. 10-15.

²⁶⁹ Ver CARMONA. *Arbitragem e Processo*, p. 37. En la realidad, lo que se exige es la capacidad para contratar, evaluada al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje. En regla, ella coincide con la capacidad para la práctica de los actos de la vida civil, pero algunos civilmente capaces, excepcionalmente, pueden estar impedidos de firmar contratos, como los socios de la empresa quebrada. En este sentido ver CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009, pp. 49-50.

²⁷⁰ Aunque una interpretación literal del artículo 1 de la Ley 9.307/96 pudiese eliminar la posibilidad de que los llamados entes formales (condominios edilicios, masa hereditaria, masa de la quiebra) participen en arbitrajes (ya que no poseen personalidad jurídica, no siendo exactamente considerados "personas"), la doctrina ha considerado, acertadamente, que no hay fundamento para prohibir tal supuesto. Solo se exige que los responsables de la representación de estos entes despersonalizados estén debidamente autorizados (por el juez, en los casos de masa hereditaria y de la masa de la quiebra, y por la asamblea en el caso del condominio). Ver CARMONA. *Arbitragem e Processo*, pp. 37-38; FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 15-16.

²⁷¹ Aunque se entienda que la simple opción por la vía arbitral no presuponga disposición de derecho material, lo que nos parece correcto, el acuerdo de arbitraje implica la disposición de un derecho eminentemente de naturaleza procesal, cual sea, o de someter las controversias delimitadas por el propio acuerdo al Poder Judicial. Ver RICCI, Edoardo Flavio. "Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei Nº 9.307/96". En RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem*

incapacidad de ejercicio no podría ser suplida ni siquiera por el representante o asistente del incapaz.²⁷²

La profesora chilena Vásquez Palma propone: “El problema reside en que no toda controversia es arbitrable. En primer lugar, es necesario que surja de un contrato con cláusula arbitral válida, o que las partes hayan válidamente acordado dirimirla por arbitraje y, en segundo lugar, que el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación permita que las controversias de esa naturaleza se resuelvan mediante arbitraje”.²⁷³

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

Materias sujetas en el arbitraje internacional

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

Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

²⁷² Ver CARMONA. *Arbitragem e Processo*, p. 37. “En sentido aparentemente contrario, exponiendo que ‘las incapacidades pueden ser suplidas’”. GUERRERO. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, p. 50.

²⁷³ VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 444.

En mercado nacional o internacional globalizado, y conforme al amplio dinamismo de las transacciones financieras y de las inversiones, las corporaciones y los diferentes Estados han optado por acceder a la justicia arbitral internacional y de inversiones, conforme a principios de alta especialización y la seguridad jurídica que se generan conforme a las reglas arbitrales estandarizadas establecidas en los más reputados centros de arbitraje internacionales.

Asimismo, a diferencia de la ley anterior, que regulaba de forma separada al arbitraje nacional y el arbitraje internacional, la nueva Ley de Arbitraje utiliza un sistema monista, por lo que posee una única regulación del arbitraje que se aplica en ambos casos. Por ende, tanto para la determinación de la materia arbitrable en el arbitraje internacional como en el caso de un arbitraje nacional se aplica lo establecido en el artículo 2.1. Si llegase a constituirse un arbitraje internacional sobre un asunto que no puede ser objeto de arbitraje según la ley de un país, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral podrán ser impugnados en ese país. Así lo establece expresamente el artículo 5 inciso 2 de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por el Perú.²⁷⁴

Conforme Arias Lozano: “Cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios para delimitar las materias susceptibles a arbitraje; a saber: i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y ii) el criterio patrimonial”.²⁷⁵

En consecuencia, respecto a este extremo Castillo y otros: “A nuestro entender, hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito

²⁷⁴ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, p. 34.

²⁷⁵ ARIAS LOZANO, David, coord. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida, sino que está en función de lo que dice la ley. Es esta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no”.²⁷⁶

Por su parte, Campos Medina²⁷⁷ sostiene: “Que, si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que le corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen”.

Continúa Campos Medina afirmando: “Que hay quienes sostienen que esta teoría tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben, además, no tener impedimento legal para someterla a arbitraje”.²⁷⁸

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales Viscasillas²⁷⁹ señala: “Que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas”.

Por nuestra parte, coincidimos con Campos Medina,²⁸⁰ quien señala que: “La patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que, si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable”.

²⁷⁶ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 45.

²⁷⁷ CAMPOS MEDINA, Alexander. “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, n. 3 (2006), p. 319.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ PERALES VISCASILLAS. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*, p. 139.

²⁸⁰ CAMPOS MEDINA. “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”, p. 320.

Por lo demás, según Castillo y otros: “La distinción que la doctrina establece respecto a patrimonialidad o no patrimonialidad ha sido ya superada. Ello, debido a que un derecho siempre reviste caracteres de ambos tipos, en mayor o menor grado”.²⁸¹

Consideramos que el contenido patrimonial u oneroso representa una condición esencial, bajo la teoría de la libre disposición, para establecer si nos encontramos con derechos y obligaciones derivados de un contrato que puedan ser considerados materias arbitrables. Esta condición de arbitrables o no puede ser establecida por autonomía privada entre las partes y por imperio de la ley, conforme al tipo de contratación.

Es primordial establecer constantemente la posibilidad que las partes²⁸² pacten en el convenio arbitral la determinación de qué materias controvertidas podrían ser arbitrables, lo cual limita la competencia de los árbitros y que a su vez la regla de patrimonialidad y de la libre disposición de los derechos se mantengan como reglas de interpretación a efectos de evaluar las materias arbitrables.

1.2.4.10. Vigencia del convenio. Ocurre en ciertos casos que los motivos que ocasionan la discrepancia sujeta a solución mediante arbitraje remiten a hechos ocurridos antes de la fecha de vigencia de contrato que contiene la cláusula arbitral, o luego de su terminación, lo cual nos impone una interpretación indispensable de la fecha en que se firmó el contrato.

Una forma de entender la importancia de la vigencia del convenio se deriva del plazo que otorguen las partes contratantes a fin de conformar el tribunal arbitral o del plazo para la emisión del laudo, fórmula muy peligrosa por cuanto podrían existir hechos excepcionales que alarguen el arbitraje y ante

²⁸¹ CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 48.

²⁸² En el convenio arbitral, dos empresas de un mismo grupo empresarial fijaron que no serán arbitrables las pretensiones de daños morales.

un posible laudo extemporáneo –fuera de una causal de anulación– se podría discutir respecto a la vigencia del convenio y su relación con la duración del arbitraje.

Un ejemplo paradigmático que expone Jiménez: “Son los reclamos por perjuicios sufridos con motivo de la terminación abusiva de un contrato, y que son sufridos por la parte demandante con posterioridad a la rescisión del contrato, pero se producen como consecuencia de dicha rescisión abusiva, es decir, cuando el contrato ha cesado de existir”.²⁸³

Las cláusulas de arbitraje, por lo común, omiten toda referencia al plazo de su vigencia. Ello es natural, ya que las partes, al aceptar de común acuerdo el convenio de arbitraje, ignoran cuándo será el momento de iniciar el procedimiento de solución del conflicto, aun cuando se trate de un acuerdo específico para la solución de un conflicto nacido antes del pacto arbitral.²⁸⁴

El plazo de vigencia de la cláusula arbitral no debe confundirse con el plazo, que con frecuencia consignan las partes en sus acuerdos, para que el tribunal arbitral emita su laudo final. Por otro lado, las partes pueden perfectamente limitar el plazo para iniciar el arbitraje luego de producido el hecho sobre el que basa su derecho, por ejemplo, hasta seis años contados desde que se produjo el evento o controversia. También las partes son libres de limitar el plazo para iniciar la ejecución del laudo en sede judicial, es decir, pueden limitar la vida útil de laudo.²⁸⁵

En los procesos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado los plazos de vigencia para acudir a la vía arbitral están sujetos a caducidad, como

²⁸³ JIMÉNEZ, Raúl. “El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español”. En SOTO COAGUILA, Carlos, dir., *Tratado de Derecho Arbitral*, t. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibañez - Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 58-59.

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.*

son la resolución de contrato, ampliación de plazo, el pago de valorizaciones, oposición a la aplicación de penalidades, entre otros.

La “caducidad”, según Castillo y Osterling: “Es la figura jurídica mediante la cual el transcurso del tiempo pone fin o genera la pérdida de un derecho (e incluso la acción)”.²⁸⁶

Fornacari nos dice: “Ahora bien, esta pérdida necesariamente requiere de una inacción (un no ejercicio de determinado derecho) por parte del titular”.²⁸⁷

Con lucidez, Messineo, determina: “La razón de ser de esta institución se encuentra en una exigencia de orden social, es decir, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido; de manera que su no es ejercicio, debe considerarse como renunciado por el titular”.²⁸⁸

Ahora bien, si bien es cierto la doctrina es muy pacífica en ese sentido, es necesario precisar que la caducidad no extingue como tal el llamado derecho de acción,²⁸⁹ el cual puede ser siempre ejercitado en aplicación del principio de acceso a la justicia,²⁹⁰ lo que sí extingue es la pretensión, impidiendo que lo que pueda peticionarse mediante el derecho de acción tenga un pronunciamiento sobre el fondo por haber fenecido el mismo.²⁹¹

²⁸⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario”. En CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, p. 84.

²⁸⁷ FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*, t. 3. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 1.

²⁸⁸ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. 2, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pp. 65-66.

²⁸⁹ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. 4. Buenos Aires: Ediar, 1956, p. 306.

²⁹⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 62.

²⁹¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, t. 1. Bogotá: Temis y De Belaunde & Monroy, 1996, p. 270.

En lo que respecta al proceso, la caducidad opera (como presunción legal) cuando el accionante “abandona” sus pretensiones en el tiempo, es decir, se abstiene de ejercerlas dentro del plazo determinado por ley.²⁹²

Como efecto práctico de la caducidad en la contratación pública, la norma vigente, permite a que el interesado en iniciar las acciones arbitrales tenga el plazo de interponer dentro de los 30 días calendarios de generado la materia arbitrable, con lo cual presentar una petición de arbitraje (y sus diversas pretensiones) resultaría una pérdida de tiempo y recursos económicos, por cuanto la excepción de caducidad operó *ipso iure*, y ante la formulación del recurso de excepción por caducidad se mantiene la obligatoriedad de ser resuelta por el tribunal arbitral en la etapa de fijación de los puntos controvertidos o en audiencia especial, siendo muy negligente incentivar a una parte a iniciar las acciones arbitrales, cuando el plazo se encuentra en caducidad desde la defensa del privado o el Estado.

1.2.4.11. Convenio arbitral: ad probationem y ad solemnitatem. Es importante considerar la clasificación tradicional de los actos jurídicos en actos *ad probationem* que cumplirán sus efectos jurídicos sin necesidad de formalidades y los actos jurídicos *ad solemnitatem* que requieren de una formalidad o solemnidad establecida por el Código Civil y en la mayoría bajo sanción de nulidad, para lo cual se debe de interpretar los artículos 141-A y 144 del Código Civil peruano.

Respecto a la formalidad en sede nacional, se sostiene, la única formalidad que la ley arbitral exige es que el convenio arbitral conste por escrito cuando “[...] quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

Bajo esta pauta es importante replicar a O’neill y Nava: “Así, solo en ese caso no se aporte ninguna prueba de la celebración del convenio, podría

²⁹² FORNACIARI. *Modos anormales de terminación del proceso*, p. 4.

decirse que carece de la referida formalidad y que, por tanto, el convenio es manifiestamente nulo. A pesar de ello, en una situación como esta es fácil predecir que se suscitara una intensa actividad probatoria para acreditar, precisamente, que el convenio arbitral sí se celebró”.²⁹³

Guzmán Barrón, respecto a la forma del convenio arbitral en sede nacional menciona:²⁹⁴ “De la definición de convenio arbitral efectuada por la Ley de Arbitraje observamos como requisito la forma escrita. No obstante, no se sanciona con nulidad la falta de forma escrita, por lo que estamos ante una formalidad *ad probationem*. Más aún, la ley adopta un concepto flexible de lo que debe entenderse por escrito, pues abarca también lo no escrito, conforme se desprende del propio artículo 13”, en sus siguientes variantes: a) solo por escrito; b) cualquier otra forma o ciertos actos; c) cursa comunicación y respuestas; d) intercambio de escritos.

Guzmán Barrón resalta: “Nótese que el legislador ha optado por establecer una definición sumamente flexible de convenio arbitral: básicamente solo se exige que se registre constancia de su existencia; en este sentido, se ha establecido incluso que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.²⁹⁵

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

²⁹³ O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y NAVA ZEGARRA, Mariem. “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”. En *Advocatus*, n. 32 (2016), p. 108.

²⁹⁴ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, pp. 46-47.

²⁹⁵ *Ibíd.*

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

Como será expuesto en la parte final, nuestra tesis postula la oposición a la flexibilización del convenio arbitral y proponer una tutela célere por intermedio de la postulación de la excepción de inexistencia de convenio arbitral ante el inicio de arbitrajes fraudulentos que imponen la competencia arbitral sin mantener un convenio escrito y lícito.

Los estándares internacionales de las prácticas arbitrales y legislaciones acorde a las disposiciones de la UNCITRAL permiten que, bajo la buena fe y una práctica lícita, los convenios arbitrales tácitos puedan ser entendidos como válidos, lo cual implican una interpretación con flexibilidad y, a su vez, siempre se regula la condición de la formalidad del convenio arbitral, que representan las formas eficaces del convenio arbitral consideradas en las diversas legislaciones.

La tendencia del comercio electrónico en internet²⁹⁶ sin duda es un mercado que ha modificado hace más de veinte años, el comercio ya mantiene un uso descomunal del tráfico digital generado por personas naturales y empresas, fenómeno comercial transfronterizo y sin limitaciones.

El comercio en internet y su protección en sede peruana mantiene amparo en el Código de Protección del Consumidor y en la nueva modalidad del arbitraje de consumo, que tiene por finalidad brindar una justicia especializada en derecho del consumidor respecto de controversias

²⁹⁶ Las compras de los consumidores efectuadas por Glovo, Uber, Amazon, Despegar, Mercado Libre y cualquier comercio o servicio en aplicativos u otras plataformas mantiene reglas contractuales de adhesión que el interesado acepta; sin embargo, no se puede desprender que el consumidor y la empresa “vendedora” del servicio o producto, impongan una cláusula arbitral a fin de resolver las posibles controversias salvo incorporación expresa en el contrato de adhesión propuesto al consumidor.

derivadas de una vinculación contractual electrónica válida y con expresa preexistencia de reglas contractuales.

A consideración de Simón Hocman: “Los conflictos que surgen del comercio electrónico y que no involucran montos importantes son generalmente resueltos por negociaciones entre las mismas partes. En caso de no poder arribar a un acuerdo se recurre a un tribunal de justicia o a un tribunal arbitral institucionalizado, cuya competencia suele ser estable voluntariamente por las partes al momento de celebrarse el contrato”.²⁹⁷

Para las transacciones comerciales internacionales, la utilización de la firma electrónica plantea el problema de la eficacia de la extraterritorialidad de los certificados. Sin embargo, y puesto que la firma electrónica se genera en el contexto de la economía mundial globalizada, no sorprende que los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la materia a los que se ha hecho alusión contengan afines, es decir, permitan el reconocimiento jurídico de los certificados expedidos por autoridades de certificación de un tercer país, siempre que cumplan con la normativa del país que los reconocerá.²⁹⁸

A pesar de su indubitable crecimiento, las transacciones realizadas por medio del *e-commerce* todavía se ven con cierta preocupación, tanto por los usuarios como algunas empresas, por la evidente vulnerabilidad que representa el mal uso de datos personales dispuestos en la red y por la diversidad de plataformas de *software* y equipos de telefonía que dificulta

²⁹⁷ SIMON HOCMAN, Heriberto. *Negocios en internet*. Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 32-33. El mismo autor establece el surgimiento del ciberarbitraje y resalta que esta práctica estaría siendo establecida por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (35), bajo la implementación de la *e-resolution*. Debemos establecer que discrepamos de lo expuesto, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima al 2020 no ha establecido reglas del ciberarbitraje, sucede que las notificaciones de las resoluciones son efectuadas vía correo electrónico, las audiencias son presenciales y el laudo se notifica en forma física tradicional.

²⁹⁸ FORMENTIN ZAYAS, Yanixet. “La garantía jurídica de la firma electrónica. Una solución informática a los problemas derivados de la gestión de información”. En PÉREZ GALLARDO, Leonardo, coord. *Contratación electrónica y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2017, p. 179.

la estandarización de los medios de seguridad que deben adoptar quienes desarrollan los aplicativos destinados a este fin.²⁹⁹

A fin de verificar la validez de los contratos de personas naturales y jurídicas en el comercio electrónico o de internet es importante analizar las reglas nacionales e internacionales de la firma electrónica o digital. En el Perú, la legislación regula la firma electrónica en diversas normas especiales, encabezadas por el documento de identidad electrónico, que guardan un eje central en la conexión entre firma tradicional o electrónica respecto de convenios arbitrales.

Incluyo abordar la tendencia de los convenios arbitrales electrónicos, ya que requieren cierta formalidad que acredita su preexistencia electrónica y el consentimiento de los contratantes.

Montesinos García señala: “La nueva tecnología presenta una realidad creciente en el ámbito jurídico y que en materia arbitral se debe abordar no solo a propósito del contrato que le imprime vida, sino de la institución vista desde un punto de vista global.³⁰⁰ En principio, no se visualiza razón por la que se deban aplicar diferentes normas o reglas más restrictivas a los convenios arbitrales realizados por vía electrónica que a aquellos convenios arbitrales realizados por medios tradicionales, de manera que habrá de seguirse dicha línea para aventurar su posible validez. La diferencia solo se justificará cuando las especificidades de la modalidad *on line* así lo exijan”.

Las ventajas del uso de la tecnología en la redacción y ejecución de convenios arbitrales electrónicos mantienen defensores y detractores. Pese a que existen programas o *softwares* que podrían proteger los convenios arbitrales almacenados, los altos costos económicos no podrían

²⁹⁹ DE LUCA, Newton. *Contratación informática y telemática*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Depalma - Temis, 2012, p. 9.

³⁰⁰ Ana Montesinos García citada por VÁSQUEZ PALMA. *Tratado de arbitraje en Chile*, p. 440.

ser asumidos por personas naturales y en sede peruana establecer una protección del convenio arbitral digital a la fecha resulta poco operativo y altamente oneroso.

Según Lorca Navarrete “[...] es preciso indicar que, aunque la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible (lo es *ad validitatem*), la LA, en cambio, acoge, plenamente, el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que, su formalización por escrito, no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto”.³⁰¹

En Argentina, Caivano acota: “Cabe precisar que el consentimiento tácito guarda relación con el asentimiento tácito (conocido en el arbitraje internacional como *assumption by conduct*), en que este último el comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar –ni antes ni durante el mismo– objeción alguna ni rechazar el arbitraje”.³⁰²

Sin embargo, en España se estaría revistiendo de protección al convenio arbitral tácito. Esta preocupación es manifestada por Cervantes Bravo:

En un principio puede ser verbal, ya que se admite la validez del convenio creado con posterioridad por la voluntad tácita de las partes al admitirse que el convenio arbitral resulte del ‘intercambio de escritos de demanda y contestación’ (en los términos del art. 29, LA) en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por otra, pues se presume que existe voluntad de sujetarse a arbitraje ya sea expresa o tácitamente que da como resultado un convenio procedimental que se caracteriza por derivarse de unos actos desarrollados en el procedimiento arbitral. En concreto, la

³⁰¹ LORCA NAVARRETE. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, p. 230.

³⁰² CAIVANO, Roque. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En *Arbitration* 1 (2006), pp. 131-132.

voluntad de las partes sobre la existencia de convenio arbitral es más importante que la forma que este asuma.³⁰³

La regulación del convenio arbitral de la ley peruana (explicado en el último capítulo), a nuestro criterio, está agrupada en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos.

El artículo 13 de la ley arbitral peruana en el inciso 1 parte del supuesto que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligado a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2 expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (por escrito) y bajo una aplicación sistematizada conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que la presentación o recepción de escritos del litigio arbitral y sin negativa implicará la aceptación de la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

1.2.4.12. Extensión del convenio y la parte no signataria. Por la dinámica propia del comercio internacional y nacional contemporáneo, cada vez es más frecuente encontrar que los actores del mercado se valen de estructuras corporativas complejas para el desarrollo de sus respectivos negocios. En efecto, hoy por hoy es innegable la presencia de los grupos empresariales como activos participantes en las transacciones internacionales, y así encontramos que por razones de índole tributaria,

³⁰³ CERVANTES BRAVO, Irina. "Comentarios a la Ley de Arbitraje española". En *Vniversitas*, n. 115 (enero-junio de 2008), pp. 29-30.

logística o financiera en la contratación contemporánea es cada vez más frecuente que los contratos sean negociados con varios miembros de un grupo empresarial, pero que estos solo sean firmados por alguno o varios miembros de tal grupo y que, además, en la ejecución de tales contratos se vean involucrados otros miembros del grupo que tampoco son signatarios de aquellos.³⁰⁴

La extensión del convenio arbitral a los terceros no firmantes y la parte no signataria del convenio arbitral representa un aporte de la ley arbitral peruana y un punto de diversos debates en su aplicación procesal y las implicancias respecto a laudo y su ejecución.

El numeral 14 de la Ley de Arbitraje regula: “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”.

La posible extensión del convenio arbitral a terceros o no suscriptores del mismo en una economía generada por la presencia del grupo económico o empresarial, sumado a los diversos procesos de tercerización o intermediación de las actividades principales o accesorios en la producción de bienes o servicios, conforme a diversos actos contractuales de otorgamiento de líneas de crédito, contratos de consorcio o asociativos, locación, fusiones, siempre mantendrán supuestos válidos de vinculación económica, societaria e, incluso, laboral o tributaria, y quien pretenda reclamar o tutelar derechos contractuales vía arbitraje deberá interpretar la teoría del levantamiento del velo societario y de la extensión del convenio

³⁰⁴ MONTIEL FUENTES, Carlos. “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”. En *E-Mercatoria*, n. 1, vol. 8 (2009).

a terceros no signatarios, pero con vinculación empresarial o económica en la negociación y ejecución del contrato.

El razonamiento que subyace tras esta teoría es el siguiente: la cláusula arbitral expresamente aceptada o firmada por una de las compañías del grupo empresarial puede ser extendida para vincular otros miembros de dicho grupo en virtud del rol o papel que han jugado fase de negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato que contiene dicha cláusula.

Respecto del tema de extensión de los efectos a sujetos no signatarios, resulta interesante destacar situaciones problemáticas desde el punto de vista de la forma que tienen que ver específicamente con escenarios de arbitrajes complejos, que nos aporta Ramírez Gómez.³⁰⁵

- a) Derechos de terceros u obligaciones cobijadas por cláusulas arbitrales insertas en contratos que prevén beneficios a favor de terceras partes o estipulaciones a favor de terceros.
- b) Derecho de terceros u obligaciones bajo cláusulas arbitrales en razón de una novación subjetiva respecto del contrato que las contiene. Es decir, hay una modificación de uno de los sujetos del primer contrato sin que el nuevo sujeto que llega a integrar la parte pasiva o activa de la relación acepte por escrito los términos de la cláusula arbitral.
- c) Derechos de terceros u obligaciones en razón de una acción subrogatoria, ejercitada, por ejemplo, por un acreedor de la parte suscriptora del acuerdo arbitral.
- d) Derechos u obligaciones exigidos respecto de los sucesores de las partes del acuerdo de arbitraje o por corporaciones o empresas

³⁰⁵ RAMÍREZ GÓMEZ. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*, pp. 86-87.

emergentes resultantes de una división de la corporación que inicialmente suscribió el pacto arbitral.

- e) Cuando un convocante busca iniciar un arbitraje en contra de una entidad o sujeto de derechos que originalmente no es parte del contrato de arbitraje, o cuando una entidad o sujeto de derechos que no es parte suscriptora del acuerdo busca hacerlo efectivo, por ejemplo, con base en la teoría del grupo de compañías.

Dicho por Ramírez Gómez: “En otra forma, la conducta de los no signatarios miembros del grupo consistente en una activa intromisión y participación en el contrato del cual surge la disputa, puede en ciertas circunstancias ser entendida como una intención implícita de entenderse atados por el pacto arbitral, es decir, hay una manifestación implícita de la intención de negociar que se conjuga con la manifestación del otro contratante”.³⁰⁶

Por ello, Bullard González establece:

*La LGA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basan en el carácter contractual del convenio arbitral. Lo que se buscó es, en consistencia con lo que jurisprudencia ya venía desarrollando, resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de qué se puede entender por consentimiento. En esa línea no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LGA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral internacional.*³⁰⁷

A criterio de Suárez Anzorena: “Si bien, en principio, el arbitraje es una figura contractual, sin embargo, la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales,

³⁰⁶ Ibíd., p. 199.

³⁰⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, p. 108.

revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe”.³⁰⁸

En un artículo sobre la extensión del convenio arbitral a no signatarios, Pablo Mori Bregante escribe:³⁰⁹

En una sentencia, emitida el 15 de enero de 2014 por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 03841-2012-PA/TC, dicho colegiado se pronunció en relación con la demanda de amparo presentada por el señor Giovanni Mario Paredes Ruiz (en adelante, el demandante o el señor Paredes) en contra del árbitro Luis Alberto Livellí Matos (en adelante, el árbitro demandado)³¹⁰.

A través de la referida demanda de amparo, el señor Paredes solicitó al Tribunal Constitucional –vía recurso de agravio constitucional- que reponga las cosas al estado anterior al inicio del arbitraje seguido entre la empresa Industrial Peruana (Sacip) y Flotal Construcciones Logística y Servicios S.A.C. (Flotal), dado que el laudo emitido para resolver las controversias entre dichas empresas, supuestamente, había vulnerado el derecho de propiedad y debido proceso en forma amplia.

³⁰⁸ SUÁREZ ANZORENA, Irineu. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En *Revista Internacional de Arbitraje*, n. 2 (enero-junio 2005), pp. 57-58.

³⁰⁹ MORI BREGANTE, Pablo. “Buenas y malas. El Tribunal Constitucional y el desarrollo actual de artículo 14 de la ley peruana de arbitraje (extensión del convenio arbitral a no signatarios)”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 149-150.

³¹⁰ SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco. “Los efectos de un laudo arbitral contra un no suscribiente del convenio arbitral y no participante del proceso. Comentarios a la sentencia emitida por el pleno del Tribunal Constitucional ‘Giovanni Paredes y el Camal de Yerbateros’”. En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental*, vol. 60 Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, p. 199.

Pues sucesión que la persona natural y/ o propietario, no participo en el arbitraje ni fue notificado de las actuaciones del caso, en el laudo arbitral se ordenó que Sacip –empresa de la cual el señor Paredes era socio mayoritario y que además ostentaba la licencia del Camal de Yerbateros-ceda (entro otros derechos) indefinidamente la posesión de un inmueble de propiedad del referido señor Paredes, lo cual trajo consigo la vulneración de su derecho de propiedad.

Al pronunciarse, el Tribunal Constitucional declara –en mayoría- fundada la demanda de amparo y ordena que el laudo arbitral es ineficaz, inejecutable y no produce efectos de cosa juzgada, basando su decisión principalmente en los siguientes argumentos:

i) “El demandante no es parte del convenio arbitral ni del proceso arbitral, pero a pesar de ello, se dispuso algunos atributos a su derecho de propiedad y se le pretende ejecutar los efectos del laudo arbitral, razones por las cuales corresponde estimar la demanda³¹¹”

ii) “[...] Si lo emplazados advirtieron que la decisión asumida iba a tener incidencia en los derechos del demandante, era obligación de los demandados emplazar y/o integrar al actor a efectos de que pueda ejercer sus derechos al interior del proceso arbitral, garantizándose así su derecho al debido proceso³¹²”

iii) “En tal sentido debemos tener en cuenta que toda vinculación de las personas al proceso tiene como objetivo principal el respeto y cumplimiento de la decisión final asumida [...] razón por la que es necesario y obligatorio para el juzgador emplazar y/o comunicar a todas las personas que puedan tener interés en los resultados del proceso, puesto que solo se puede con la decisión a quien participó válidamente en este, contrario sensu, si no se ha emplazado a una parte en el proceso sería inválido, y por ende, ilegítima la decisión que obligue su cumplimiento³¹³”.

³¹¹ Segundo párrafo del numeral 8 de la citada sentencia.

³¹² Primer párrafo del numeral 8 de la citada sentencia.

³¹³ Numeral 9 de la citada sentencia.

*iv) “En tal sentido no puede ejecutarse el laudo arbitral respecto de una persona que no ha formado parte del contrato respecto del cual se acuerda acudir a un arbitraje –denominada parte no signataria- razón por la que se debe declarar la inejecución del laudo arbitral [...]”.*³¹⁴

En nuestra experiencia arbitral, comentaremos tres casos en los cuales resulta fundamental la aceptación o denegatoria por parte del tribunal arbitral ante la petición del ingreso de la parte no signataria o los terceros al proceso arbitral, en el siguiente orden:

- i. **Empresa municipal y municipalidad.** Dentro del marco de la ley de contrataciones estatales, un consorcio interpuso una demanda por cumplimiento de pago ante una empresa municipal (objeto de servicio de limpieza), la misma que en su estructura societaria conservaba la condición de **único y exclusivo socio a la entidad municipal**.³¹⁵ En la contestación de la demanda, la empresa como argumento estableció que su presupuesto era otorgado por la entidad, ante lo cual el contratista solicitó su incorporación como parte no signataria; el tribunal arbitral, en mayoría, aceptó la incorporación de la parte no signataria, sin embargo, en el laudo exclusivamente se imputó la obligación de pago a la empresa municipal y se excluyó a la entidad municipal. Es importante señalar que la entidad municipal, en su condición de parte no signataria, a lo largo de la litis ejerció plenamente su derecho de oposición, excepciones y participación en las diferentes audiencias del proceso.

- ii. **Contrato de consorcio de un proyecto inmobiliario.** Dos personas jurídicas de derecho privado, mediante contrato de consorcio, unificaron esfuerzos con el objeto de implementar un proyecto inmobiliario (construcción de 250 viviendas básicas). El consorciado A entregaría el predio y el consorciado B, el capital y la ingeniería para la ejecución de las obras. El consorciado A demanda en vía arbitral al consorciado B por resolución de contrato e indemnización, en consideración que el proyecto

³¹⁴ Numeral 10 de la citada sentencia.

³¹⁵ La empresa municipal mantenía como único socio a la entidad municipal.

se encontraba en una fase del 70 % de ventas de las unidades inmobiliarias y no recibía beneficio económico; el consorciado B se defendió indicando que los terrenos no estaban saneados y que se incurrió en altos costos por saneamiento del predio matriz. El consorciado A, como estrategia, requirió al tribunal arbitral que se incorpore como parte no signataria a los 250 propietarios o posesionarios, ante lo cual el tribunal arbitral rechazó el pedido, en buena cuenta, con el criterio de que estas numerosas personas ajenas al consorcio no formaban parte del convenio arbitral y al no existir en los contratos de compraventa (cláusulas de adhesión o cesión del pacto arbitral) generarían un arbitraje engorroso, oneroso y sin definición de los derechos de propiedad de los terceros.

- iii. **Contrato de concesión y entidad municipal.** Una entidad municipal suscribió un contrato de concesión en virtud del cual ceden un conjunto de inmuebles a fin de que puedan ser explotados por la empresa concesionaria por el plazo de diez años, estableciéndose como contraprestación a favor de la municipalidad el pago del 30 % de la utilidad mensual que perciba la concesionaria por cualquier ingreso económico, generado por la explotación de los inmuebles y ambientes materia de concesión. La concesionaria, en ejercicio de su derecho de explotación (uso-disfrute) suscribe tres contratos de arrendamiento a fin de que entidades financieras puedan ubicar cajeros electrónicos, un contrato de comodato con una ONG (promocionar sus fines ambientales) y en usufructo, a título gratuito, entrega un espacio para un restaurante. La municipalidad notificó a la concesionaria con seis cartas de requerimiento de pago, expresando el reiterando incumplimiento de su obligación de pagar el 30 % de la utilidad mensual. En forma posterior, la municipalidad ejecuta la cláusula de resolución de pleno derecho y resuelve el contrato de concesión; conforme al convenio arbitral las partes recurren a la justicia arbitral con la respectiva solicitud y demanda. Finalmente, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y la entidad municipal solicita la ejecución de laudo contra los terceros ajenos al convenio arbitral, es decir contra las entidades financieras, la ONG y el restaurante.

La extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios mantiene siempre una sensibilidad entre las partes del arbitraje y el tribunal, por cuanto no basta solo acreditar una posible relación contractual, “grupo de empresas o intereses”, o los efectos de laudo, “causar posibles daños o afectación de derechos”, el pedido del ingreso debe superar una “mediana posibilidad o escueta probanza”; es esencial apreciar que el ingreso “del no signatario” presente una probanza contundente de la vinculación empresarial efectiva, relacionada a la negociación, celebración y ejecución del contrato y que se deberá extender a una evaluación de la presencia de las personas o representantes que asumieron la toma de decisiones o directivas en las etapas contractuales antes de la controversia, lo cual resulta muy complicado en los arbitrajes en contratación pública cuando se trata de incorporar a empresas estatales o entidades vinculadas, salvo pactos arbitrales expresos (Programa Qali Warma).

Una razón esencial para que el tribunal arbitral incorpore a terceros no signatarios al litigio será exclusivamente por derecho de defensa dentro del debido proceso, ante lo cual se resalta la decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional (reseñado en párrafos anteriores) en los siguientes sustentos:

- a) 10.1. De la información brindada en la sentencia resulta inequívoco que el demandante no firmó convenio o pacto arbitral con ninguna de las partes, razón por la cual, en principio, no podría vincularsele con ninguna de ellas, y menos serle oponible esa decisión arbitral.
- b) 10.2. Asimismo, no se ha acreditado que el accionar del recurrente se configure en ninguno de los supuestos generales de aceptación tácita del arbitraje, ni en los especiales de aceptación en la figura de la extensión del convenio arbitral, habida cuenta de que no se probó que el demandante haya participado activa y determinadamente de las negociaciones que dan pie al convenio, ni pretende derivar derechos y/o beneficios de este.

- c) 10.3. Refuerza la tesis de inejecutabilidad del laudo el hecho de que se pretenda ejecutar una decisión recaída en un proceso del cual el demandante no tuvo la posibilidad de participar y cuestionarla, lo que contraviene claramente el derecho de defensa y debido proceso.³¹⁶

En materia comercial, con la interpretación de los principios de la buena fe contractual, levantamiento del velo societario³¹⁷ y teoría de los actos propios, resulta aceptable la incorporación de la parte no signataria (ejemplo en el caso de Las Pesqueras³¹⁸), lo cual no resulta nada sencillo en los arbitrajes en contratación pública.

³¹⁶ SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA. “Los efectos de un laudo arbitral contra un no suscribiente del convenio arbitral y no participante del proceso”, p. 210.

³¹⁷ “Consideramos que los árbitros sí pueden resolver sobre materias relativas a grupos de sociedades, situaciones de fraude y el develamiento del velo societario. Si para dar una solución justa a la controversia tienen que buscar la verdad material; teniendo en cuenta el marco normativo y axiológico de nuestra Constitución Política, al igual que los jueces ordinarios; tienen plenas facultades para ello. Lo que sí será relevante es que si en la búsqueda de la verdad material se advierte que existen terceros a quienes les pueda alcanzar los efectos del laudo, estos sean notificados a fin de que puedan intervenir. Hay que anotar también que el tema de la extensión del laudo a terceros es muy complejo. Finalmente, resaltamos el hecho de que el Poder Judicial haya reconocido la existencia de doctrina nacional y haya admitido la viabilidad de aplicación del levantamiento del velo societario en casos de abuso de derecho y fraude a la ley, lo que hace presumir que su aplicación sea inminente en la judicatura”. GUERRA CERRÓN, María. “Los árbitros sí pueden resolver sobre materias relativas a grupos de sociedades y develamiento del velo societario”. En *Actualidad Jurídica*, t. 224 (2012), p. 120.

³¹⁸ El caso de las pesqueras del 2002 relata el arbitraje que se inició entre TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales virtud de un contrato de prestación de servicios en cuya virtud Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado con insumo (pescado) proporcionado por TSG. Harinas Especiales arrendaba una de las plantas de fabricación de la harina, terreno de propiedad de Caleta Dorada; en fecha posterior Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a favor de TSG. Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el Contrato porque TSG no le habría pagado una factura. TSG también resolvió el contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de 1 millón de dólares.

1.2.4.13. **Acuerdos del convenio**

a) Arbitraje institucional o *ad hoc*

Siempre resulta importante determinar en las negociaciones del contrato si las partes depositan su confianza a una institución arbitral a fin de que administre el arbitraje o se considere que un tribunal *ad hoc* pueda ser considerado el más oportuno a fin de resolver la controversia.

Según Guzmán-Barrón, respecto al arbitraje *ad hoc*, se define bajo las reglas inciertas: “para cada arbitraje son los propios árbitros quienes fijan las reglas para las actuaciones arbitrales en el acta de instalación del arbitraje. No hay predictibilidad, pues no se conocen estas reglas de antemano, sino una vez iniciado el arbitraje; la fijación de reglas suele ser discrecional por parte de los árbitros”.³¹⁹

En el arbitraje institucional, a criterio Guzmán-Barrón: “El reglamento que regula las actuaciones arbitrales precede el inicio del arbitraje; cada institución arbitral cuenta con un reglamento propio, lo que posibilita que las partes conozcan de antemano las reglas del proceso. Estas reglas procedimentales preestablecidas que hacen innecesario, por tanto, que los árbitros tengan que establecerlas en cada caso concreto. Brinda seguridad jurídica y predictibilidad”.³²⁰

Dentro de los fundamentos para que las partes puedan optar por el arbitraje institucional siempre se resaltan las siguientes características:

- Nómina de árbitros debidamente seleccionada por la institución arbitral.
- El reglamento arbitral se encuentra establecido y acorde a los altos estándares arbitrales.

³¹⁹ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, p. 35.

³²⁰ *Ibíd.*

- Respaldo a los árbitros con el apoyo de secretarios arbitrales especializados.
- Tabla de honorarios regulados acorde al mercado.
- Consejo consultivo a fin de regular y resolver cuestiones relacionadas a la ratificación de designación de árbitros sobre la recusación y temas de reclamos de incremento o devolución de honorarios arbitrales y designación residual de árbitros.
- Mantener una infraestructura moderna y acorde a las necesidades del servicio arbitral.

No se puede dejar de resaltar las virtudes que representaría la confianza depositada en un arbitraje *ad hoc*, que en buena cuenta podría estar respaldada por la característica de la celeridad y alta especialidad de los árbitros y de las secretarías ejercidas por personas naturales o jurídicas.

El arbitraje *ad hoc* no implica necesariamente la aplicación obligatoria de un reglamento arbitral institucional, pero permite en esencia que las partes en uso de su “autonomía privada procesal” puedan diseñar las reglas procesales acorde a sus necesidades y tiempos, incluyendo reglamentos arbitrales (nacional o internacional), siempre manteniendo la esencia de aplicar la Ley de Arbitraje vigente y especial, la cual es recogida como cimiento en los diversos reglamentos y buenas prácticas arbitrales.

El arbitraje *ad hoc* mantendrá siempre un importante prestigio respecto a la designación de los árbitros y de la secretaria arbitral, la cual podría recaer en una persona jurídica especializada en servicios arbitrales que permitirá brindar el mismo servicio en calidad, eficiencia y costo que permitirá una adecuada competencia con los más importantes centros de arbitraje nacionales e internacionales.

b) Plazo para laudar

El laudo representa la culminación del proceso arbitral en la cual los árbitros, conforme a los medios probatorios y las normas pertinentes, arribaron a un criterio establecido en el laudo, fallo que mantiene la calidad de cosa juzgada en concordancia con el artículo 59 de la Ley de Arbitraje.

Pero en algunas oportunidades, y conforme a la autonomía privada, las partes pueden establecer un plazo a los árbitros a fin de emitir un laudo. Este pacto de las partes puede ser ejercido en tres momentos:

- I. Al momento de la suscripción del convenio arbitral.
- II. En la suscripción del acta de instalación del tribunal arbitral.
- III. Incluso hasta antes de la fijación de puntos controvertidos o cierre de la etapa probatoria.³²¹

La necesidad y garantía de las partes para imponer un plazo de emisión del laudo al tribunal arbitral podría estar relacionada con la excesiva necesidad de celeridad a fin de proteger y mantener la relación empresarial ante una posible inversión o negociación, y mantener la confianza de resolver la controversia manteniendo el vínculo comercial con la contraparte. Otra posibilidad implicaría proteger el proceso de posibles dilataciones atribuidas exclusivamente a los miembros del tribunal arbitral por exceso de carga arbitral o negligencia en la gestión del litigio.

³²¹ Consideramos que las partes, de común acuerdo, podrían proponer al tribunal arbitral la modificación del plazo para laudar e, incluso, a pedido de cualquiera de las partes; sin embargo, a fin de no afectar el principio de preclusión es necesario que este pedido pueda ser ejercido en el primer momento o antes del cierre de la etapa probatoria y fijación de los puntos controvertidos, con lo cual, en su defecto, se podría aplicar la teoría de la convalidación y de los actos propios.

El plazo para laudo, consignado en el convenio arbitral, es una regla de naturaleza voluntaria dispuesta por las partes en virtud de su autonomía privada. En este escenario, solo las partes podrían modificarla por voluntad propia. Tampoco cabría la posibilidad de que el tribunal arbitral bajo una imposición o una posible renuncia a objetar o diga que hubo una convalidación tácita, puesto que al ser un acuerdo expreso de las partes contenido en el contrato se necesitaba un acuerdo expreso para modificarlo, sean en los contratos comerciales y en los regulados por la ley de contrataciones estatales.

Castillo Freyre y sus coautores establecen: “Para una adecuada interpretación de este tema no hay que olvidar que el acta de instalación no solo es una etapa o acto procesal del arbitraje, sino, además, un acto de naturaleza contractual, en el cual las partes y los árbitros manifiestan su consentimiento en torno a las reglas que regirán el proceso arbitral al que están dando inicio. Este establecimiento de reglas especiales representa un acto de consenso. Entendemos que no debe presumirse que las partes hubiesen dado ese consentimiento si se les hubiese propuesto regular sus disposiciones en sentido diverso”.³²²

Resulta importante destacar que dentro del ejercicio de la función arbitral y al momento de aceptar la designación se deberá evaluar la posibilidad de resolver una controversia compleja, en un plazo muy breve, ante lo cual, bajo el principio de dirección del proceso regulado en el numeral 34 de la Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral debería persuadir a las partes a fin de modificar el convenio arbitral en el extremo del plazo para laudo, en un plazo razonable y acorde a la complejidad de la controversia.

A fin de ejemplificar lo mencionado en el párrafo anterior, efectuaremos una reseña de dos casos prácticos en nuestra experiencia arbitral:

³²² CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 497.

- **Contrato de obra privado.** Una empresa minera y una subcontratista mantuvieron una controversia sobre la ampliación de plazo de una construcción de un depósito de relaves mineros, al momento que el tribunal arbitral se instalara y previa verificación de los árbitros, se invocó a las partes que deberían modificar el plazo noventa días de emisión de laudo por un plazo discrecional del tribunal arbitral, la controversia requería de una excesiva actividad probatoria (peritajes e inspección de campo), la propuesta fue aceptada por las partes y en la audiencia de instalación de común acuerdo entre los árbitros y las partes se logró modificar el plazo de emisión de laudo a una regla de determinar en plazo conforme al reglamento de la institución arbitral.

- **Contrato de obra público.** En nuestro ejercicio profesional respecto a la defensa, conforme a la causal de haber emitido el laudo fuera de plazo,³²³ las partes fijaron un plazo de 8 meses para que la emisión del laudo, lamentablemente el tribunal arbitral en ninguna etapa del proceso requirió a las partes modificar el pacto del plazo de emisión del laudo, con lo cual el contratista expresó un fundamento contundente en contra del laudo que benefició a la entidad estatal vía recurso de anulación del laudo.

Los principales puntos que fundamentaron el recurso de anulación fueron los siguientes:

- i) Inexistencia de la alteración del convenio arbitral efectuado por las partes, en el extremo de la modificación del plazo para laudar de 8 (ocho) meses o su ampliación.

³²³ En este caso, el tribunal arbitral incurrió en las causales del inciso c) del numeral 63 de la Ley de Arbitraje, “las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes”, es decir, al convenio arbitral y el acta de instalación y, adicionalmente, la causal G, laudar fuera del plazo pactado por las partes.

- ii) Inexistencia en el acta de instalación, del acuerdo de modificación del convenio arbitral sobre el plazo para laudo de 8 (ocho) meses, acordado por las partes y el tribunal arbitral.
- iii) Inexistencia de la emisión de la resolución arbitral en la cual el tribunal arbitral a su discreción o como propuesta establece la modificación del plazo para laudo de 8 (ocho) meses, fijado en el convenio arbitral y otras resoluciones que, bajo su discreción y dirección del proceso, hayan sido emitidas.

Por lo expuesto, consideramos que, en el ejercicio de la función arbitral, se resalta la aplicación del principio de dirección del proceso arbitral regulada en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje; los árbitros, conforme a la aplicación de los usos y costumbres, buenas prácticas arbitrales y común intención de las partes podrían ejercer la facultad de modificar el plazo para laudo establecido en el convenio arbitral o en su defecto rechazar la designación.

c) Ejecución del laudo

El artículo 59 de la ley arbitral establece que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene “efectos de cosa juzgada”. La intención del legislador estaba inspirada en que en caso de incumplimiento no se requiriera la intervención de los órganos jurisdiccionales a los efectos de llevarlo a ejecución. De allí que en el párrafo final del artículo 59.3 nos da entender que la ejecución es la *extrema ratio*: “Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67”. Sin embargo, el intento es fallido: las partes no pueden otorgar facultades “para la ejecución”, pues ello no está en su esfera de disponibilidad. Así que se quiera o no frente al incumplimiento de fallo del laudo no habrá más remedio que acudir al Poder Judicial.

Afirma Munné Caratina que a diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales “Cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen a través de la ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, este debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, quienes han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia”.³²⁴

Como bien señala Roque Caivano:³²⁵ “La función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral no es la emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto esta ha sido reservada al Estado. En efecto, el juez que conoce un proceso de ejecución de laudo no tiene facultad ni competencia alguna para revisar el análisis de los hechos efectuados por el árbitro ni lo resuelto por este”.

En rigor, todo lo que implique el uso de fuerza está vedado a los juzgadores privados y ello no solo con relación a la actividad ejecutiva en estricto, sino también con relación a la propia actividad declarativa: así, los árbitros no cuentan con poder coercitivo para, por ejemplo, hacer concurrir con el auxilio de la fuerza pública a un tercero a los efectos de que preste una declaración testimonial. En tales casos, de surgir resistencia del tercero, deberán recurrir a la autoridad judicial a fin de que le preste su “colaboración” para la actuación de la prueba. Y lo propio ocurrirá si debiéndose realizar una inspección, se encuentran con resistencias para su realización. Vale decir que cuando exista un obstáculo (cualquier obstáculo) que implique el uso (o la amenaza del uso) de la fuerza pública siempre deberán recurrir a su depositaria: la organización judicial pública.

³²⁴ MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004, p. 163.

³²⁵ Roque Caivano citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana. “Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, n. 10 (2010), p. 90.

Resulta claro que los árbitros no cuentan con poder y autoridad para imponer directamente y con la fuerza sus propias decisiones, si bien la LA ha otorgado un poder que no emana de las propias partes: el poder cautelar, pero se lo ha otorgado con todas las limitaciones inherentes a unos juzgadores privados cuya fuente de autoridad es un acuerdo de partes (convenio arbitral) y que, como tal, no tiene poder de coerción: podrán *disponer* cualquier medida cautelar pero, como veremos, no podrán imponerla, pues su “ejecución” correrá a cargo de los jueces y sus auxiliares.

El laudo es ejecutable aun cuando contra el mismo se haya ejercitado acción de anulación. Esta posición destacable de Córdón Moreno se sustenta: “Pero el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución (siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución), que se alzarán en cualquier caso cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del ejecutante de solicitar en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados”.³²⁶

En España se considera que el laudo goza, pues, de eficacia ejecutiva definitiva y por eso aparece incorporado a la relación de títulos ejecutivos del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. El régimen de ejecución se equipará al de las resoluciones judiciales, por lo que contiene una remisión en bloque a la ley procesal.³²⁷

Compartimos la posición de Rita Sabroso Minaya,³²⁸ quien sostiene: “Debemos recordar que los alcances del laudo deben circunscribirse a las

³²⁶ CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 202.

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ Rita Sabroso Minaya, “La oposición por parte de terceros a la ejecución SABROSO MINAYA, Rita. “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, n. 161 (febrero 2012), p. 33.

partes que celebraron el convenio arbitral y que participaron en el proceso arbitral. Un laudo no surte efectos sobre terceros que no pudieron ejercer su derecho de defensa dentro del proceso arbitral mismo. Cuando los efectos del laudo se pretenden extender a terceros que no participaron en el arbitraje, deberán impugnar el laudo a través de la vía constitucional, en tanto exista una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales”.

La función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, en la misma pauta Sabroso Minaya: “No es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto esta ha sido reservada al Estado”.³²⁹

Es acertado establecer que algunos juzgadores de Lima y provincias no logran entender que el rol de la judicatura debe preservar el principio de no ingreso al criterio arbitral y control judicial del laudo. En forma grosera algunos juzgadores, lejos de brindar una celeridad a la ejecución del laudo, lo convierten en una vía de conocimiento y con pésimo criterio bajo observaciones de fondo declaran improcedentes los recursos de ejecución de laudo, convirtiéndose en una mala práctica judicial.

Los principales principios que deberá de tener en consideración el juzgador en la ejecución judicial del laudo son las siguientes:

- **Prohibición del ingreso por los jueces a la interpretación del laudo arbitral.** Los juzgadores en los procesos de anulación de laudo y en ejecución de laudo están prohibidos de ingresar al razonamiento jurídico y lógico de los árbitros, bajo responsabilidad, conforme al artículo 62, inciso 2³³⁰ de la Ley de Arbitraje. Es importante resaltar que el arbitraje,

³²⁹ Ibíd.

³³⁰ Ley de arbitraje peruana, en su artículo 62 inciso 1, establece sobre el recurso de anulación: “Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente

como justicia privada, mantiene principios exclusivos y pertinentes a la naturaleza jurídica del litigio arbitral.

- **Colaboración con el arbitraje.** Cabe precisar que al carecer los árbitros de la coerción, únicamente se recurre a la vía judicial para solicitar su colaboración con el mandato arbitral, lo que implica una colaboración del juez, mas no el ingreso a requerir requisitos desproporcionados u acotar observaciones, como fueran propios de un proceso judicial.
- **Interpretación con la Ley de Arbitraje.** A fin de tener un mayor alcance de la calificación de la demanda de ejecución de laudo, el juzgador deberá de interpretar conforme a los lineamientos de la Ley de Arbitraje y en última ratio por el Código Procesal Civil, debiendo de aplicar la norma especial.

d) Los árbitros y el procedimiento de designación

Es primordial acotar que la confianza en el arbitraje reposará siempre en la elección del árbitro bajo ciertas características (experiencia, especialización, honradez o investigación), lo que conlleva a seguir reafirmando que el arbitraje como pilar fundamental se enmarca en la designación del árbitro y la suscripción de un adecuado convenio arbitral.³³¹

De hecho, es clara la importancia de las partes en el procedimiento de elección de los árbitros. El atributo de la confianza, que se suma a los principios de independencia e imparcialidad dirigidos a los jueces de forma general, no equivale a estos últimos. En otras palabras, más allá de deber ser independientes e imparciales durante todo el procedimiento arbitral,³³²

establecidas en el artículo 63". 2. "El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral".

³³¹ VIDAL RAMOS, Roger. "La recusación en el arbitraje en contrataciones estatales". En *Advocatus*, n. 32 (2016), pp. 180-181.

³³² En los términos del § 6 artículo 13 de la ley brasileña de arbitraje.

los árbitros que juzgarán el litigio deberán poseer la confianza de las partes.

Roque J. Caivano, citado por Chipana Catalán, sostiene que “la selección de los árbitros es quizás el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia”.

De acuerdo con Villanueva: “La autoridad del árbitro surge de la propia voluntad de las partes. Son ellas quienes se la otorgan cuando lo nombran, la misma que termina cuando emite el laudo o resuelve las observaciones del mismo; y se circunscribe única y exclusivamente para el caso para que el que fue designado”.³³³

Resulta, por lo tanto, según Castillo y Vásquez: “Que el árbitro es legitimado por las propias partes, quienes apartándose de manera voluntaria de la justicia ordinaria le conceden ese poder, quienes también pueden quitárselo en tanto lo remuevan o recusen y sea declarado fundado el recurso que eventualmente pueda plantearse”.³³⁴

El derecho de designar a los árbitros mantiene una de las características más resaltante del arbitraje por cuanto la designación implica un derecho que debe de ser ejercido de manera diligente por la persona natural o jurídica que designará al árbitro, que se encuentra regulado en los artículos 21 y 22 de la ley arbitral peruana.

³³³ VILLANUEVA NÚÑEZ, Ludovina. *Limitaciones en las facultades de los árbitros*, vol. 57. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, pp. 53-54.

³³⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Arbitraje: El juicio privado: la verdadera forma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre / Palestra Editores, vol. 1, 2006, p. 151.

Existe la posibilidad que en el convenio arbitral las partes puedan establecer ciertos requisitos de especialidad, capacitación y experiencia dirigida a los árbitros a fin de que el acto de la designación revista de validez y la voluntad de las partes; en los arbitrajes comerciales es menos frecuente este tipo de imposiciones, lo cual no sucede en contrataciones estatales donde se ha previsto que los árbitros y el presidente del tribunal arbitral deben contar con la especialidad en Derecho administrativo, contrataciones estatales y arbitraje, siendo esta condición requisito indispensable para arbitrar.

El procedimiento de designación mantiene la formalidad *ad solemnitatem* por cuanto se requiere una carta de designación (de la persona jurídico-natural en su petición de arbitraje) y, a su vez, por parte los árbitros una carta de aceptación (incluida la revelación, de ser pertinente). Esta formalidad se mantiene en la designación ejercida por los árbitros del presidente del tribunal arbitral y la posterior aceptación de la presidencia, con la comunicación expresa a las partes procesales y a los coárbitros de la aceptación pertinente, con lo cual se podría entender que el tribunal arbitral en pleno desde su composición estaría ejerciendo su principio de *kompetenz-kompetenz*.

Resulta importante analizar que el procedimiento de designación podría sufrir ciertas modificaciones respecto a la competencia de un arbitraje institucional y ante la falta del ejercicio del derecho de nombramiento del árbitro por la contraparte que conforme al artículo 23, inciso (d) y al artículo 25 de la Ley de Arbitraje, podrá ser designado por la Cámara de Comercio competente (por territorio o región); a su vez, si los árbitros no establecieron un acuerdo sobre la designación del presidente también se deberá de acudir a la Cámara de Comercio competente para la designación pertinente, es oportuno mencionar que en materia de contrataciones estatales se aplica la designación residual de árbitros por parte de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

En el arbitraje comercial, la designación de árbitros acorde a la práctica arbitral es efectuada por cada parte o contratante, dejando a responsabilidad de los árbitros designados la posibilidad de designar al presidente del colegiado; sin embargo, se podría incorporar al convenio arbitral el criterio de que el tercer árbitro, de forma directa, pueda ser designado por una institución arbitral; con esta potestad otorgada por las partes, la designación del tercer miembro del tribunal estaría fuera de la potestad de los árbitros designados.

La designación de árbitros mantendrá incidencia respecto a la modalidad del arbitraje *ad hoc* o institucional, en cuanto los alcances de tiempo, honorarios, gastos o tasas.

Con respecto a la modalidad de designación de los árbitros fijada o no en el convenio, Castro Zapata menciona:³³⁵ “La mayoría de convenios arbitrales establecen la manera como se elige a los árbitros. El artículo 23 de la Ley de Arbitraje señala que, en principio, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros, o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.

En materia de contratación estatal, conforme al artículo 191³³⁶ del Reglamento de la LCE³³⁷ (aprobado por Decreto Legislativo N° 30225), y sus modificaciones aplicables

[E]n aquellos procesos arbitrales ad hoc en los cuales las partes no hayan pactado la forma en la que se designa a los árbitros o no se hubiesen puesto de acuerdo respecto a la designación del árbitro único o algún árbitro que integre el tribunal arbitral, o los árbitros no se hubieren puesto de acuerdo

³³⁵ CASTRO ZAPATA. “El convenio arbitral vs. el acta de instalación”, pp. 73-76.

³³⁶ Modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 056-2017-EF, publicado el 19 de marzo de 2017, el mismo que entró en vigencia a los quince (15) días contados a partir de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

³³⁷ Ley de Contrataciones del Estado.

sobre la designación del presidente del tribunal arbitral, cuando corresponda, cualquiera de las partes solicitar al OSCE la designación residual, la misma que se efectuará a través de una asignación aleatoria por medios electrónicos, de acuerdo a los plazos y procedimientos previstos en la directiva correspondiente.

e) Procedimiento de recusación

Álvarez y Morante, sobre el recurso de la recusación, expresan: “Es el rechazo de las partes en relación con los árbitros designados, motivado por la desconfianza sobre su idoneidad, imparcialidad o incumplimiento de sus deberes funcionales”.³³⁸

Fernando Vidal³³⁹ señala: “Que la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral”.

A nuestro criterio, la recusación es el instrumento procesal que se le otorga a las partes a fin de que en diversos supuestos que consideren que existen dudas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros puedan invocar el retiro o alejamiento del árbitro o los árbitros del proceso arbitral.

Incluso, el OSCE ha señalado que “el recurso de recusación está previsto como el medio idóneo para aquella parte que se considere afectada en sus derechos a raíz del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, haga efectivos los mismos, a través de la remoción de estos, sobre la base de la calificación objetiva y justificable de las consecuencias de su proceder”.

³³⁸ ÁLVAREZ ILIANES, Juan y MORANTE GUERRERO, Luis. *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2013, p. 854.

³³⁹ VIDAL RAMÍREZ. *Manual de Derecho Arbitral*, p. 85.

El experto Collantes resalta: “De manera general, el procedimiento de recusación depende de lo que han acordado las partes. La casi totalidad de las leyes de arbitraje prevén que, si las partes se han sometido al reglamento de arbitraje de una institución arbitral, como, por ejemplo, la CCI, el procedimiento de recusación, estipulado por este reglamento es aplicable”.³⁴⁰

La recusación regulada en la LCE se encuentra prescrita en el artículo 226 del Reglamento, siendo los requisitos previos (para competencia del OSCE respecto de la recusación) dos: a) que no se haya sometido a un arbitraje institucional; y b) no se haya acordado reglas sobre la recusación, se llevarán a cabo mediante 5 reglas precisadas en el Reglamento.

Para Castillo y Sabroso: “Están legitimados para recusar a los árbitros las partes procesales y excepcionalmente podrían hacerlo también los demás árbitros componentes de un colegio arbitral siempre que se hubiese dispuesto convencionalmente. Asimismo, están legitimados para ejercer la acción recusatoria todos aquellos que sin ser partes o árbitros tuvieran un interés legítimo”.³⁴¹

Las partes pueden ejercitar su derecho de recusación, bien unilateralmente o en forma simultánea. La recusación de parte ejercitada unilateralmente sobre el árbitro nombrado por ellas o en cuya designación haya participado solo podrá tener lugar por causa sobrevenida ignorada en el origen, esto por motivos de los que haya tenido conocimiento después de su designación.

³⁴⁰ COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge, dir. *Diccionario terminológico de arbitraje nacional, internacional y de inversiones*, vol. 18. Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 866.

³⁴¹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2009, p. 529.

La acción recusatoria³⁴² sobre el árbitro no nombrado por una de las partes o en cuyo nombramiento no haya participado puede tener lugar tanto por causas anteriores a la designación como posteriores a la aceptación del árbitro.

La oportunidad para recusar y su procedimiento, en el caso del arbitraje institucional, serán los establecidos en los reglamentos de la institución arbitral.

f) Los honorarios arbitrales

Los honorarios arbitrales representan la retribución económica efectuada por las partes en favor de los árbitros y la secretaría arbitral, la onerosidad de la función arbitral es una característica de la justicia privada, no existe mayor discusión en mantener duda sobre negar alguna posible subordinación (en beneficio de las partes) sobre los árbitros por el pago de los honorarios, los jueces privados siempre mantendrán su imparcialidad e independencia, el pago de sus honorarios representa la más justa contraprestación por el servicio arbitral otorgado en favor de las partes.

Resulta pertinente establecer que la retribución económica por el pago del servicio arbitral no implicaría algún tipo de subordinación laboral o de poder sobre los árbitros, el servicio arbitral mantiene las características de un contrato de locación de servicios. Si bien no existe un contrato entre las partes y los árbitros, se determina que la fuente contractual para el pago de los honorarios arbitrales, se encuentra establecida en la audiencia de instalación y el acta, en esta audiencia se emitirá y suscribirá formalmente por las partes (litigantes, árbitros y la secretaria), el “acta de instalación”, donde se fijara el monto de los honorarios arbitrales y la forma de pago,

³⁴² Otra modalidad de requerir el apartamiento del árbitro de sus funciones es mediante el pedido de remoción o renuncia. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima mantiene en su reglamento vigente estas dos figuras arbitrales.

siendo este instrumento el respaldo contractual para la obligatoriedad del pago del honorario en favor de los árbitros.

Por regla general, y salvo pacto en contrario, ambas partes contraen obligaciones, a saber: el árbitro, una de hacer, consistente en desempeñar su cargo con idoneidad, conocimientos y eficacia; y las partes, una de dar, cuyo contenido se contrae básicamente al pago de unos honorarios como retribución de los servicios en los términos estipulados.³⁴³

Respecto a los costos arbitrales, Falla Jara menciona:³⁴⁴ “Los costos involucrados en un proceso arbitral pueden resultar elevados en razón a la entidad de la controversia involucrada. La falta de previsión de este tipo de aspectos podría conducir a resultados indeseables para quien, por ejemplo, gatilló el inicio de un procedimiento arbitral con una expectativa diferente del nivel de los costos involucrados en el proceso: la lavada puede salir más cara que la camisa. Pero, además de ello, la falta de acuerdo sobre el particular y de reglas que permitan llenar dicho vacío podría dejar espacio para el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes destinadas a bloquear el desarrollo de cualquier mecanismo para resolver una discrepancia”.

En el artículo 69 de la Ley de Arbitraje peruana (libertad para determinar costos) se establece: “Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título”.

La Ley de Arbitraje peruana, en los artículos 69, 70, 71, 72 y 73, regula lo pertinente a los honorarios arbitrales, de los cuales brindaremos mayores alcances.

³⁴³ CORREA ARANGO. *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*, p. 148.

³⁴⁴ FALLA JARA, Alejandro. “Comentarios sobre la libertad para determinar costos”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 244-245.

Con respecto a la fijación o no de los honorarios arbitrales en el convenio, Castro Zapata menciona:³⁴⁵ “Resulta poco usual que los convenios arbitrales incluyan estipulaciones sobre los honorarios de los árbitros, al menos, directamente. Decimos esto pues si el convenio arbitral estableciese que el arbitraje será uno institucional o administrado, este se regirá por el reglamento arbitral del respectivo centro de arbitraje y, por ende, serán aplicables las tarifas vigentes de dicho centro”. En este caso, los árbitros no tendrán libertad alguna para la fijación de sus honorarios y los del secretario arbitral, pues este será un funcionario del respectivo centro de arbitraje.

En el artículo 70 se establece que el tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje que comprenden:

a) “Los honorarios y gastos del tribunal arbitral”; b) “los honorarios y gastos del secretario”; c) “Los gastos administrativos de la institución arbitral”; d) “Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquiera otra asistencia requerida por el tribunal arbitral”; e) “Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje”; f) “Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

En el artículo 71 se establece que los honorarios del tribunal arbitral y del secretario deberán ser establecidos en forma prudente y razonable, considerando el monto de las pretensiones de la controversia (demanda o reconvencción), la dimensión o la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

³⁴⁵ CASTRO ZAPATA. “El convenio arbitral vs. el acta de instalación”, pp. 79-81.

En este mismo orden, el artículo 72 establece que el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previsto en el artículo 70 y lo podrá hacer en el transcurso de las actuaciones e, incluso, podrá disponer anticipos separados para cada una de las partes del litigio, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones.

Es importante, bajo un contexto del análisis del financiamiento de los gastos arbitrales, como estrategia, evaluar si las pretensiones de derecho o cuantificables en términos económicos, mantienen posibilidades o probanza para ser declaradas favorables al notificarse con el laudo, pues el demandar montos dinerarios altos generará el pago de honorarios arbitrales elevados o desproporcionados. Respecto a las liquidaciones separadas, se vincula como estrategia para que la contraparte asuma y cancele los honorarios arbitrales que la vinculan a su pretensión o derecho de defensa; es esencial vigilar el correcto cálculo con las tablas de honorarios y rechazar o cuestionar el recálculo de honorarios arbitrales sin sustento o montos desproporcionados.

Asimismo, podrá excluir las respectivas reclamaciones o pretensiones que no hayan cumplido con la entrega de anticipos del ámbito del arbitraje y en caso de que las partes no efectúen los depósitos de los anticipos en los plazos conferidos, el tribunal podrá suspender las actuaciones arbitrales.

Además, el tribunal arbitral podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales cuando tras un plazo razonable de suspensión la parte obligada no haya cumplido su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación.

Y, finalmente, el artículo 73 establece que “el tribunal arbitral tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida”.

Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Las partes mantienen intacta la posibilidad de pactar en el convenio arbitral ciertas regulaciones sobre los honorarios, como las siguientes:

- Determinar la competencia de un árbitro único por cierto monto dinerario de controversia y, superado este monto, optar por la conformación de un tribunal arbitral.
- De existir incrementos o reliquidaciones de los honorarios arbitrales, las partes podrían pactar someterse a un reglamento arbitral o consejo superior de arbitraje para que resuelvan sobre la pertinencia o no del incremento, siendo esto una ventaja del arbitraje institucional sobre el *ad hoc*.
- No es muy usual, pero las partes bien podrían incorporar en el convenio arbitral y/o en la audiencia de instalación el pago de los honorarios en cuotas o según avances del proceso; sin embargo, en la práctica arbitral (*ad hoc* e institucional) se mantiene la tradición de pagar los honorarios en su totalidad en la etapa postulatoria o antes de la emisión del laudo, siendo siempre permitida la posibilidad de suspensión o archivo por falta del pago de los honorarios, de la subrogación o reliquidación.
- A fin de obtener mayor eficiencia ante un posible futuro laudo exitoso, en el convenio arbitral se podría pactar que los honorarios arbitrales deberán ser cubiertos por la parte vencida, lo cual concuerda con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje peruana.

Una estrategia negativa en contra de las buenas prácticas arbitrales se da en una cuantificación astronómica³⁴⁶ al momento que el demandado, mediante su reconvención, postule una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, la cual implicará que el anticipo de los honorarios, vía recálculo, se incremente de forma desproporcional al presupuesto del demandante, ante lo cual siempre será absolutamente necesario el pedido de “liquidaciones separadas o individuales”, a fin de que cada parte procesal pueda asumir los honorarios arbitrales conforme a sus pretensiones. Las pretensiones indemnizatorias deberán guardar un importante acervo probatorio a fin de que tenga elevadas posibilidades de ser amparadas por el tribunal arbitral.

Otro acto procesal que deberá de ser vigilado y requerido por las partes son los pedidos de archivo del arbitraje por falta de pago de honorarios derivados de la subrogación o reliquidación de la contraparte; en general, a falta de la cancelación total de los honorarios arbitrales, el archivo del caso representa siempre una importante estrategia a fin de culminar el arbitraje sin pronunciamiento.

Con respecto a las malas prácticas arbitrales (ejercida por algunos tribunales), estas se encuentran en las inadecuadas reliquidaciones de los honorarios, que no guardan sustento práctico y legal,³⁴⁷ con las pretensiones y complejidad del caso arbitral y que exclusivamente mantienen un interés económico que perjudica procesalmente a la parte interesada en la culminación del arbitraje, este tipo de prácticas negativas en mayor incidencia se presentan en algunos arbitrajes *ad hoc*, pues en los arbitrajes institucionales los reglamentos y consejos superiores regulan los incrementos y resuelven los reclamos presentados por las partes.

³⁴⁶ Claro ejemplo vendría en una pretensión de daño moral o exclusivamente dineraria sin probanza real o un peritaje idóneo.

³⁴⁷ Es razonable reliquidar honorarios arbitrales cuando las pretensiones mantienen autonomías y alta complejidad, petición de incorporación de parte no signataria o terceros, o la actuación de una inspección ocular o pericia en un campamento minero u obra en zona rural de difícil acceso, siempre manteniendo un estándar de razonabilidad.

En los arbitrajes de contrataciones estatales, la Dirección de Arbitraje Administrativa del OSCE mantiene directivas respecto a la forma del cálculo de los honorarios arbitrales y la devolución (renuncia o recusación fundada) lo que mantiene una adecuada predictibilidad y seguridad respecto a los honorarios arbitrales y disminuyen al mínimo prácticas negativas de incrementos sin sustento legal.

Es esencial establecer que en los arbitrajes *ad hoc* relativos a contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que los árbitros deben fijar sus honorarios profesionales y de la secretaría arbitral, aplicando la tabla de gastos arbitrales de cualquier institución arbitral acreditada.³⁴⁸

A raíz de los procesos penales contra algunos árbitros, y el pago y recálculo de los honorarios arbitrales, es importante que los litigantes al momento de fijar el convenio arbitral *ad hoc* en forma expresa se sometan a un reglamento arbitral institucional. El cobro excesivo y sin asidero legal de honorarios arbitrales representa una mala práctica arbitral, actos que deben ser rechazados por las partes y con el mayor énfasis del litigante perjudicado con la carga de honorarios arbitrales desproporcionados.

³⁴⁸ Artículo 196.- Gastos arbitrales

196.1 En el arbitraje *ad hoc*, los árbitros deben fijar sus honorarios profesionales y de la secretaría arbitral o gastos administrativos aplicando la tabla de gastos arbitrales de cualquier institución arbitral acreditada.

196.2 En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por el OSCE para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, debe ser resuelta, a pedido de parte, por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable. Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios se tiene por no puesto, no pudiéndose acordar en contrario.

g) Leyes aplicables

Los contratantes, conforme a las implicancias de la autonomía privada, pueden pactar libremente qué normativa legal, técnica o científica serviría de aplicación obligatoria e, incluso, como fuente de interpretación y ejecución del contrato, que permitirá mantener formas idóneas de establecer pautas interpretativas antes y durante la controversia arbitral.

Es importante considerar la sede de las empresas, el sistema jurídico, ámbito territorial de la ejecución del contrato, idioma y especialidad de normativas nacionales.

Establecer la sede de la empresa y la jurisdicción aplicable resulta fundamental a fin de que las normas de sede nacional guarden compatibilidad con los intereses económicos de los contratantes. Es necesario resaltar que dentro de la globalización de las buenas prácticas corporativas diversas transnacionales y estados están exigiendo el cumplimiento de la implementación y supervisión de programas de *due diligence y compliance*³⁴⁹ a fin de evitar y sancionar actos de corrupción en contrataciones públicas y privadas.

En conclusión, en el convenio arbitral y dentro del marco contractual se podría establecer:

- Norma especial y general de aplicación de derecho sustantivo y procesal.

³⁴⁹ En el Perú, en los últimos cinco años se está implementando el *compliance* bajo el marco de la Ley N° 30424 y su modificación, conforme al Decreto Legislativo N° 1352, sobre la denominada responsabilidad administrativa de la persona jurídica, que busca prevenir, investigar y sancionar los actos de corrupción efectuados por los privados en los sectores públicos; claro ejemplo se presenta en el caso Odebrecht.

- Normas internacionales legales y técnicas a fin de brindar mayor especialidad a la posible controversia arbitral.
- Exclusión de normativas especiales y generales que no colisionen con sistemas jurídicos y pactos contractuales.

En materia de contrataciones estatales, los consorcios de procedencia extranjera que participen en licitaciones dentro del territorio peruano deberán considerar que el arbitraje es obligatorio por mandato *ipso iure* de la ley especial y con ello la preexistencia del convenio arbitral vinculante.

A fin de lograr entender la magnitud de regular e interpretar las normas legales en el contrato y sus implicancias brindaremos una experiencia arbitral respecto a un patrocinio.

Dos personas jurídicas de derecho privado, la primera en su condición de agencia de cooperación técnica, mediante contrato de obra pactó con una empresa privada peruana la ejecución de la construcción de un hospital, habiéndose fijado prelación de interpretación normativa en el siguiente orden:

- a) i) los documentos del contrato; ii) las bases de la licitación; iii) la oferta técnica y económica del contratista; iv) el expediente técnico.
- b) El contrato de obra se regulará e interpretará de acuerdo con el Código Civil.
- c) Para todo lo no dispuesto en los documentos contractuales se aplica el Código Civil.
- d) Será de aplicación la legislación administrativa “aplicación de la legislación administrativa del país anfitrión relativa a la construcción de obra pública”, siempre que no se oponga a los documentos contractuales y al Código Civil.

Es de resaltar que el tribunal arbitral, de forma errada en el laudo, aplicó la LCE cuando por acuerdo de las partes debió haber sido efectuada –la aplicación de normas administrativas– de forma supletoria y excepcional, puesto que los plazos de caducidad establecidos en la LCE mantienen una naturaleza jurídica de protección al Estado y de su poder exorbitante, lo cual colisiona con el contrato de obra de derecho privado.

Las cláusulas generales del contrato establecieron, literalmente, “las normas administrativas del país anfitrión”, bajo la interpretación integral **las normas administrativas relativas a la construcción de obra pública de aplicación supletoria para la obra privada**, serían las siguientes: LCE y su Reglamento, Ley de Asociación Públicas Privadas (APP) y Ley de Obras por Impuestos. Esta incorrecta interpretación del tribunal arbitral también advierte un error en la redacción del contrato al no establecer la regulación sobre cuál de las normas administrativas relativas a la ejecución de obra pública del Estado peruano sería la aplicable.

1.3. Criterios judiciales y arbitrales respecto a los convenios arbitrales inexistentes

Existen diversos supuestos de arbitrajes fraudulentos, iniciados sin la preexistencia del convenio arbitral, en la misma que pseudoárbitros y centros de arbitraje se declaran competentes, y siendo la excepción a las malas prácticas se resalta el criterio del centro de arbitraje en Lima. Por razones de confidencialidad los diferentes casos serán desarrollados en forma general, en el siguiente orden:

- a) Arbitraje por correo electrónico sin ratificación

Caso de D. D. L. A. versus R. P. B. V y C. N S.A.C., sobre recurso de anulación de laudo,³⁵⁰ en el cual la Sala Comercial de Lima, en la resolución

³⁵⁰ Expediente N° 269-2014.

41, estableció el siguiente precedente: en el denominado “contrato arbitral que celebran C.N. S.A.C.” no se aprecia que el mismo haya sido suscrito por la ahora demandante, *y de otro lado los correos electrónicos enviados por la codemandada a la accionante, invitando a la demandante a someter a arbitraje el conflicto de intereses de naturaleza jurídica, solo constituyen una oferta que no fue aceptada*. De la conducta o renuencia a contestar la oferta realizada no se puede inferir que se está ante un comportamiento de la ahora demandante que representa una manifestación de voluntad tácita de someterse a la jurisdicción arbitral. En ese sentido se está ante un claro caso de inexistencia de convenio arbitral, debiendo declararse la nulidad del laudo arbitral al amparo de la causal prevista en el artículo 63, numeral 1, literal a) del Decreto Legislativo N° 1071.

b) Universidad vs. alumno

Universidad versus R.V.M., sobre nulidad de medida cautelar,³⁵¹ en este caso asumimos la defensa de la universidad. Resultó fraudulento el inicio de este arbitraje por cuanto entre la universidad y el alumno no se firmó un convenio y menos un contrato por el servicio educativo universitario; pese a esto, el exalumno acudió a un centro de arbitraje. La universidad, tal cual lo prescribe la ley arbitral, presento su recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral; pese a no ser notificada con la designación y aceptación del árbitro único (primer árbitro) se notifica a las partes a la audiencia de acta de instalación y admite a trámite la demanda. Luego de once meses sin que el secretario y el árbitro notificaran con actuaciones arbitrales, la entidad bancaria trabó embargo (a requerimiento del alumno demandante) por la suma de S/ 150,000.00. La entidad bancaria en un primer momento había rechazado el pedido cautelar del árbitro único, pero vía de mandato judicial derivado de un juzgado comercial debió cumplir con la disposición de embargo.

³⁵¹ Expediente N° 6762-2014 de la Sala Comercial de Lima.

En pleno ejercicio de los actos fraudulentos, el árbitro único que ordenó el embargo (apoyo del juzgado comercial) fue distinto al árbitro que instaló y admitió la demanda, nunca se cumplió con notificar a la universidad con la designación (corte arbitral) ni la aceptación del segundo árbitro único, vulnerándose los principios arbitrales de obligatoriedad del convenio arbitral (según su preexistencia), *intuito personae* (función arbitral personalísima) imparcialidad, diligencia y transparencia de la función arbitral y del centro de arbitraje.

La universidad logró obtener éxitos ante la Sala Comercial de Lima, la que estableció el siguiente criterio: “Los jueces al brindar colaboración judicial con el arbitraje, para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, deben ejercer sus atribuciones y responsabilidades con ponderación y razonabilidad, a fin de –por un lado– respetar la legalidad que blindada al arbitraje frente a la intervención judicial, y –por el otro– impedir que dicho blindaje legal se constituye en cobertura para la ilegalidad arbitral. Para tal efecto debe verificar la existencia del convenio arbitral que sustente la competencia del árbitro”.

Y en su décimo segundo considerando: “Lo anterior acreditaría, *por un lado*, que la universidad no habría adoptado una conducta que pudiera asimilarse a una aceptación tácita de la existencia del convenio y, por otra parte, que en el arbitraje no se habría emitido pronunciamiento de fondo sobre dicha reiterada negativa de la existencia del convenio arbitral. Todo esto merece ser analizado por el juzgador a efectos de determinar si corresponde conceder la colaboración judicial que le ha sido solicitada para ejecutar una medida cautelar arbitral cuestionada desde su raíz en cuanto a la competencia del árbitro único, por inexistencia de convenio arbitral”.

El exalumno, insistiendo en su ilegalidad, interpuso Recurso de Casación N° 854-2016 (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema), el mismo que fue declarado improcedente, por cuanto el recurso de casación es procedente exclusivamente contra lo resuelto por la Sala Civil o Comercial, respecto a un recurso de anulación de laudo.

c) Forzado arbitraje institucional del Colegio de Abogados³⁵²

La Municipalidad Provincial de una localidad de Huánuco suscribió con el Consorcio ZXV, un contrato de obra (construcción de 50 km de una carretera), sujeto a la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado.

El contrato de obra mantenía la cláusula de solución de controversias en su modalidad del arbitraje *ad hoc*, con lo cual se dejó establecida la negativa de la competencia del arbitraje institucional,³⁵³ con clara vulneración a lo pactado por las partes “arbitraje *ad hoc*” el contratista ingreso la petición o solicitud arbitral ante el centro de arbitraje de un colegio de abogados.

No habiéndose establecido en el convenio arbitral la competencia del indicado centro de arbitraje, este pedido del arbitraje debió haber sido *rechazado de oficio*, esto en observancia de numeral 4 del artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1071 (vigente en ese momento), en donde se señalara que las cámaras de comercio, *mutatis mutandi* (por extensión) los otros centros de resolución de controversias únicamente podrán rechazar la solicitud de nombramiento de árbitro y, en consecuencia, ante la inexistencia de convenio arbitral institucional que le faculte a administrar el arbitraje y menos a designar árbitros, es decir, no podría declararse competente para administrar el arbitraje, con lo cual se expresó en su momento un rechazo del inicio de un arbitraje institucional forzoso y que

³⁵² A fin de proteger la confidencialidad de las actuaciones arbitrales no se especificarán los nombres de las personas naturales o jurídicas que forman o formaron parte del arbitraje, salvo las que se encuentren publicadas en los portales electrónicos del Poder Judicial.

³⁵³ Conforme a lo establecido en aquel momento en la ley vigente, el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1071 guarda perfecta concordancia con el segundo párrafo del artículo 216 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF) cuando, igualmente, se precisa: “Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*. El arbitraje *ad hoc* será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE”.

mantenía la obligatoriedad del arbitraje *ad hoc* a fin de ser instalado el tribunal arbitral en la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE. Cabe resaltar que la entidad municipal presentó su oposición en la primera oportunidad ante el centro de arbitraje entidad que en un solo día *efectuara instalación y admisión de la medida cautelar de no innovar* (“no ejecutar carta fianza bancaria del contratista”), ante lo cual la entidad como estrategia logró generar la composición de un segundo tribunal arbitral instalado en el OSCE y, finalmente, ante un regular tribunal arbitral *ad hoc* en aplicación del convenio arbitral, la entidad obtuvo éxitos en la gestión de su litigio arbitral por intermedio del recurso de excepción de caducidad.

d) Gobierno regional vs. Centro de arbitraje nacional e internacional

Caso 1: caso Gobierno regional³⁵⁴ contra el Centro de arbitraje nacional e internacional, el Consorcio y el Árbitro único, vía anulación de laudo la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco se declaró fundada la demanda bajo los siguientes argumentos:

- De la citada cláusula, en concordancia con las normas citadas, se colige que las partes acordaron la solución de sus conflictos derivados de la ejecución o interpretación del contrato mediante arbitraje de derecho, sin consignarse expresamente si sería institucional o *ad hoc*; en ese sentido, al no haber consignado expresamente este último aspecto, por disposición normativa, debía entenderse que se trataba de un arbitraje *ad hoc*.
- Sin embargo, haciendo caso omiso a tales prerrogativas, y desnaturalizando el propio convenio arbitral, el Consorcio solicitó, mediante escrito de fecha 10 de febrero de 2015 obrante de fojas 3 a 5, el inicio del proceso arbitral ante el Centro de conciliación y arbitraje nacional e internacional, institución que admitió a trámite dicha solicitud,

³⁵⁴ Expediente N° 00197-2015-0-1201-SP-CI-01 - Corte Superior de Justicia de Huánuco.

instalándose el tribunal arbitral conforme al acta de fojas 8 a 15, lo cual fue cuestionado oportunamente por el Gobierno regional y desestimado por el propio árbitro, quien continuó el proceso hasta la emisión del laudo.

- Siendo así, el laudo de derecho contenido en la Resolución N° 14-2015, se encuentra incurso en causal de anulación prevista en el inciso c) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, invocada por el Procurador Público toda vez que la composición del tribunal arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes, quienes dejaron la elección del tipo de arbitraje al mandato de la ley, la misma que dispone que el arbitraje debía ser *ad hoc* y no institucional, como sucedió, vicio que fue advertido por la referida parte procesal manifestando su oposición durante toda la tramitación del procedimiento de arbitraje, razón por la cual debe declararse fundada la anulación de laudo por la causal invocada.

Caso 2: Caso Gobierno regional³⁵⁵ contra el Centro de arbitraje nacional e internacional, Consorcio y el Árbitro único, fallo respecto a otro recurso de anulación de laudo donde la Corte Superior de Justicia de Huánuco, bajo predictibilidad, estableció los siguientes argumentos:

- Advirtiéndose de la citada cláusula, en concordancia con las normas citadas en el punto 6.1. de la resolución, que las partes convinieron un arbitraje de derecho, mas no señala si es arbitraje *ad hoc* o institucional, de ahí que nos encontramos frente a uno de los supuestos contemplados en la parte *in fine* del numeral 3 del artículo 7 del decreto legislativo que norma el arbitraje, esto es, que no se ha designado una institución arbitral, por tanto, el arbitraje que debía seguirse era un *ad hoc*, aspecto que debieron tener en cuenta los emplazados, máxime si el nombramiento de árbitros es un acuerdo de mutuo acuerdo de los contratantes, y solo excepcionalmente de una institución arbitral o

³⁵⁵ Expediente N° 00057-2016-0-1201-SP-CI-01 - Corte Superior de Justicia de Huánuco.

tercero, cuando dichos contratantes también de mutuo acuerdo han conferido dicho encargo así, lo que no se evidencia de autos, donde la parte recurrente ha venido manifestando su desacuerdo sobre el tipo de arbitraje que se le ha hecho seguir.

- Sin embargo, haciendo caso omiso a tales prerrogativas y desnaturalizando el propio convenio arbitral, el consorcio, solicitó mediante escrito de fecha 30 de septiembre de 2015, el inicio del proceso arbitral ante el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional institución que admitió a trámite dicha solicitud, instalándose el tribunal arbitral conforme al acta de fojas 265 al 271, que continuó el proceso hasta la emisión del laudo.

- Siendo así, el laudo de derecho contenido en la resolución de fecha 1 de abril del 2016 del Expediente Arbitral N° 025-2015 del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional se encuentra incurso en causal de anulación prevista en el inciso c) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, invocada por el procurador público del gobierno regional toda vez que la composición del tribunal arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes, las que al no haber designado una institución arbitral se obligaron a seguir por mandato de la ley un arbitraje *ad hoc* y no institucional, vicio que fue advertido por la referida parte procesal manifestando su oposición durante toda la tramitación del procedimiento de arbitraje, razón por la cual debe declararse fundada la anulación de laudo por la causal invocada; desestimándose el argumento de la emplazada Consorcio. En consecuencia, corresponde declarar fundada la causal analizada e invocada por el recurrente en este extremo, y a las partes, de conformidad con inciso c) del numeral 1 del artículo 65 del Decreto Legislativo N° 1071, proceder a un nuevo nombramiento de árbitros conforme a los alcances del convenio arbitral.

- e) Arbitraje *ad hoc* vs. arbitraje institucional: Gobierno regional vs. Consorcio TT³⁵⁶

En este caso de anulación el laudo el Gobierno regional, en tutela de sus derechos, presentó recurso de anulación contra el laudo emitido por el Centro de nacional e internacional por la causal prevista en el literal c), g) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje N° 1071, recurso dirigido contra el Consorcio TT. Los criterios que estableció la Sala Civil de Huánuco para declarar fundada la anulación se encuentran en los siguientes fundamentos:

*5.3 Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 216.- Convenio Arbitral, segundo párrafo, de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre el convenio arbitral “[...] Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc. El arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE [...]”.*³⁵⁷

5.4 De la citada cláusula en concordancia con las normas citadas, se colige que las partes acordaron la solución de sus conflictos derivados de la ejecución o interpretación del contrato, mediante arbitraje de derecho, sin consignarse expresamente si sería institucional o ad hoc, en ese sentido, al no haber consignado expresamente este último aspecto, por disposición normativa, debía entenderse que se trataba de un arbitraje ad hoc.

5.5 Sin embargo, de autos se advierte que la demanda, haciendo caso omiso, desnaturalizando el propio convenio arbitral acordado por las partes, establecido en la Cláusula Trigésima Cuarta del Contrato, el Consorcio TT mediante solicitud de arbitraje recurre al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional, como si se tratara de un arbitraje institucional, siendo que ese arbitraje institucional no está establecido en la citada cláusula, con ello se ha transgredido el artículo 2018 del Reglamento de la Ley de Contrataciones

³⁵⁶ Expediente N° 00036-2016-0-1201-SP-CI-01.

³⁵⁷ Artículo 7, inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071.

del Estado, por cuanto en el convenio de arbitraje se determina que la solución de controversias del Contrato de Obra N° 252-2011-GR PASCO/PRES, será sometida a un arbitraje Administrativo, no estableciéndose en ningún extremo que estas sean sometidas a un arbitraje institucional ni si este corresponde ser dilucidado por un Tribunal Arbitral o Árbitro único, por consiguiente es evidente que en este caso el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional con sede en Huánuco no tenía competencia alguna para la designación residual de árbitros.

Si bien conforme señala la demanda, el artículo 59 numeral 2 de la Ley de Arbitraje N° 1071, dispone que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, sin embargo, la misma no puede ser interpretada aisladamente del artículo 62 de la norma citada, donde se establece expresamente que el recurso de anulación es la única vía de impugnación del laudo, lo cual en efecto es materia del presente proceso, donde no se ha analizado la decisión del árbitro expuesta en el laudo que ha puesto fin a la controversia, sino tan solo se está verificando el respeto de aspectos formales que dicho árbitro debió tener en cuenta antes de laudar, evaluación que se tiene permitido a este órgano jurisdiccional por disposición del artículo 63 Decreto Legislativo N° 1071.

Asimismo es incorrecto señalar que se está analizando estrictamente si el árbitro tenía competencia para conocer el fondo de la controversia, toda vez que en el caso de autos solo se está verificando si la composición de tribunal arbitral obedece al acuerdo de partes –y que en el presente caso no ha sido observado–, aspecto que ha sido cuestionado por la recurrente, y desestimado por el árbitro al seguir con el proceso arbitral, aspecto que si pueden ser analizadas mediante el recurso de anulación conforme al artículo 41 numeral 4 LA N° 1071 [...]

Séptimo. - En consecuencia, habiéndose determinado fundada la causal analizada en este extremo, corresponde a las partes de conformidad con el inciso c) del numeral 1 del artículo 65 del Decreto Legislativo N° 1071, proceder a un nuevo nombramiento de árbitros conforme a los alcances del convenio arbitral.

Concordamos plenamente con el criterio establecido por la Sala Civil en haber determinado que se vulneró el principio de autonomía privada de las partes (Gobierno regional) al ser forzosamente derivados a un arbitraje institucional cuando el convenio arbitral expresa un arbitraje *ad hoc*.

f) Consorcio MM vs. Gobierno regional

En este proceso de anulación de laudo el Gobierno regional, interpuso su recurso de anulación contra en el Expediente Arbitral N° 03-2014, bajo las causales de anulación previstas en los literales a), c) y g) del numeral 1 del artículo 63 de la LA, En este recurso de anulación la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco mantiene en su considerando 14 el siguiente criterio: “El arbitraje se sustenta en el ejercicio de la autonomía de voluntad, siendo la regla general que las propias designen a sus árbitros, libertad de elección que constituye una característica propia del arbitraje, el cual puede ser *ad hoc* o institucional según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral; siendo que en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*, aplicando la misma regla [...] cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente”.

g) Compraventa de acciones sin preexistencia del convenio arbitral³⁵⁸

Caso de D. F. D. D. y V. M. M. D., solicitando el inicio de un arbitraje contra el señor J. G. G. y la señora D. M. R. P. a fin de solucionar las controversias surgidas entre las partes en relación con el contrato de compraventa de acciones de fecha 17 de septiembre de 2018.

El 26 de marzo de 2019, el señor J.G.G. se apersonó al arbitraje y dedujo excepción de inexistencia de convenio arbitral y de incompetencia del Centro de Arbitraje de Lima, señalado los siguientes argumentos, de los cuales exponemos los más resaltantes para la presente investigación:

³⁵⁸ Resolución N° 096-2019/XXX-TTT-Y.

- i) La parte solicitante no ha presentado ningún contrato suscrito en el cual conste algún convenio arbitral, ni acuerdo independiente en el que se aprecie la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.
- ii) En ninguno de los correos presentados por los solicitantes para acreditar el convenio arbitral ha manifestado su voluntad de solucionar controversia alguna mediante arbitraje.
- iii) De continuarse con el proceso arbitral se estaría ingresando a un escenario latente de anulación de laudo por inexistencia de convenio arbitral. Es fundamental establecer que se podría estar ante un uso temerario e ilegítimo del principio *kompetenz-kompetenz* por cuanto, a pesar de no existir convenio arbitral, se estaría aplicando forzosamente su competencia con el ánimo de iniciar un arbitraje fraudulento.

De la misma, forma se apersonó la señora D. M. R.P. y dedujo excepción de inexistencia del convenio arbitral y de incompetencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima señalando también los argumentos anteriormente expuestos.

El 11 de abril de 2019, las señoras D.F.D.D. y V.M.M.D., absolviéron la oposición formulada, manifestando los siguientes argumentos, de los cuales expondremos los más importantes concernientes a nuestra investigación.

La existencia de un contrato de compraventa de acciones firmado por ambas partes, cuyos ejemplares se encuentran en poder de la parte demandada y pese a los constantes requerimientos se han negado injustificadamente a entregar el juego que les corresponde. Dicho contrato tiene un convenio arbitral.

Los abogados de ambas partes mantuvieron comunicación vía correo electrónico donde se muestran las tratativas preliminares a la compraventa de acciones, teniendo un documento donde figuran condiciones y términos

preliminares para la celebración de un contrato definitivo que ambas partes aceptaban y se obligaban mutuamente a cumplir con lo estipulado.

De esta forma, el abogado de los demandados recibió los correos emitidos por el abogado de la otra *parte no observando ni cuestionando en ningún momento el convenio arbitral*.

Habiéndose negociado el texto final del contrato ambas partes aceptaron encontrarse en notaria para firmar el contrato. Con base en esto, luego de firmado el contrato surge una controversia entre las partes.

La comunicación vía WhatsApp mantenida con el señor J.G.G. el 18 de febrero de 2019, evidenciaría que el convenio arbitral sí fue suscrito, pues de lo contrario el señor J. G. G. hubiera observado que no se firmó ningún convenio arbitral.

La institución arbitral en el artículo 7(2) de su reglamento establece que “si el demandado presenta excepciones u objeciones que guardan relación con la existencia del convenio arbitral conforme al Reglamento, por criterio de Consejo Superior de Arbitraje, podrá decir que el arbitraje debe continuar administrado por el Centro solo si aprecia, *prima facie*, la posible existencia de un convenio arbitral entre las partes que haga referencia al Reglamento o a la administración del Centro”.

Bajo una interpretación más amplia dentro de otras formas de convenios arbitrales, el artículo 13(3) de la Ley de Arbitraje señala que “se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato **se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio**”.

Es esencial determinar lo establecido por el Consejo de Arbitraje al establecer el siguiente criterio: “Este consejo tiene en consideración que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13(1) de la Ley de Arbitraje,

el arbitraje es de naturaleza consensual. En principio, nadie puede ser obligado a acudir a un proceso arbitral, si no ha manifestado expresamente su consentimiento a esa jurisdicción. El artículo 13(3) de la Ley de Arbitraje es explícito al aludir a ‘acuerdo’ y ‘concertación’, lo que reclama la voluntad común”.

El Consejo Superior de Arbitraje de Lima Viva, en forma adicional abordó los siguientes fundamentos:

- i. De la información presentada, este Colegiado aprecia que, si bien las partes habrían negociado la posible celebración de un contrato de compraventa de acciones con sometimiento a la jurisdicción arbitral, no se ha acreditado, fehacientemente, que dicho contrato haya sido suscrito; por consiguiente, este Colegiado no encuentra prima facie un convenio arbitral que vincule a las partes.*
- ii. Finalmente, de los elementos de juicio aportados por las partes no se advierten hechos que acrediten de manera convincente la ejecución de actos facta concludentia de los que sea posible extraer una efectiva y definitiva voluntad común para un acuerdo arbitral. En el caso bajo análisis, en aplicación del artículo 13(3) de Ley de Arbitraje, no es posible inferir de manera indubitable una voluntad tácita derivada de unas circunstancias de comportamiento (cfr. Art. 141 Código Civil).*

El recurso de oposición al arbitraje fue resuelto por Consejo de Arbitraje de la Lima Viva, declarando fundada la oposición, criterio saludable en la institucionalidad del arbitraje, y el rechazo del errado criterio de otros centros de arbitrajes y tribunales *ad hoc* en aceptar el *kompetenz*, convenio arbitrales tácitos o no preexistentes con una formalidad expresa, a fin de forzar el inicio de un litigio arbitral sin fuente contractual del convenio arbitral.

CAPÍTULO 2. PROPUESTA DE REFORMA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA

2.1. Análisis e interpretación de la información

2.1.1. Entre la flexibilidad y la formalidad

Los estándares internacionales de las prácticas arbitrales y legislaciones acorde a las disposiciones de la UNCITRAL, la Convención de New York y el Tratado de Viena permiten que, bajo la buena fe y una práctica lícita, los convenios arbitrales tácitos puedan ser entendidos como válidos, lo cual implica una interpretación con flexibilidad y a su vez siempre se regula la condición de la formalidad del convenio arbitral, que representan las formas eficaces del convenio arbitral consideradas en las diversas legislaciones.

Las reglas arbitrales establecidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil han establecido la posibilidad de convenios arbitrales no escritos.

Conforme con Córdova Schaefer en el extremo: “En general, las legislaciones de los países requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito, debido a que las partes excluyen por escrito, la administración de la justicia estatal de la resolución de sus conflictos. Por ello, el Estado

tiene que estar seguro de que ambas partes prestaron su consentimiento, a fin de no permitir abusos entre ellas”.³⁵⁹

La tendencia del comercio electrónico en internet, desde las compras efectuadas por los consumidores en los portales Glovo, Uber, Amazon, Despegar.com, Mercado Libre y cualquier comercio o servicios en aplicativos u otras plataformas, es mantener reglas contractuales de adhesión, que el interesado acepta; sin embargo, no se puede desprender que el consumidor y la empresa “vendedora” del servicio o producto imponen una cláusula arbitral a fin de resolver las posibles controversias, salvo incorporación expresa en el contrato de adhesión propuesto al consumidor.

En el contexto actual del mercado en línea se ha modificado en forma descomunal hace más de veinte años y mantiene un uso enorme por personas naturales y empresas, fenómeno comercial transfronterizo y sin limitaciones.

El comercio en internet y su protección en sede peruana mantiene amparo en el Código de Protección del Consumidor y en la nueva modalidad del arbitraje de consumo, que tiene por finalidad brindar una justicia especializada en derecho del consumidor respecto de controversias derivadas de una vinculación contractual electrónica válida y con expresa preexistencia de reglas contractuales.

Sin embargo, nuestra tesis, mantiene la postura de supuestos de inexistencia de convenio arbitral o la incorrecta interpretación de convenio arbitrales tácitos respecto de derechos patrimoniales y/ o contractuales de personas jurídicas y naturales no vinculadas al derecho del consumidor.

³⁵⁹ CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*, tesis. Lima: PUCP, 2013, p. 71.

Córdova Schaefer reseña: “Es recién con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional que incorporó en su sesión del 2006, la opción I del artículo 7, en la cual permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático”.³⁶⁰

Por su parte, sobre la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico Córdova Schaefer sostiene:

*En dicho escenario planteo un criterio de interpretación llamado equivalente funcional para entender que los requisitos de escritura y firma se encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio ha sido útil y seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente. Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999 en la que no tomó en cuenta los correos electrónicos que contenía el convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, desestimó la ejecución de un laudo dictado en Londres.*³⁶¹

Según el tratadista español Lorca Navarrete: “[...] de otro lado es preciso indicar que, aunque la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible (lo es *ad validitatem*), la LA, en cambio, acoge, plenamente, el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que su formalización por escrito no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto”.³⁶²

Caivano, declara: “Cabe precisar que el consentimiento tácito guarda relación con el asentimiento tácito (conocido en el arbitraje internacional como *assumption by conduct*), en que este último el “comportamiento

³⁶⁰ Ibíd.

³⁶¹ Ibíd.

³⁶² LORCA NAVARRETE. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, p. 230.

traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar –ni antes ni durante el mismo– objeción alguna ni rechazar el arbitraje”.³⁶³

Sin embargo, en España, Cervantes Bravo determina:

*Se estaría revistiendo de protección al convenio arbitral tácito. En un principio puede ser verbal, ya que se admite la validez del convenio creado con posterioridad por la voluntad tácita de las partes al admitirse que el convenio arbitral resulte del **intercambio de escritos de demanda y contestación (en los términos del artículo 29, LA) en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por otra, pues se presume que existe voluntad de sujetarse a arbitraje ya sea expresa o tácitamente que da como resultado un convenio procedimental que se caracteriza por derivarse de unos actos desarrollados en el procedimiento arbitral. En concreto, la voluntad de las partes sobre la existencia de convenio arbitral es más importante que la forma que este asuma.***³⁶⁴

Para Vidal Ramírez:

*La LGA, sin embargo, no adopta la rigidez que es inherente a la forma ad solemnitatem y se limita a prescribir que su celebración debe ser por escrito, esto es, bajo forma documental, sin precisar si debe tratarse de instrumento público o documento privado. Esta flexibilidad formal se evidencia en las mismas disposiciones del acotado artículo 10, al disponer que puede entenderse que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito, no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deja constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.*³⁶⁵

La profesora O’Neill de La Fuente, en sede peruana, aporta:

³⁶³ CAIVANO. “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, pp. 131-132.

³⁶⁴ CERVANTES BRAVO. “Comentarios a la Ley de Arbitraje española”, p. 177.

³⁶⁵ VIDAL RAMÍREZ. *Manual de Derecho Arbitral*, p. 55.

Respecto a la formalidad en sede nacional, se sostiene, la única formalidad que la LPA exige es que el convenio arbitral conste por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Así, solo en ese caso no se aporte ninguna prueba de la celebración del convenio, podría decirse que carece de la referida formalidad y que, por tanto, el convenio es manifiestamente nulo. A pesar de ello, en una situación como esta es fácil predecir que se suscitara una intensa actividad probatoria para acreditar, precisamente, que el convenio arbitral sí se celebró.³⁶⁶

Respecto a la falta de manifestación de voluntad del agente, comprobar si existe manifestación de voluntad es un proceso que escapa de la revisión de un documento en sí mismo, pues el consentimiento de las partes puede darse de diversas maneras, aún más si atendemos a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LPA. De allí que resulte difícil de imaginar un supuesto en el que nulidad sea manifiesta por esta causal.³⁶⁷

En sede colombiana, Ramírez mantiene el argumento de:

La producción de los efectos del pacto y, por ello, la obligación de hacer consistente en someter las disputas al arbitraje solo tiene como sujetos a quienes efectivamente dispusieron de sus intereses para adherir al contenido negocial previsto en el contrato de arbitraje, de conformidad con el principio de autonomía privada, y su expresión en el efecto relativo de los contratos. En efecto, si el pilar fundamental del arbitraje es el consentimiento, mal haría un tribunal arbitral en asumir competencia para dictar un laudo que pueda llegar a producir efectos respecto de un sujeto de derechos que por no haber consentido el arbitraje no hace parte del alcance ratione personae del pacto arbitral.³⁶⁸

³⁶⁶ O'NEILL DE LA FUENTE Y NAVA ZEGARRA. "¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral", p. 108.

³⁶⁷ *Ibíd.*, p. 107.

³⁶⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*, p. 75.

La regulación del convenio arbitral de la ley peruana, a nuestro criterio, está agrupada en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos.

El numeral 13 de la ley arbitral peruana en el inciso 1) parte del supuesto que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligadas a una relación jurídica contractual de otra naturaleza, el inciso 2) expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (**por escrito**) y **bajo una aplicación sistematizada** conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica según la regulación especial de la ley que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa implicará la aceptación a la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el inciso 3³⁶⁹ del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirado en el modelo UNCITRAL, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que podría ser interpretada como que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades impuestas por las

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

partes, lo cual perfectamente podría incurrir en una distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*; son las prácticas al estilo de la Mafia Orellana, en los cuales **pseudoárbitros** iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia del convenio arbitral.

Este tipo de regulación *ad probationem* y su incorrecta aplicación (árbitros y centros de arbitraje) están generando efectos negativos en la institucionalidad del arbitraje, según los casos de anulación de laudos expuestos en el desarrollo del problema; están generando incentivos económicos (maliciosos) para los agentes contratantes, árbitros, secretarios y centros de arbitraje, con su fraudulenta práctica arbitral conllevan a la sociedad a sufrir los siguientes problemas.

- Imposición de la justicia arbitral *ad hoc* e institucional.
- Imposición de árbitros no designados.
- Imposición del pago de honorarios arbitrales e institucionales.
- Vulneraciones a la autonomía privada y derecho al debido proceso.

Conforme a lo expuesto, la regulación del convenio arbitral y su incorrecta interpretación genera el quebrantamiento del principio de seguridad jurídica por cuanto las personas naturales o jurídicas que consideran que no suscribieron un acuerdo arbitral podrían ser invitados a un arbitraje y demandados sin la preexistencia del convenio arbitral, supuestos reales que quebrantan la seguridad jurídica contractual y arbitral.

Es lamentable establecer que algunos centros de arbitraje de la ciudad de Lima (que no necesariamente son los más reputados) y de provincias acepten el ingreso de peticiones de arbitrajes y no observen la falta de competencia arbitral institucional y, sin que obre medio probatorio documental expreso del contenido y los alcances del convenio arbitral,

admitan a trámite las peticiones de arbitraje, siendo este un supuesto de ejercicio forzado de la competencia institucional.

Los diversos casos judiciales y arbitrales desarrollados en el numeral 1.3. (Criterios judiciales y arbitrales respecto a los convenios arbitrales inexistentes) representan arbitrajes fraudulentos que vulneran el principio de buena fe contractual, que se generan, en primer lugar, por la parte que compone el inicio del arbitraje (con pleno conocimiento de la falta de preexistencia del convenio arbitral) en forma temeraria y forzada, peticiona el inicio del arbitraje y, en un segundo momento, por el árbitro (árbitros), que sin que exista un acuerdo de voluntades de las partes se declara competente, de esta forma se quiebra el principio de la buena fe contractual y se ejerce una mala fe contractual y arbitral a lo largo del litigio con vulneración a la lealtad, fidelidad, veracidad y probidad que deberá de existir entre contratantes y litigantes.

Los efectos negativos en perjuicio de la institucionalidad del arbitraje generados por una regulación *ad probationem* del convenio arbitral y su incorrecta interpretación se representan en la imposición de una justicia arbitral mediante el ejercicio del falso *kompetenz-kompetenz*, el desprestigio de la justicia arbitral y la imposición altos costos de transacción impuesto a la parte perjudicada a fin de ejercer su defensa en vía arbitral y judicial.

Considerando que una persona natural o jurídica ejercerá su derecho de objeción, excepción y contradicción ante el convenio arbitral inexistente y contestando la demanda, sin embargo, por aplicación del falso *kompetenz-kompetenz* deberá de invertir recursos económicos a fin de pagar honorarios arbitrales (árbitros, secretaría y centro de arbitraje), honorarios de abogados y, aunado a esto, acudir al Poder Judicial para interponer el recurso de anulación de laudo. En algunas oportunidades, en vía arbitral se traban medidas cautelares (embargo de cuentas o propiedades) que generan, junto con los puntos anteriores expuestos, perjuicios económicos en contra de los contratantes y la sociedad en general.

Las salas comerciales de Lima y las salas civiles de otros distritos judiciales, con adecuada predictibilidad y de forma uniforme, establecen como criterio la anulación de laudos ante la falta de preexistencia de convenio arbitral, lo cual finalmente expresa la importancia del ingreso del Poder Judicial a fin de ratificar la validez o no del laudo arbitral ante la causal de inexistencia de convenio arbitral.

2.1.2. Declinatoria de competencia ante inexistencia del convenio arbitral

Bajo el amparo y ejercicio del principio *kompetenz- kompetenz*, los árbitros están ampliamente facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, lo cual mantiene vinculación con el principio de separabilidad del convenio arbitral; *quien puede lo más puede lo menos*, en pleno ejercicio de la competencia, los árbitros podrían declinar de su competencia, con motivación y apego al derecho sustantivo y arbitral.

La autonomía del pacto arbitral genera como consecuencia jurídica que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su propia competencia, es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *kompetenz-kompetenz*, incluida la validez o nulidad del convenio arbitral o cualquier otra excepción que impida entrar en el fondo de la controversia si se estima.

Respecto al procedimiento de la declinatoria, Gisbert Pomata dice: “La existencia de convenio arbitral se deberá alegar siempre con carácter previo a la contestación a la demanda, de modo que cualquier otra actividad procesal distinta se entenderá como renuncia al convenio”.

Los árbitros pueden y deben abstenerse de conocer cuando entiendan que carecen de competencia. Los árbitros gozan de la posibilidad de apreciar de oficio su falta de competencia objetiva –aunque el vicio no hubiese sido invocado por las partes–, y carecen de la misma cuando la materia

sometida a arbitraje es indisponible por la nulidad, inexistencia y caducidad del convenio.

Ante dicha declinatoria de competencia es necesario que en la resolución arbitral de la “declinatoria haya una *cognitio* plena sobre la validez y eficacia del convenio arbitral. Esta *cognitio* plena es aquella a la que hace referencia el artículo II.3 del Convenio de Nueva York: “El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.³⁷⁰

Otra posibilidad de declinatoria de competencia se genera en el arbitraje institucional cuando determinado centro de arbitraje, al momento de calificar la petición de arbitraje, observa que no mantiene competencia, los derechos discutidos no serían materias arbitrables o, al carecer de probanza la preexistencia del convenio arbitral, la declinatoria institucional sería válida sin mayor cuestionamiento.

La declinatoria de la competencia por inexistencia de convenio arbitral representará un acto procesal a requerimiento de parte e, incluso, de oficio y bajo la aplicación del *iure novit curia*. El árbitro o el tribunal, prontamente de haber analizado sin prueba en contrario que entre el demandante y el demandado no existe un convenio arbitral que sustente la obligatoriedad de la justicia arbitral, deberá emitir con resolución motivada el acto procesal de archivo definitivo del arbitraje con efecto de laudo.

³⁷⁰ Del mismo modo, el artículo 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL establece una *cognitio* plena respecto de la validez del convenio arbitral al disponer que: “El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

2.1.3. Los costos de transacción

El análisis económico del Derecho, como método de interpretación y aplicación eficiente de las leyes, siempre es indispensable para un coherente análisis del arbitraje.

El premio nobel de economía de 2009, Oliver Eaton Williamson, retomó un trabajo incipiente de Coase para detallar la naturaleza de esos costos de llevar a cabo las diferentes etapas de producción de bienes y servicios.³⁷¹ De esta forma, Wiliamson explicó cómo los costos de transacción afectan las decisiones sobre cómo organizar la producción entre firmas, mercados, etc. Asimismo, el autor en mención hace énfasis en la racionalidad limitada del comportamiento humano, caracterizándose nuestra intuición por calcular costos y beneficios.

Según Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr.: “Los costos de liquidación se relacionan con la negociación y formalización de instrumentos contractuales, como la contratación de abogados o incluso la obtención de información sobre los productos que se comprarán. Estos costos son tan altos cuanto más difícil es obtener información sobre los valores de asignación y la resolución de conflictos es privada. Por otro lado, los costos son bajos, lo que facilita las negociaciones cuando los valores de asignación y las soluciones cooperativas son públicas”.³⁷²

De acuerdo con Martin Krause:³⁷³

El cálculo económico es el cual utilizamos para determinar si nos conviene realizar alguna acción en el mercado o no. Bajo este análisis podemos inferir sobre influencia en la decisión de impulsar un proceso arbitral o no, teniendo

³⁷¹ PEREIRA RIBEIRO, Marcia y KLEIN, Vinicius, coords. *Análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

³⁷² PEREIRA RIBEIRO, Marcia y GALESKI JUNIOR, Irineu. *A análise econômica como método de interpretação do direito empresarial*. Río de Janeiro: Elsevier, 2009, 106.

³⁷³ KRAUSE, Martín. *Análisis económico del Derecho: aplicación a fallos judiciales*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 17.

*en cuenta las implicancias y contingencias del contrato a fin de efectuar un análisis costos beneficio, analizando sobre todo: que la pretensión sea mayor a los costos del proceso arbitral, que las futuras pretensiones se encuentren vinculadas al marco contractual, mantener un informe técnico o pericia preliminar acerca de los posibles éxitos en la futura demanda arbitral, contar con recursos económicos para solventar la defensa de expertos abogados, peritos y el pago de los diversos gastos arbitrales. Todo esto a fin de **evitar que la lavada nos salga más cara que la propia camisa.***

Prosiguiendo la pauta de Krause: “Los contratos son, además, un costo a tener en cuenta en los intercambios. Estos costos deben su nombre al profesor Ronald Coase, quien los llamara costos de transacción. Incluyen lo necesario para encontrar a la otra parte un intercambio, negociar con ella y luego de haber llegado a un acuerdo, verificar su cumplimiento. Todas estas actividades pueden ser tan costosas que ciertos intercambios sean descartados ya que no logran cubrir los mismo. De allí que una correcta información y el acceso a una justicia eficiente reducen estos costos y multiplican las posibilidades de intercambio”.³⁷⁴

En sede nacional, Alfredo Bullard determina: “[...] celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta”.³⁷⁵

Finalmente, el profesor Bullard precisa que los costos de transacción serian de tres tipos: a) costos de búsqueda; b) costos de entrada; y c) costos de ejecución o monitoreo.

En la misma línea de reducción de costos, para Posner: “[...] la función fundamental del derecho de contratos (reconocida como tal desde el tiempo de Hobbes) es disuadir a los individuos de comportarse en forma

³⁷⁴ Ibíd, p. 11.

³⁷⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Análisis económico del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 86.

oportunista con sus contrapartes, a fin de alentar la coordinación óptima de la actividad y (lo que es lo mismo) evitar costosas medidas de autoprotección”.³⁸²

El profesor Posner expone algunas ideas que a nuestro parecer resultan importantes para los árbitros al ejercer la función arbitral y al momento de deliberar sobre los alcances del laudo.

Así, cuando al tribunal arbitral, o árbitro, se le pide que interprete el contrato o las conductas desplegadas por las partes en fase de ejecución contractual, estos deberán evaluar de qué forma las partes la habrían solucionado en caso hubieran tenido la oportunidad anticipada de hacerlo. Entonces, cuando el contrato no nos brinde pistas respecto a dicha solución posible –en tal caso de previsión anticipada por las partes–, el tribunal (o árbitro) deba recurrir al pensamiento económico para decidir cuál es el procedimiento más eficiente para resolver la contingencia.

Es cierto que cada parte se interesa solo en su propio beneficio y no en el beneficio conjunto, pero entre mayor sea el beneficio conjunto, probablemente será mayor el beneficio de cada parte. Por tanto, las partes tienen interés mutuo en la minimización del costo cumplimiento y el tribunal puede usar este interés para completar un contrato de acuerdo con los lineamientos que las partes habrían aprobado al celebrar el contrato,³⁷⁶ tal como menciona Posner en *El análisis económico del Derecho*.

En un litigio arbitral, los costos de transacción son excesivamente altos por los honorarios del centro de arbitraje, de los árbitros, de los peritos o expertos, presentación de la prueba y, finalmente, de los honorarios de los abogados o estudios, con lo cual la toma de decisiones deberá de ser la

³⁸² Thomas Hobbes, *Leviathan* 70-71 (1914 [1651]), citado por POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 92.

³⁷⁶ *Ibíd.*, p. 93.

más eficiente y previamente observar un escenario exitoso para el demandante.

Un costo de transacción que merece atención y participación directa del cliente y abogado se encuentra en la designación del árbitro de parte. Para este fin es necesario recabar información desde la experiencia, especialidad, incidencias en recusaciones fundadas y criterios en laudos (contratación pública); en resumen, la selección del candidato a árbitro designado de parte deberá ser ejercida con diligencia y bajo un *compliance* arbitral se depositará la confianza en un árbitro que podría resolver controversias de millones de dólares o respecto a obras públicas (carreteras, hospitales, líneas de metro o puentes), fundamentales en el ordenamiento territorial de un país. No hay oportunidad de cometer un error al seleccionar un incorrecto árbitro o que, en adelante, pueda ser recusado por incurrir en causales justas, contingencia que encarece y dilata el arbitraje.

Los costos de negociación, celebración y ejecución del convenio arbitral podrían estar presentes en los siguientes aspectos:

- **Arbitraje *ad hoc* o institucional.** La predictibilidad respecto al monto de los honorarios arbitrales es esencial para el presupuesto de los costos arbitrales. El arbitraje institucional mantiene la ventaja de mantener un reglamento, complementado por las decisiones de sus consejos superiores frente a reclamos en cuanto al incremento desmesurado o la devolución de los honorarios.
- **Conformación de tribunal o tribunal unipersonal.** La designación de un árbitro único para resolver la controversia se refleja en un ahorro altamente considerable para las partes; en algunas ocasiones se permite el arbitraje unipersonal por determinado monto, y por montos mayores o pretensiones complejas se pacta como segunda posibilidad la conformación del tribunal arbitral, lo cual se refleja en los honorarios

pagado por las partes y que se incrementará en una aplicación eventual de la subrogación de honorarios arbitrales.

- **Determinación de la sede arbitral, del idioma y normas aplicables.** La elección de la sede arbitral y del idioma determinará la eficiencia en los costos arbitrales, desde la contratación de abogados, peritos, traductores y temas logísticos (hospedaje, transporte y viáticos del equipo de asesores y árbitros) no menos importante son las normas legales aplicables a la futura controversia.
- **Determinación del plazo laudar.** Con la advertencia de aceptar la posibilidad de fijar el plazo para laudo, siempre deberá resultar de un análisis minucioso de la complejidad y extensión de las futuras controversias; en consecuencia, es muy eficiente (ante una eventual controversia sencilla) determinar un plazo a los árbitros a fin de que emitan el laudo, que representaría un litigio breve y con planificación de las etapas procesales de manera sistematizada.

Una forma de generar eficiencia de tiempos y reducir los costos de transacción se presenta en el arbitraje acelerado, puesto en práctica por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, según está regulado en el numeral 3 del apéndice II del Reglamento de Arbitraje 2017 (en adelante, reglas de arbitraje acelerado) y el artículo 23(2) del mencionado reglamento.

Otra forma de elevar los altos costos de transacción impuestos al contratista en sede peruana se configura en la exigencia del otorgamiento de una carta fianza bancaria como requisito para interponer la tutela cautelar a partir de la modificación efectuada a la LA, conforme a los alcances del Decreto Urgencia N° 020-2020, representa un claro ejemplo del incremento innecesario de los costos de transacción por parte de los contratistas, puesto que en caso el Estado se vea afectado por una medida cautelar, será requisito la existencia de una carta fianza bancaria y/o patrimonial a cargo de quien solicita la tutela cautelar.

2.1.4. Externalidades del convenio arbitral

La economía como ciencia que se dedica a estudiar las elecciones del hombre racional, en un mundo con recursos escasos en comparación con las necesidades humanas que son ilimitadas, tiene como tarea, según Posner: “Explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones (lo que llamaremos su ‘interés propio’)”.³⁷⁷

Siguiendo la línea de Posner: “El concepto del hombre como un maximizador racional de su interés propio conlleva que las personas responden a ciertos incentivos (que, si cambian las circunstancias de un individuo de tal modo que pueda incrementar sus satisfacciones modificando su comportamiento, el individuo en cuestión lo hará)”.³⁷⁸

Según Krause: “Aunque originado en Marshal, se atribuye a Alfred C. Pigou el desarrollo del concepto externalidad, como un efecto hacia terceros de las acciones de los individuos en el mercado. Estos efectos pueden ser positivos (beneficios) o negativos (costos), los que recaen en terceras personas sin que estas hayan sido parte de la acción que los origina”.³⁷⁹

A nuestro criterio, las externalidades son las repercusiones producto de las decisiones que tomen los actores del mercado (incluido el Estado) que tienen influencia de forma positiva o negativa en terceros ajenos a las transacciones realizadas por los primeros y que impactarán de forma significativa en los derechos contractuales y reales de una sociedad. “Cuando estos efectos pasan de ser pequeños a grandes implican una serie de problemas en contra de la producción de las empresas produciendo lo que conocemos en el nombre de externalidades. Podemos decir, entonces,

³⁷⁷ Ibíd., 11.

³⁷⁸ Ibíd.

³⁷⁹ KRAUSE. *Análisis económico del Derecho: aplicación a fallos judiciales*, p. 11.

que son los efectos secundarios que tienen las actividades económicas y que actúan sobre los costes directos de una actividad, aunque no reflejan los beneficios o costos totales generados por dicha actividad. Las externalidades provocan que el Estado tenga que intervenir en el campo de la economía”.³⁸⁰

En el contexto actual, ante la presencia de coronavirus al nivel mundial y en el Perú se presentan externalidades positivas y negativas, entre las positivas conforme al estado de emergencia, algunos negocios (alimentación, salud o transporte y su cadena de suministros) podrían beneficiarse lícitamente de esta condición de aislamiento social y económico, por el incremento normal de la demanda y venta de productos alimenticios; sin embargo, algunos malos actores del mercado podría también beneficiarse, subiendo los precios o tarifas y esta nociva práctica de especulación podría ser generada desde una empresa productora de alimentos, los canales de distribución y suministro hasta, incluso, por el propietario de la bodega del barrio.

Las externalidades negativas en los tiempos del coronavirus son mayores y destructivas, desde industrias y unidades productivas inmovilizadas (agroexportación, turismo, restaurantes, agricultura, construcción, pesca, minería y otros) y del empresario pequeño o profesional independiente (zapatero, costurero, restaurante, dentista o abogado) que no genera ingresos económicos diarios a fin de solventar los gastos de mantención o supervivencia en los grupos familiares de extrema pobreza.

Es importante establecer que las externalidades negativas respecto al convenio arbitral tácito o forzado pueden ser generadas por instituciones arbitrales privadas que en buena cuenta no adecúan sus prácticas a la Ley de Arbitraje y menos practican altos estándares arbitrales dentro del marco de la ley.

³⁸⁰ BRICEÑO, Gabriela. “Externalidades”. En *EUSTON 96*. Recuperado de <https://www.euston96.com/externalidades/>

A manera de ejemplo ensayo la siguiente figura: dos jóvenes abogados sin experiencia ni colegiatura deciden emprender un negocio, constituyendo el centro de arbitraje denominado Soluciones a la Medida, a fin de resolver controversias dentro del marco de contrataciones estatales y diversos temas comerciales. El centro de arbitraje no cuenta con reglamento arbitral y mantiene una nómina de 10 árbitros sin experiencia ni prestigio, y como local institucional se cuenta con un departamento en un edificio, en el que no existe atención al público y como domicilio procesal se fija una casilla del colegio de abogados.

Un contratista, con una apremiante necesidad de iniciar un proceso arbitral recurre a dicho centro de arbitraje siendo consciente que no mantiene competencia institucional. El contratista presenta su petición de arbitraje con las siguientes pretensiones: resolución del contrato (5 millones de soles) y el pago de una indemnización (10 millones de soles).

Ante esta apetecible petición, el centro de arbitraje en mención mantiene dos posibilidades: a) la correcta, rechazar la petición de arbitraje, por no mantener competencia institucional y no contar con árbitros especializados en contrataciones estatales y sugerir al accionante que acuda al OSCE o un centro de arbitraje acreditado; b) la opción perversa y rentable será la dar el trámite, notificando a la contraparte y pese a la oposición de la administración de arbitraje, permitir la conformación de un tribunal arbitral y revestir al proceso de una aparente legalidad.

Una vez constituido el tribunal arbitral, el contratista ingresa una medida cautelar de innovar a fin de que no se ejecute sus cartas fianzas por el valor de 3 millones de soles y con ello perjudicar los intereses de la entidad municipal. De esta forma, a la entidad municipal se le impone una justicia arbitral ilegal por inexistencia de convenio arbitral institucional, a la vez que se brinda un mensaje negativo a la sociedad respecto al arbitraje.

Se convierte en una externalidad negativa.

Una externalidad de los convenios arbitrales tácitos estaría determinada por los arbitrajes fraudulentos que bajo la imposición de interpretación de existencia tácita del acuerdo arbitral y/o aplicación extensiva del pacto (contratantes que literalmente no suscribieron ese acuerdo), así se generan incentivos, que podemos apreciar desde una doble óptica: incentivos perversos en perjuicio de los perjudicados (contratantes, el Estado y sociedad); e incentivos económicos para algunos malos operadores (contratantes, abogados, árbitros e, incluso, peritos), para imponer la justicia arbitral sin la preexistencia del convenio, conducta ilegal que genera externalidades negativas y, a su vez, genera pérdida de confianza en el arbitraje y sus implicancias con conductas no éticas y hasta corruptas.

Las externalidades negativas de los convenios arbitrales tácitos implicarán el temor de los contratantes de fijar como cláusula de solución de controversias –en su ámbito contractual–, considerando el alto grado de probabilidad de soportar los perjuicios económicos generados de ciertas malas prácticas arbitrales, como la imposición del falso *kompetenz-kompetenz* sin la preexistencia del pacto arbitral.

A raíz de lo expuesto, nuestra propuesta consiste en una mayor formalidad (*ad solemnitatem*) al momento de suscribir convenios arbitrales. Una mayor regulación como la que proponemos encuentra su justificación dando cuenta de los costos innecesarios que las víctimas de arbitrajes fraudulentos deben enfrentar, así como, los daños a la institucionalidad del arbitraje (por los casos que ya conocemos a nivel nacional). Por lo tanto, la teoría de las externalidades negativas es de suma importancia y presenta conclusiones esenciales para ser consideradas en la elaboración de las normas legales.

Una externalidad negativa en referencia a la función arbitral surge en referencia de la última modificación a la LA mediante el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, respecto a la posibilidad de recusar por laudo anulado.

El derecho de recusación de las partes es ejercida con amplitud y no está sometida a ningún tipo de limitaciones, la modificación de la Ley de Arbitraje permite a las partes recurrir a la institución de la recusación de los árbitros que emitieron el laudo anulado; la anulación bajo el criterio de motivación, de por sí es muy discutible, la nueva causal de recusación “por laudo anulado” generaría innumerables recusaciones frívolas en perjuicio de los árbitros y ante la no aceptación de la sustitución o la defensa (ante causales falsas) ejercida por el árbitro ante la recusación, el efecto inmediato que se compondrá será en la extensión prolongada del plazo de la emisión del “segundo laudo”, con la posibilidad que el tribunal arbitral mantenga o corrija el estándar de su motivación en el laudo.

Esta nueva causal de la recusación “por laudo anulado”, inmediatamente incorpora **incentivos negativos** para que árbitros expertos y probos prefieran mantener prudencia y prevenir no exponer su prestigio arbitral y rechazar designaciones de parte o de presidir tribunales en controversias vinculadas a la contratación pública.

Finalmente, dejamos dos disyuntivas que merecen un análisis minucioso:

- a) Lo elegí árbitro, ahora que anulé su laudo, toca recusarle.
- b) Incremento de votos singulares y disminución de laudos unánimes.

Las externalidades negativas se expresan en perjuicio de las personas naturales y jurídicas pasibles de la imposición de convenios arbitrales tácitos y flexibles, quienes deberán de asumir altos costos por la contratación de un servicio legal en defensa arbitral, solventar honorarios arbitrales y del centro de arbitraje, externalidad generada por la regulación de la ley arbitral peruana y las malas prácticas arbitrales. Estos efectos indirectos de la regulación del convenio arbitral peruano pueden causar una externalidad negativa en cualquier persona natural o jurídica.

En materia arbitral ubicamos las siguientes externalidades negativas del convenio arbitral flexible y encaminado a un litigio fraudulento:

- **Imposición de la justicia arbitral.** El inicio de arbitrajes fraudulentos con presencia plena de la inexistencia del pacto y la aplicación forzosa del *kompetenz-kompetenz* del convenio arbitral tácito o flexible implica una externalidad negativa a cualquier contratante como persona natural o jurídica de derecho privado o público, la externalidad de la justicia arbitral implicará una imposición sin fuente contractual arbitral y que generará inseguridad jurídica en la práctica arbitral.
- **Imposición de árbitros.** En los arbitrajes fraudulentos al estilo de la Mafia Orellana, los árbitros fueron designados por el demandante o el centro de arbitraje, vulnerándose el derecho de designación del árbitro que ejercen las partes; esta externalidad negativa se extiende en centros de arbitrajes informales y árbitros únicos “*ad hoc*” que conforman un mercado arbitral sin escrúpulos y operan bajo el criterio de flexibilización y convenios tácitos a fin de imponer el ejercicio de funciones arbitrales.
- **Necesidad de solventar el pago de honorarios arbitrales y de abogados.** Si bien la negativa de la justicia arbitral bajo la objeción y excepciones (inexistencia de convenio arbitral y de competencia) representan una diligencia obligatoria de la parte perjudicada, no implica dejar de ejercer un derecho de defensa a lo largo del arbitraje fraudulento,³⁸¹ esta defensa será muy onerosa por la contratación de abogados y esta onerosidad se mantendrá al ingresar el recurso de anulación de laudo en sede judicial. El perjudicado deberá de invertir tiempo y dinero a fin de recuperar los derechos patrimoniales vulnerados por alguna medida cautelar o laudo. Los honorarios del servicio legal especializado en materia arbitral son muy onerosos y a fin de proteger

³⁸¹ Bajo la estrategia de negar en todo momento la convalidación del pacto arbitral y mantener una pauta sólida para afinar la defensa ante el proceso de anulación de laudo, a fin de que el Poder Judicial ratifique la nulidad del laudo por carecer de preexistencia el acuerdo arbitral.

diversos derechos patrimoniales, las partes perjudicadas deberán asumir estos pagos por una necesidad apremiante.

Desde la óptica de análisis económico del Derecho, la flexibilidad del convenio arbitral está generando incentivos económicos para que ilegítimos árbitros y algunos centros de arbitraje (sin prestigio y reconocimiento) fueren el inicio de diversos procesos arbitrales, en claro perjuicio de los intereses y derechos de diferentes personas naturales y jurídicas. El hecho de ser notificado con la citación de una audiencia de instalación de arbitraje o con la resolución que establece una medida cautelar (embargo en forma de inscripción o de cuentas bancarias), va implicar que el sujeto dañado invierta altos recursos económicos,³⁸² en contratar abogados expertos para realizar una defensa de oposición, desde el inicio del arbitraje fraudulento y pese a contar con una defensa idónea, se podría alcanzar un laudo desfavorable, con vicios procesales y clara vulneración a los principios del arbitraje, y como resultado se obtendrá un laudo que ratifique un arbitraje fraudulento.

El contratante o litigante perjudicado deberá de efectuar otra importante inversión y jugarse su última carta procesal mediante la interposición del recurso de anulación de laudo planteado ante las salas comerciales o civiles, a fin de persuadir en sede judicial, y con sacrificio (tiempo y dinero) alcanzar un fallo favorable, declarando la anulación por inexistencia de convenio arbitral.

¿Cuánto tiempo se prolongó la litis arbitral? Desde la petición de arbitraje hasta que el fallo (cosa juzgada) determine la anulación del laudo, estimamos un largo camino de 2 a 3 años, sin tener en cuenta que según corresponda se podría interponer un recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de la República.

³⁸² El honorario de un abogado experto en arbitraje comercial nacional o en contrataciones estatales se encuentra entre 300 a 1000 dólares la hora, lo cual incrementa de forma enorme el presupuesto para una persona natural que tenga la firmeza de defender su propiedad o dinero frente a los arbitrajes fraudulentos.

La especializada práctica arbitral ha generado que los honorarios de abogados siempre resulten ser muy onerosos, el pago de aranceles judiciales y, a su vez, la puesta en inercia del derecho de propiedad (compraventa frustrada) o la iliquidez (dinero embargado en cuentas bancarias) es el efecto real del elevado costo de transacción de mantener vigente un convenio arbitral flexible o tácito, el mismo que implica el costo de tiempo u oportunidad para los litigantes y los magistrados de las sala superiores, que deben invertir recursos y horas-hombre para resolver procesos de anulación de laudo por la inexistencia de pacto arbitral.

De igual forma, en materia empresarial, cuanto más gastemos en controversias surgidas por una legislación arbitral demasiado flexible, menos podremos gastar en aumentar nuestra producción o la productibilidad del Poder Judicial en resolver los procesos de anulación de laudo, ante la presencia de arbitrajes fraudulentos por la falta de preexistencia del convenio arbitral.

Cabe precisar que cuando cierta persona natural o jurídica se ve inmersa en dicha controversia esta se ve forzada a defenderse e invertir en dicha defensa; caso contrario, la parte contraria lo llevaría a un arbitraje que la primera nunca consintió. Es, por lo tanto, una decisión racional la de optar por defenderse y dejar de invertir en otras actividades.

Finalmente, podemos determinar que una externalidad positiva de la modificación del convenio arbitral –flexible y tácito– conforme a nuestra propuesta, implicaría que las salas comerciales y salas civiles se descongestionen de una enorme carga procesal respecto a procesos de anulación de laudo derivados de la inexistencia del convenio arbitral y de la falsa competencia de algunos centros de arbitraje, de esta forma optimizando los recursos del Poder Judicial y resolviendo en vía arbitral en forma sumaria las excepciones de inexistencia de convenio arbitral por los árbitros o los consejos superiores de arbitraje de las cámaras de comercio a lo largo del territorio peruano.

2.2. Presentación de propuesta de solución al problema

Bajo el criterio de la buena fe y flexibilidad de los efectos del convenio arbitral, cualquier árbitro, abogado o contratante diligente deberá siempre optar por aceptar la formalidad por escrito o sus diversos supuestos de aceptaciones; sin embargo, donde se presenta la incertidumbre y se abre la puerta del infierno, se hará real la pesadilla con la presencia nociva del convenio arbitral tácito u **aceptar por formalidad “ciertas conductas del contenido en su forma”**,³⁸³ las similares que indefectiblemente requieren la confirmación y respuesta de la voluntad arbitral, sin embargo, conforme a los diversos casos narrados en los precedentes judiciales, de forma fraudulenta se iniciaron procesos arbitrales bajo una inadecuada e ilegal aplicación del convenio arbitral tácito y flexible, supuestos que demuestran una evidente vulneración de los derechos patrimoniales y procesales de personas naturales hasta incluso jurídicas, con el ánimo de fortalecer el arbitraje y proteger a la sociedad es necesario complementar la protección del convenio arbitral en la regulación y lo pertinente del trámite célere del recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral.

Si bien preferimos la forma tradicional (por escrito) del convenio arbitral, la cual, en buena cuenta de una interpretación del artículo 13 de la ley arbitral peruana, no deja de lado la formalidad, es necesario prohibir eficacia jurídica a los convenios arbitrales tácitos, los cuales deberían ser protegidos con la excepción del convenio arbitral del artículo 16, la misma que regula estos supuestos: “3) La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”; “5) Las actuaciones

³⁸³ “Es esencial apreciar los alcances del artículo 13 de la ley arbitral peruana, en su inciso 3, regula: Se entenderá que el convenio arbitral es escrito **cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma**, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado **mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio**”.

arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral”.

Es importante que la ley arbitral peruana permita un mecanismo célere para que se resuelvan las excepciones de inexistencia de convenio arbitral (antes de la emisión del laudo u otorgamiento de una medida cautelar); en buena cuenta resulta muy beneficiosa la regla de rechazo de la demanda sin prueba de existencia de convenio arbitral, regulado en el cuarto párrafo del I numeral 20 de la Ley Arbitral de Colombia (Ley 1563 del 2012):

*Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. **El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral**, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el Centro de arbitraje.*

Es primordial la urgente modificatoria del artículo 13 de la ley arbitral, en el extremo que no se permitan los convenios tácitos y convenios electrónicos tácitos (salvo firma electrónica certificada) en las contrataciones privadas y que se exija la condición *ad solemnitatem* para que los efectos y obligaciones del convenio arbitral resulten exigibles a los contratantes y se genere para los árbitros un válido y lícito *kompetenz-kompetenz*.

En la tendencia de la formalidad, concordamos plenamente con la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, en su numeral 1650, el cual expresa que el contrato de arbitraje debe constar por escrito: “Artículo 1650.- El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo

independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje **siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato**".

Sostenemos que la modificatoria del artículo 13, inciso 3 de la ley arbitral, en el extremo que no se permitan los convenios tácitos o electrónicos, en las contrataciones privadas y que se exija la condición *ad solemnitatem* para que los efectos obligaciones del convenio arbitral resulten exigibles al contratante y las entidades estatales en la actual coyuntura de la práctica arbitral son indispensables, por ello, se requiere incorporar el principio de literalidad *ad solemnitatem*, lo que no implica transgredir la autonomía privada, por el contrario, involucra garantizar la seguridad jurídica en la contratación privada.

2.2.1. Propuesta legislativa

La primera propuesta legislativa se encuentra establecida respecto a complementar la regulación del convenio arbitral y agregar en el inciso 3 del artículo 13, la literalidad del convenio y no permitir la aplicación del convenio arbitral tácito.

PRIMERA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE ARBITRAJE

Exposición de motivos

- a) Considerando que el principio denominado *kompetenz-kompetenz* mantiene asidero exclusivamente de la preexistencia del convenio arbitral; es necesario que la competencia de los árbitros se encuentre protegida en un convenio arbitral expreso en sus diversas modalidades y no permitir la interpretación de los efectos del convenio arbitral tácito,

como la actual ley lo regula: “la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

- b) Conforme a lo desarrollado en la presente tesis, se reseñó que se iniciaron diversos procesos arbitrales (*ad hoc* e institucional) bajo una inadecuada e ilegal aplicación del convenio arbitral tácito y flexible, supuestos que demuestran una evidente vulneración de los derechos patrimoniales y procesales de personas naturales, e incluso jurídicas, de derecho privado y público.
- c) Si bien preferimos la forma tradicional (por escrito) del convenio arbitral, la cual en buena cuenta de una interpretación del artículo 13 de la ley arbitral peruana, no se deja de lado la formalidad, pero es necesario prohibir la eficacia jurídica a los convenios arbitrales tácitos, que con la propuesta se acota lo siguiente “no se podrá aplicar la preexistencia tácita del convenio arbitral”.
- d) La modificatoria complementaria del artículo 13 de la ley arbitral, en el extremo que no se permitan los convenios tácitos y convenios electrónicos tácitos (salvo firma electrónica certificada) y que se exija la forma escrita *ad solemnitatem*, fortalecerá la contratación de los privados respecto en generar mayor seguridad jurídica y en favor de los árbitros en mantener un *kompetenz-kompetenz* fortalecido y permitirá mejorar los altos estándares arbitrales en el Perú.

Convenio arbitral

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

[...]

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio literal, no se podrá aplicar la preexistencia tácita del convenio arbitral.

SEGUNDA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 16. INCISO 6 DE LA LEY DE ARBITRAJE

La segunda propuesta legislativa se encuentra determinada respecto al recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral, con la exigencia de ser resuelto de forma inmediata por los árbitros, ante la ratificación y/o validez del convenio arbitral otorgada por los árbitros (mantendrán vigente *kompetenz-kompetenz*) permitir a la parte interesada (no esperar la emisión de laudo) interponer el recurso de anulación de laudo a fin de que la instancia judicial ratifique o no la preexistencia del convenio arbitral.

Exposición de motivos

- a) La Ley de Arbitraje, en su artículo 41, de forma amplia regula el principio de *kompetenz-kompetenz*; en el inciso 4, la ley deja a criterio de los árbitros si resuelven las excepciones antes de la emisión del laudo o conjuntamente con el laudo. Sin embargo, consideramos que la excepción de inexistencia de convenio arbitral (del tribunal o centro de arbitraje) debería ser resuelta antes de la emisión de laudo, práctica arbitral que se encuentra regulada en el artículo 229 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que las excepciones deberán ser resueltas antes del cierre de la etapa postulatoria o de la fijación de los puntos controvertidos.
- b) Es necesario incorporar a la Ley de Arbitraje que los cuestionamientos a la inexistencia de convenio arbitral u análogos (*ad hoc* o institucionales) mediante el recurso de excepción puedan ser resueltos en audiencia especial y como requisito previo a la interposición de la demanda y posteriores actos procesales. Dejando siempre la posibilidad, de una verificación preliminar y acuciosa por parte de los árbitros y los centros de arbitraje, a fin de identificar falta de preexistencia de convenio arbitral o no, y no se pueda aplicar un falso

kompetenz-kompetenz por inexistencia del convenio arbitral y evitar el inicio de diversos procesos arbitrales fraudulentos.

- c) La propuesta de modificación se encuentra acompañada de un cerrojo, que implica que el tribunal arbitral o el árbitro no pueda dictar ninguna decisión que incida sobre los derechos de ninguna de las partes (sea cautelar o de cualquier otro tipo) mientras no se pronuncie expresamente sobre la existencia de un convenio arbitral que lo autorice para ello. De este modo no se afecta el principio *kompetenz-kompetenz*, pero se asegura que los árbitros no afecten a los sujetos de derecho hasta que no hayan evaluado y dictado una decisión por escrito y motivada sobre un convenio arbitral que los autorice para arbitrar (*kompetenz-kompetenz*).
- d) La modificatoria planteada brindará una regla legal de prevención ante el inicio de arbitrajes fraudulentos que en la actualidad se inician por árbitros y centros de arbitraje que, pese a oposiciones, objeciones y cuestionamientos desde el inicio del arbitraje, bajo una incorrecta y abusiva aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, deciden iniciar un arbitraje en contrataciones estatales y privadas.
- e) De considerar el tribunal arbitral la ratificación o validez del convenio arbitral tácito, con lo cual mantiene su *kompetenz-kompetenz*, es indispensable no esperar la emisión de laudo y bajo los principios de celeridad y costo-beneficio generar un proceso de anulación sumarísimo a fin de permitir a la parte interesada interponer su recurso de anulación de laudo, con lo cual las salas comerciales y/o civiles determinarán la preexistencia o no del convenio arbitral objetado en excepción y con reclamo previo.

Excepción de convenio arbitral

Artículo, 16, inciso 6

Ante la interposición del primer recurso de objeción o presentación de la excepción de inexistencia de convenio arbitral, el tribunal arbitral u árbitro único deberá convocar, en el plazo de 10 días útiles, una audiencia especial a fin de resolver la objeción o excepción contra el convenio arbitral, y de establecer el tribunal arbitral u árbitro único la ratificación o validez del convenio arbitral, la parte interesada deberá, en el plazo de 10 días útiles, interponer el recurso de anulación, conforme a la regla establecida en el artículo 63 inciso a) y del artículo 64 de la Ley de Arbitraje.

Durante la etapa de la objeción o presentación de la excepción se suspenden las facultades de los árbitros, del otorgamiento de medidas cautelares y únicamente será de aplicación lo establecido inciso 4) del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.

CAPÍTULO 3. CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Se constituiría un mecanismo preventivo ante una incorrecta interpretación del artículo 11 “renuncia al derecho de objetar” y aceptar el convenio arbitral tácito, conforme lo establece el artículo 13, inciso 3 “o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” de la LA; ante estos candados, se podrá evitar que se genere un falso e ilícito *kompetenz-kompetenz* por nocivos árbitros ante la ausencia absoluta del convenio arbitral. De esta forma se podrá lograr la institucionalidad del arbitraje.

Asimismo, los centros de arbitraje de las cámaras de comercio y otros de prestigio –buenas prácticas arbitrales– mantendrían una regla de rechazo a las peticiones y con ello se proscibiría la aplicación del principio flexibilidad frente a los convenios arbitrales tácitos o inexistentes; en consecuencia, los tribunales arbitrales y centros de arbitraje deberán rechazar preliminarmente las peticiones de arbitraje que no se encuentren respaldadas por la preexistencia de un convenio arbitral, literal y expreso.

Finalmente, la declinatoria de la competencia por inexistencia de convenio arbitral representará un acto procesal a requerimiento de parte e, incluso, con impulso de oficio y bajo la aplicación del *iure novit* curia. El árbitro o el tribunal, prontamente de haber analizado la declinatoria, con o sin prueba en contrario que entre el demandante y el demandado no existe un convenio arbitral que sustente la obligatoriedad de la justicia arbitral,

pronunciamiento que deberá de ser emitido con resolución motivada, dictará el acto procesal de archivo definitivo del arbitraje con efecto de laudo.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

Se pueden evitar los costos producidos por un inicio forzoso de arbitraje mediante una modificatoria propuesta en la Ley de Arbitraje (formalidad del pacto arbitral expresa y no tácita), previniendo asumir altos gastos innecesarios y contribuyendo a la institucionalidad del arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, fiable y célere; resulta sumamente beneficioso tanto para las partes como los centros de arbitraje y árbitros la solución del problema planteado en la presente tesis.

Finalmente, permitirá elevar los estándares arbitrales *ad hoc* e institucionales, con la supresión de los convenios arbitrales tácitos y la inmediata audiencia especial “excepción de inexistencia de convenio arbitral” se logrará buenas prácticas arbitrales y se mantendrá vigente el principio de autonomía privada y buena fe contractual.

CONCLUSIONES

- 1) La renuncia del derecho a objetar ante en el supuesto de la inexistencia plena del convenio arbitral está generando una incorrecta interpretación efectuada por árbitros y centros de arbitraje del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, y que implica el ejercicio y aplicación de un falso e ilícito *kompetenz-kompetenz* ante la ausencia absoluta del convenio arbitral.
- 2) La incorrecta aplicación de la regulación *ad probationem* y otras formas (medios electrónicos) del convenio arbitral, según el modelo UNCITRAL, está generando incentivos perversos para que negativos agentes del sistema económico, arbitral y judicial puedan componer el inicio de procesos arbitrales fraudulentos bajo los denominados convenios arbitrales patológicos.
- 3) Como diagnóstico de las vulneraciones de las principales instituciones del Derecho Arbitral por la mala praxis de algunos litigantes, abogados, árbitros y centros de arbitraje, señalamos las siguientes: el principio de fuerza obligatoria, la buena fe contractual, la facultad de la designación de árbitro de parte y el derecho de elección del centro de arbitraje.
- 4) La Ley de Arbitraje, mediante la flexibilización, y bajo una peligrosa interpretación de un convenio arbitral tácito, podrían otorgarle un carácter de *ad probatiomen* al inicio de un arbitraje fraudulento, donde no habría existido manifestación o ratificación de voluntad. Conforme a nuestra posición, rechazamos la ley peruana en el extremo de permitir

la flexibilización y posibilidades de arbitrar sin mantener estándares de formalidad, que permita el nacimiento de la justicia arbitral.

- 5) Los diferentes centros de arbitraje de las cámaras de comercio y otros de prestigio –con buenas prácticas arbitrales– deberán incorporar a sus reglamentos arbitrales una regla de rechazo a las peticiones y con ello se proscriba la aplicación del principio flexibilidad frente a los convenios arbitrales tácitos o inexistentes; en consecuencia, los tribunales arbitrales y centros de arbitraje deberán rechazar preliminarmente las peticiones de arbitraje que no se encuentren respaldadas por la preexistencia de un convenio arbitral, literal y expreso.

- 6) La declinatoria de la competencia por inexistencia de convenio arbitral representará un acto procesal a requerimiento de parte e, incluso, de oficio y bajo la aplicación del *iura novit curia*. El árbitro o el tribunal, prontamente de haber analizado, con o sin prueba en contrario, que entre el demandante y el demandado no existe un convenio arbitral que sustente la obligatoriedad de la justicia arbitral deberá emitir, con resolución motivada, el acto procesal de archivo definitivo del arbitraje con efecto de laudo.

RECOMENDACIONES

- 1) En concordancia a lo sustentado en el capítulo II, es necesario complementar la regulación del convenio arbitral del inciso 3, artículo 13 de la Ley de Arbitraje y agregar la literalidad del convenio y no permitir la aplicación del convenio arbitral tácito.
- 2) En la línea de lo expuesto en el capítulo II, es necesario complementar la regulación del convenio arbitral del inciso 6, artículo 16 de la Ley de Arbitraje respecto al recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral con la exigencia de ser resuelto de forma inmediata por los árbitros ante la ratificación y/o validez del convenio arbitral otorgada por los árbitros (mantendrán vigente el *kompetenz-kompetenz*), permitir a la parte interesada (no esperar la emisión de laudo) interponer el recurso de anulación de laudo a fin de que la instancia judicial ratifique o no la preexistencia del convenio arbitral.
- 3) Resulta necesario, a fin de mantener altos estándares en las buenas prácticas arbitrales, exigir a los centros de arbitraje que modifiquen sus reglamentos a fin de establecer en audiencia única y trámite célere la emisión de un fallo respecto a la excepción de inexistencia de convenio arbitral.
- 4) La sistematización y publicación de los fallos de salas comerciales y civiles de las diferentes cortes superiores de justicia que tengan incidencia en las anulaciones de laudo por inexistencia de convenio arbitral y afines.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

ALCHIAN, Armen y WOODWARD, Susan. "The Firm is Dead; Long Live the Firm: A Review of Oliver E. Williamson's *The Economic Institutions of Capitalism*". En *Journal of Economic Literature*, n. 26.

ALONSO, José María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En *Revista Peruana de Arbitraje*, n. 2 (2006).

ALPA, Guido. *Derecho del consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. 4. Buenos Aires: Ediar, 1956.

ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*, vol. 14. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2011.

ÁLVAREZ ILIANES, Juan y MORANTE GUERRERO, Luis. *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2013.

ÁLVAREZ, Alejandro. *El arbitraje ad hoc en las contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Río de Janeiro: Renovar, 2008.

ANCEL, Jean-Pierre. *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Travaux du Comité français de DIP 1991-1992*. París: Pedone, 1994.

ARAMBURÚ YZAGA, Manuel. "Art. 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo". En SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, coords. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

ARÉVALO REYES, Héctor. *Arbitraje. Arbitramento en derecho, en equidad, técnica, legal, institucional e independiente o ad-hoc*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012.

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

ARIAS, María. “El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez forma”. En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Arbitraje: el convenio arbitral*, vol. 62. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. 1. Lima: Librería Studium, 1986.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. 1. Lima: Gaceta Jurídica, 1998.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana. “Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, n. 10 (2010).

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”. En *Revista Peruana de Arbitraje* n. 4 (2007).

AYTON, Peter y HELLERINGER, Geneviève. “Bias, Vested Interests and Self Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality”. En COLE, Tony, ed. *The Roles of Psychology in International Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017.

AZAR MANZUR, Cecilia; GÓMEZ RUANO, Sofia y ORTEGA LÓPEZ, Elsa. *Ley mexicana de arbitraje en materia comercial. Análisis y comentarios*. México D. F.: Themis, 2009.

BALLESTEROS GARRIDO, José. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1999.

BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071”. En *Ius et Praxis*, n. 44 (2013).

BARONA VILAR, Silva. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

BENÍTEZ CAORSI, Juan. *La revisión del contrato*. Bogotá: Temis, 2010.

BENNETT, Steven. *Arbitration: Essential concepts*. Nueva York: ALM Publishing, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000.

BLOGPUCP. *Conflictos al día. Algunas cifras del Centro de Arbitraje PUCP demuestran nuestro crecimiento*. Lima: 2013. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conflictosaldia/2013/07/01/algunas-cifras-del-centro-de-arbitraje-pucp-demuestran-nuestro-crecimiento/>

BORDA, Alejandro. *Derecho Civil y Comercial. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2018.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BRAVO, Raúl. *La lex mercatoria en el Derecho Internacional Privado peruano*, vol. 66. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019.

BRICEÑO, Gabriela. "Externalidades". En *EUSTON 96*. Recuperado de <https://www.euston96.com/externalidades/>

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Análisis económico del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Art. 10.- Representación de la persona jurídica". En SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, coords. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Art. 14.- Extensión del convenio arbitral". En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *¿Es un arbitraje un juicio?, Materiales de lectura*. Programa de Arbitraje ESAN – OSCE.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación". En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Y quiénes están invitados a la fiesta?". En *Latin Arbitration Law*, (2010). Recuperado de <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

CAIVANO, Roque. "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". En *Arbitration* 1 (2006).

CAIVANO, Roque. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". En *Derecho y Ciencias Sociales*, n. 13 (octubre 2015).

CAMPOS MEDINA, Alexander. “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, n. 3 (2006).

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis. “La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. En *Forseti: Revista de Derecho* (2014).

CAPOBIANCO, Ernesto. *Lecciones sobre el contrato*, trad. César Moreno Moré. Lima: Zela, 2017.

CARAZO LIÉBANA, María. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En AA. VV. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario / Legis, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei 9.307/96*. Sao Paulo: Atlas, 2009.

CASTILLA BAREA, Margarita. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Actas del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje 2013*, vol. 29. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje comercial internacional en Europa*, vol. 22. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2013.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*, vol. 11. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2010.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y Constitución*, vol. 21. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

CASTILLO FREYRE, Mario. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*, vol. 17. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Diccionario terminológico de arbitraje*, vol. 18. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, vol. 23. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CASTILLO FREYRE, Mario. “El arbitraje y los procesos de la jurisdicción ordinaria”. En *Arbitraje. Entre el Derecho civil y el Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La anulación del laudo*, vol. 14. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La anulación del laudo arbitral*, vol. 15. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La anulación del laudo*, vol. 16. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Lecciones de contratos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2008.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Panorama actual del arbitraje*, vol. 13. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2010.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*, vol. 12. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2010.

CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2009.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. "Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral". En *Advocatus*, n. 30 (2014).

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

CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Arbitraje: El juicio privado: la verdadera forma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre / Palestra Editores, vol. 1, 2006.

CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. "El dominio contractual en el arbitraje". En *Ius et Veritas*, n. 32 (2006).

CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *La política internacional sobre legislación arbitral: la Ley Modelo UNCITRAL/CNUMUDI*. Lima: Foro Jurídico, 2010.

CASTRO ZAPATA, Laura. *Concepto, contenido y formalidades del convenio arbitral*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

CASTRO ZAPATA, Laura. "El convenio arbitral vs. el acta de instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral)". En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*, vol. 6, segunda parte. Lima: Palestra, 2008.

CENTRO DE ARBITRAJE AMCHAM-PERÚ. *Reglas de Arbitraje*. Lima: 2009.

CERVANTES BRAVO, Irina. "Comentarios a la Ley de Arbitraje española". En *Vniversitas*, n. 115 (enero-junio de 2008).

CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana, 1988.

CHOCRON GIRLADEZ, Ana. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: JM Bosch Editores, 2000.

CLAY, Thomas; VAN COMPERNOLLE, Jacques; TARZIA, Giuseppe y DITTRICH, Lotario. *L'impartialité du juge et de l'arbitre: Étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 2006.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge, dir. *Diccionario terminológico de arbitraje nacional, internacional y de inversiones*, vol. 18. Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2011.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge. *El convenio arbitral*. Lima: Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*, tesis. Lima: PUCP, 2013.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. "Yo no firme nada: los no signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana". En *Themis*, n. 71 (2017).

CORNEJO, Jesús. "Los arbitrajes simulados a la luz del caso Orellana: ¿corrupción entre privados? Una breve reflexión". En *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-caso-orellana.pdf>

CORREA ARANGO, Gabriel. *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*. Bogotá: Themis, 2013.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009.

CUCARELLA GALIANDA, Luis. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. "Asimetría, separabilidad, sinalagma". En *Spain Arbitration Review*, n. 5 (2009). Recuperado de <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/073mdb.pdf>

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Madrid: Civitas/ Thomson Reuters, 2010.

DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*, 2ª ed., t. 1. Lima: Palestra, 2007.

DE LUCA, Newton. *Contratación informática y telemática*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Depalma - Temis, 2012.

DE TRAZEGNIES, Fernando. “El Código Civil de 1984: ¿vejez prematura o prematura declaración de vejez?”. En *Estudios de derecho contractual*. Lima: Ius Et Veritas, 2014.

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Arbitraje. Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Arbitraje. Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del Derecho Internacional Privado Contemporáneo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. 1, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 6ª ed. Madrid: Thomson Reuters, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Aranzadi, 2004.

DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño. Teoría general de las obligaciones*, 34ª ed., trad. propia. Sao Paulo: Saravia, 2019.

DO VALE DE ALMEIDA, Luiz Fernando, coord. *Aspectos práticos da arbitragem*. Sao Paulo: QuartierLatin, 2006.

EL COMERCIO. *Arbitraje: una modalidad que requiere mayor y mejor control*, 13 de junio de 2017. Recuperado de <https://comprasestatales.org/arbitraje-una-modalidad-que-requiere-mayor-y-mejor-control/>

ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Contratos (fundamentos económicos, morales y legales)*, 1era ed., Lima: Palestra Editores, 2020.

ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario peruano*. Trujillo: Normas Legales, 1999.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara, 2003.

ESTÉVEZ SANZ, Marlen y MUÑOZ ROJO, Roberto. *Validez y eficacia del convenio arbitral*. Recuperado de http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf

FALLA JARA, Alejandro. “Comentarios sobre la libertad para determinar costos”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

FARNSWORTH, Allan. "Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones". En *Themis*, n. 49 (2004).

FERNÁNDEZ ARCE, César. "El arbitraje en materia de sucesiones hereditarias". En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra, 2009.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano". En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara, 2003.

FERNÁNDEZ ROZAS, José. "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino". En PICAND ALBÓNICO, Eduardo, coord. *Estudios de arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2006.

FERNÁNDEZ ROZAS, José. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, vols. I, II y III. Madrid: Iustel, 2008.

FERREIRA LEMES, Selma. "Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado". En *Revista dos Tribunais*, vol. 686 (diciembre 1992).

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FLORES RUEDA, Cecilia. "Renuncia al derecho a objetar: el caso Infored". En *Abogado Corporativo* (noviembre-diciembre 2008). Recuperado de https://floresrueda.com/wp-content/uploads/2018/06/floresrueda_renuncia_al_derecho_de_objetar.pdf

FORMENTIN ZAYAS, Yanixet. "La garantía jurídica de la firma electrónica. Una solución informática a los problemas derivados de la gestión de información". En PÉREZ GALLARDO, Leonardo, coord. *Contratación electrónica y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2017.

FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*, t. 3. Buenos Aires: Depalma, 1987.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GAGLIANO, Pablo y PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*, trad. propia. Sao Paulo: Saravia, 2020.

GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas. "Negative Effect Of Competence-Competence: The Rule Of Priority In Favour Of The Arbitrators". En GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, Domenico, eds. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Londres: Cameron May, 2008.

GALLUCIO, Giuseppe y MORI, Pablo. *Arbitraje comercial: la extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades*. Lima: Ediciones Legales, 2012.

GAMBIA SERRANO, Rafael. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

GARCÍA ASENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Arequipa: Adrus, 2012.

GARCÍA ASENCIOS, Frank. *Derecho Arbitral*. Lima, Adrus, 2013.

GARCÍA LONG, Sergio. "Contratos en cuarentena: coronavirus y cambio de circunstancias". En *Ius 360* (17 de marzo del 2020). Disponible en <https://ius360.com/actualidad/contratos-en-cuarentena-coronavirus-y-cambio-de-circunstancias-sergio-garcia-long/>

GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant Monografías, 1999.

GARCÍA RUBIO, M^a Pilar. "El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988". En *RCEA*, vol. V (1988-89).

GARIBOTTO, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de la aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 1998.

GHESTIN, Jacques. "La fuerza obligatoria del contrato". En *Ius Et Veritas*, n. 50 (julio 2015).

GISBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2015.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Río de Janeiro: Forense, 2002.

GONZÁLES RUIZ, Manuel. "Seguridad jurídica y arbitraje". En *La Prensa*, 30 de marzo del 2017. Recuperado de https://www.prensa.com/opinion/Seguridad-juridica-arbitraje_0_4722277877.html

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. "Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español". En *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 2 (1975).

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*, 3^a ed. México D. F.: Porrúa, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. "El principio *compétence-compétence* revisitado". En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad iberoamericana*, n. 36 (2006).

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*, t. 1. Lima: Ediciones Magna, 2008.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora*. Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley - Grupo Wolters Kluwer, 2008.

GUERRA CERRÓN, María. “Los árbitros sí pueden resolver sobre materias relativas a grupos de sociedades y develamiento del velo societario”. En *Actualidad Jurídica*, t. 224 (2012)

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. Sao Paulo: Atlas, 2009.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, dir. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

IS BUSINESS SCHOOL. *Diccionario de Economía. Compilación del profesor Rafael Pampillón del IE Business School*. Madrid: Editado por el Departamento de Publicaciones del IE, 2007.

ÍSCAR DE HOYOS, Javier. *Arbitraje, garantía de seguridad jurídica para las inversiones*. Madrid: Íscar Arbitraje, 2017. Recuperado de <http://www.iscarabogados.com/arbitraje-garantia-de-seguridad-juridica-para-las-inversiones/>

ISFER, Edson y ROTH ISFER, Mayara. “Principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Arbitral: breves reflexiones”. En VIDAL RAMOS, Roger, coord. *El arbitraje en Brasil*, vol. 42. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

JIMÉNEZ, Raúl. “El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español”. En SOTO COAGUILA, Carlos, dir., *Tratado de Derecho Arbitral*, t. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibañez - Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

JONES, Gareth. "Organization-Client Transactions and Organizational Governance Structures". En *Academy of Management Journal*, n. 30 (1987).

JUDICE, José Miguel. "Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da reforma da lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015)". En CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago y FREIRE, Alexandre, coords. *Arbitragem - Estudos sobre a Lei n.13129, de 26-5-2015*. Sao Paulo: Saravia, 2016.

KRAUSE, Martín. *Análisis económico del Derecho: aplicación a fallos judiciales*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. "Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento". En *Themis* n. 39, (1999).

LATORRE BOZA, Derik. "El arbitraje en la contratación pública". En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Primera parte, vol. 5. Lima: Palestra, 2008.

LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial PUPC, 2019.

LEÓN HILARIO, Leysser. "La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad contractual". En *Themis*, n. 49 (2004).

LLAIN ARENILLA, Shirley. "El rol del principio de *competence-competence* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional". En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 24 (enero-junio 2014).

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para Leer el Código Civil, vol. 5. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1987.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para Leer el Código Civil, 3ª ed., vol. 5. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1993.

LORCA NAVARRETE, Antonio. "Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje". En *Advocatus*, n. 7 (2002).

LORCA NAVARRETE, Antonio. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.

LORCA NAVARRETE, Antonio y MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.

MACKINNON, Ari; ZAPIOLA, Ignacio y BRAVO, Santiago. "Redacción de cláusulas arbitrales internacionales". En *Themis*, n. 70 (2017).

MAIZAL, Héctor. *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

MALLANDRICH MIRET, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010.

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

MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Ley de arbitraje: estudio sistematizado de sus preceptos incorporando las reformas de la Ley 13-2009 de 3 de noviembre, y de la Ley 11-2011 de 20 de mayo. Jurisprudencia y doctrina, concordancias preceptivas y normativas actualizadas*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2013.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. "El árbitro en el Derecho peruano". En *Rev. Colom. Derecho Int.* n. 6 (julio-diciembre de 2005).

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. "El convenio arbitral". En *Revista de Derecho Procesal*, n. 8 (2005).

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. "Introducción al convenio arbitral". En *Actualidad Jurídica*, t. 142 (2005).

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. "Reflexiones sobre el convenio arbitral en el Derecho peruano". En *Vniversitas*, n. 108, vol. 53 (2004). Recuperado de https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/06/007_Reflexiones-sobre-el-convenio-arbitral-en-el-derecho-peruano-Carlos-Alberto-Matheus-L%C3%B3pez.pdf

MAYER, Pierre. "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire". En *Rev. arb.* (1998).

MAYER, Pierre. "The Limits of Severability of the Arbitration Clause". En VAN DEN BERG, Albert, ed. *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. New York, 1999.

MENDOZA RIOFRÍO, Marcela. "Arbitraje: una modalidad que requiere mayor y mejor control". En *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/negocios/necesitan-mayores-controles-arbitraje-noticia-465472>

MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.

MERINO MERCHÁN, José. *Estatuto y responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2004.

MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José. *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., t. 1. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, t. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. 2, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1998*. Separata del curso Derecho de Consumo y Derecho de Contratos. Santander: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 2003.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, t. 1. Bogotá: Temis y De Belaunde & Monroy, 1996.

MONTIEL FUENTES, Carlos. “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”. En *E-Mercatoria*, n. 1, vol. 8 (2009).

MORENO RODRÍGUEZ, José. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: Thomson Reuters - La Ley, 2013.

MORENO RODRÍGUEZ, José. *La interpretación y el Código Civil*. En AA. VV., *Contratos*, 3ª ed. Asunción: Intercontinental Editora, 2015.

MORI BREGANTE, Pablo. “Buenas y malas. El Tribunal Constitucional y el desarrollo actual de artículo 14 de la ley peruana de arbitraje (extensión del convenio arbitral a no signatarios)”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, ed. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004.

NAVAS RONDÓN, Carlos. *El arbitraje en las contrataciones estatales*. Lima: Ediciones Legales, 2015.

NEME VILLAREAL, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2018.

O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. “‘El cielo de los conceptos jurídicos’ versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. En *Themis*, n. 51 (2005).

O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y NAVA ZEGARRA, Mariem. “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”. En *Advocatus*, n. 32 (2016).

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La ejecución de laudos arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario”. En CASTILLO

FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. “¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI”. En *Athina*, n. 3, a. 2 (2007).

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*. Cizur Menor: Arazandi, 2005.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia y GALESKI JUNIOR, Irineu. *A análise econômica como método de interpretação do direito empresarial*. Río de Janeiro: Elsevier, 2009.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia y KLEIN, Vinicius, coords. *Análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2002.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1988.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, George y ESMEIN, Paul. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, t. VI. Primera y Segunda Parte. Traducción española del Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945.

POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POUDRET, Jean-Francois y BESSON, Sebastien. *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

PRICE WATERHOUSECOOPERS. *International Arbitration: corporate attitudes and practices*, 2008. Recuperado de http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*, vol. 46. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad de Externado, 2016.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDE, Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed. Navarra: Thomson- Arazandi, 2006.

REVOREDO DE DE BAKEY Delia. *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985.

REZZONICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RICCI, Edoardo Flavio. “Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei.º 9.307/96”. En RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIGUEIRA RENNÓ LIMA, Leandro. “O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal”. En DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando, coord. *Aspectos práticos da arbitragem*. Sao Paulo: QuartierLatin, 2006.

RIPOLL, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2013.

RIVAS CASO, Gino. “El convenio arbitral bajo la luz del control judicial”. En *Ethos Asociación Jurídica*, n. 4 (2019).

RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

RODRÍGUEZ BRAVO, Sebastián y GONZÁLEZ MARIÑO, José. *Análisis económico del arbitraje comercial internacional. Su aplicación en el Derecho Mercantil colombiano*, trabajo de grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

ROMERO SEGUEL, Alejandro y IGNACIO DÍAZ, José. *El arbitraje interno y comercial internacional: parte general*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2016.

RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

RUBIO GUERRERO, Roger. “Los desafíos del arbitraje en el Perú” (entrevista). En *Ius et Praxis*, n. 44 (2013).

SABROSO MINAYA, Rita. “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, n. 161 (febrero 2012).

SALGADO, Elvira. “Teoría de costos de transacción: una breve reseña”. En *Cuadernos de Administración*, vol. 16, n. 26 (julio-diciembre, 2003).

SAN MARTÍN, Lilian. “27F, 18O y COVID-19: derecho de desastres y caso fortuito”. En *El Mercurio Legal* (18 de marzo del 2020). Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/03/18/27f-18o-y-covid19-derecho-de-desastres-y-caso-fortuito.aspx>

SILVA ROMERO, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio *competence-competence*”. En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. "Una obligación de hacer: someter el litigio al arbitraje". En AA. VV. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario / Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo, dir., y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, coord. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco. "Los efectos de un laudo arbitral contra un no suscribiente del convenio arbitral y no participante del proceso. Comentarios a la sentencia emitida por el pleno del Tribunal Constitucional 'Giovanni Paredes y el Camal de Yerbateros'". En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental*, vol. 60 Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018

SIMON HOCCMAN, Heriberto. *Negocios en internet*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

SOTO COAGUILA, Carlos. "Art. 13.- Contenido y forma del convenio arbitral". En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

SOTO COAGUILA, Carlos. *Tratado de Derecho Arbitral*, vols. 1 y 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Grupo Editorial Ibañez, 2011.

STRENGER, Irineu. *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SUÁREZ ANZORENA, Irineu. "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional". En *Revista Internacional de Arbitraje*, n. 2 (enero-junio 2005).

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2016.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil das obrigacoes e responsabilidade civil*, 14ª ed., trad. propia. Río de Janeiro: Forense, 2019.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. "Libres propos sur la transformation du droit des contrats". En *RTDVciv*, n. 2 (1997).

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998.

VALLE FIGUEIREDO, Lucia. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. Sao Paulo: Malheiros, 2003.

VASCONCELOS ROQUE, Andre. "El arbitraje con entes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil". En CASTILLO

FREYRE, Mario, ed. *Arbitraje en Brasil*, vol. 42. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

VÁSQUEZ PALMA, María. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.

VERDERA SERVER, Rafael. *El convenio arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "El convenio arbitral". En *Derecho PUCP*, n. 56 (2003).

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

VIDAL RAMOS, Roger. "Alcances de la ejecución del laudo en sede arbitral y judicial". En *Actualidad Civil*, n. 39 (septiembre 2017).

VIDAL RAMOS, Roger. "Alcances generales del convenio arbitral". En CASTILLO FREYRE, Mario, ed. *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

VIDAL RAMOS, Roger. *Cinco consejos para seleccionar a tu árbitro y no arrepentirte en el camino*. 5 de febrero de 2019. Recuperado de <https://lpderecho.pe/cinco-consejos-seleccionar-arbitro-no-arrepentirte-roger-vidal-ramos/>

VIDAL RAMOS, Roger. "El arbitraje ambiental en el Perú". En *Actualidad Jurídica*, vol. 218 (2012).

VIDAL RAMOS, Roger. "El arbitraje ambiental y sus implicancias". En *Advocatus*, n. 28 (2014).

VIDAL RAMOS, Roger. "El arbitraje en la Ley de Expropiaciones". En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, t. 1 (julio 2013).

VIDAL RAMOS, Roger. "El derecho de recusación de árbitros en la ley de contrataciones estatales". En *Advocatus*, n. 32 (2016).

VIDAL RAMOS, Roger. "El mercader de Venecia y las obligaciones con cláusula penal". En *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Instituto Peruano de Derecho Civil. Lima: Universidad Privada de Tacna, 2013.

VIDAL RAMOS, Roger. "La defensa del arbitraje frente a la anulación de laudo que cuestiona la designación del árbitro y las actuaciones arbitrales". En *Diálogo con la Jurisprudencia*, n. 174 (2013).

VIDAL RAMOS, Roger. "La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización". En *Actualidad Civil*, n. 54 (2018).

VIDAL RAMOS, Roger. “La noción del pago (artículo 1220) en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil”. En *Actualidad Civil*, n. 64 (octubre 2019).

VIDAL RAMOS, Roger. “La recusación en el arbitraje en contrataciones estatales”. En *Advocatus*, n. 32 (2016).

VIDAL RAMOS, Roger y JARA CANO, Jhon. “¿Es posible cuestionar el laudo arbitral mediante un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada en el artículo 178 del CPC?”. En *Revista Jurídica del Perú*, n. 136 (junio 2012).

VILLANUEVA NÚÑEZ, Ludovina. *Limitaciones en las facultades de los árbitros*, vol. 57. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

VIRGÓS SORIANO, Miguel. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 14 (2006).

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Granada: Comares, 2007.

WILLIAMSON, Oliver. “The economics of Organizations. The Transaction Cost Approach”. En *American Journal of Sociology*, vol. 87, n. 3, (1981).

WONG ABAD, Julio Martín. “Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros”. En *Jus Jurisprudencia*, n. 9 (2008).

ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA, Irene. *La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú*, vol. 34. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre / Thomson Reuters, 2015.