

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**«LOS ÁRBITROS EN LA LEY DE ARBITRAJE.
BASES PARA UNA REFORMA DEL TÍTULO III DEL
DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071»**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO QUE PRESENTA EL
BACHILLER:**

JHOEL WILLIAMS CHIPANA CATALÁN

ASESOR: DR. MARIO CASTILLO FREYRE

Lima - 2013



A mis padres



*«Cuatro características corresponden al juez:
escuchar cortésmente, responder sabiamente,
ponderar prudentemente y decidir imparcialmente».*

SÓCRATES

ÍNDICE

Introducción	13
--------------	----

CAPÍTULO I

EL ÁRBITRO

1. Generalidades. El arbitraje	22
1.1. ¿Qué es el arbitraje?	23
1.2. Teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje	27
1.2.1. Teoría contractualista	27
1.2.2. Teoría jurisdiccionalista	30
1.2.3. Teoría mixta	33
1.2.4. Teoría autónoma	36
2. El árbitro. Concepto	40
3. Importancia del árbitro	45
4. La misión del árbitro	49
5. Garantías y principios que todo árbitro debe respetar	55
5.1. Principio de igualdad	60
5.2. Principio de audiencia bilateral o contradicción	61

5.3. Principio de independencia e imparcialidad del juzgador	61
5.4. Principio de impulso oficial	62
5.5. Principio de temporalidad	62
5.6. Principio de motivación de las resoluciones	63
5.7. Principio de iniciativa de parte	63
5.8. Principio de lealtad procesal y buena fe	63
5.9. Principio dispositivo	64
5.10. Principio de preclusión	65
5.11. Principio de competencia de la competencia	66
5.12. Principio de valoración de prueba	68
5.13. Principio de congruencia	68
6. El árbitro y su relación con las partes en el arbitraje	69

CAPÍTULO II

LOS ÁRBITROS EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

NÚMERO DE ÁRBITROS	79
— Fuentes nacionales del artículo 19	79
— Fuentes y concordancias extranjeras	81
— Análisis	83
1. Principio de autonomía privada	83
2. Número de árbitros	89
2.1. Elección de las partes	91
2.2. Falta de acuerdo en la elección del número de árbitros	94

3. Crítica a la fórmula propuesta por el artículo 19	95
CAPACIDAD DE LOS ÁRBITROS	104
— Fuentes nacionales del artículo 20	104
— Fuentes y concordancias extranjeras	106
— Análisis	110
1. Conceptos generales	110
1.1. La persona individual como sujeto de derecho	111
1.2. Los derechos civiles	112
1.3. La nacionalidad	115
2. Requisitos para ser árbitro	117
3. Incompatibilidad para ser árbitro	128
4. La nacionalidad como impedimento para ser árbitro	129
5. Crítica al artículo 20 de la Ley de Arbitraje	131
INCOMPATIBILIDAD PARA EJERCER LA FUNCIÓN DE ÁRBITRO	133
— Fuentes nacionales del artículo 21	133
— Fuentes y concordancias extranjeras	135
— Análisis	137
1. Generalidades	137
2. Análisis de la norma	139
3. Crítica al artículo 21 de la Ley de Arbitraje	147
NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS	148
— Fuentes nacionales del artículo 22	149

— Fuentes y concordancias extranjeras	150
— Análisis	154
1. Sobre el título profesional de abogado y su relación con la figura del árbitro	155
2. La postura adoptaba por la Ley de Contrataciones del Estado	158
3. Arbitrajes nacionales y arbitrajes internacionales	162
4. Libertad en la elección	163
5. Posibilidad de revocar el nombramiento del árbitro	165
6. Falta de designación del árbitro por una parte	169
7. Crítica al artículo 22 de la Ley de Arbitraje	171
7.1. Respecto a los incisos 1 y 2	172
7.2. Respecto al inciso 3	184
7.3. Respecto al inciso 4	185
7.4. Respecto al inciso 5	186
 LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO	 189
— Fuentes nacionales del artículo 23	190
— Fuentes y concordancias extranjeras	192
— Análisis	200
1. Regla general	200
2. Sobre el principio de igualdad y las consecuencias de su vulneración	204
3. Consideraciones generales y reglas específicas	209
3.1. Nombramiento de común acuerdo de un árbitro único, de todos los árbitros o del presidente del tribunal arbitral	212
3.2. Nombramiento de un tribunal colegiado, en el que cada parte	

nombra a un árbitro y estos nombran al presidente	214
3.3. Pluralidad de demandantes y/o demandados	215
3.4. Nombramiento por la Cámara de Comercio	219
3.5. Nombramiento por la Cámara de Comercio en un arbitraje internacional	224
 INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO	 226
— Fuentes nacionales del artículo 24	226
— Fuentes y concordancias extranjeras	227
— Análisis	232
1. Incumplimiento del encargo	233
2. Naturaleza jurídica del encargo	235
3. Casuística relevante	239
 NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO	 243
— Fuentes nacionales del artículo 25	244
— Fuentes y concordancias extranjeras	244
— Análisis	246
1. Nombramiento del árbitro por una Cámara de Comercio	247
2. Requisitos que debe contener la solicitud	253
3. Notificación de la solicitud a la contraparte	256
4. Obligatoriedad del nombramiento	259
5. Exigencias que la Cámara deberá tener en cuenta al momento del nombramiento	265
6. Forma de la asignación	267

7. Nombramiento del árbitro por una Cámara de Comercio en un arbitraje internacional	268
8. ¿Existe un monopolio a favor de las Cámaras de Comercio para el nombramiento de árbitros?	269
PRIVILEGIO EN EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS	272
— Fuentes nacionales del artículo 26	272
— Fuentes y concordancias extranjeras	273
— Análisis	274
ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS	283
— Fuentes nacionales del artículo 27	283
— Fuentes y concordancias extranjeras	284
— Análisis	286
1. Plazo para la aceptación del nombramiento para ser árbitro	286
2. Constitución del tribunal arbitral	294
MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN	298
— Fuentes nacionales del artículo 28	299
— Fuentes y concordancias extranjeras	302
— Análisis	306
1. Independencia e imparcialidad	307
2. Sobre el deber de revelación	314
3. Causales de recusación	324
4. Dispensa del motivo de recusación	327

5. Recusación del árbitro por quien lo nombró	330
6. ¿Recusación del Secretario arbitral?	331
7. Lineamientos del Colegio de Abogados Internacional sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional	333
7.1. Listado rojo irrenunciable	338
7.2. Listado rojo renunciante	339
7.3. Listado naranja	342
7.4. Listado verde	346
8. A manera de conclusión	349
PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN	351
— Fuentes nacionales del artículo 29	353
— Fuentes y concordancias extranjeras	355
— Análisis	360
1. Libertad en el diseño del procedimiento de recusación o posibilidad de someterse a un reglamento arbitral	360
2. Procedimiento establecido a falta de acuerdo o reglamento arbitral	364
3. Improcedencia de la recusación	376
4. Suspensión de las actuaciones arbitrales	378
5. Otras consideraciones en torno al procedimiento de recusación	380
REMOCIÓN DE LOS ÁRBITROS	386
— Fuentes nacionales del artículo 30	387
— Fuentes y concordancias extranjeras	389
— Análisis	391

1. Remoción por impedimentos de hecho o de derecho	391
2. Renuencia de un árbitro a participar en las actuaciones o deliberaciones del tribunal	397
3. Remoción y sustitución del árbitro renuente	400

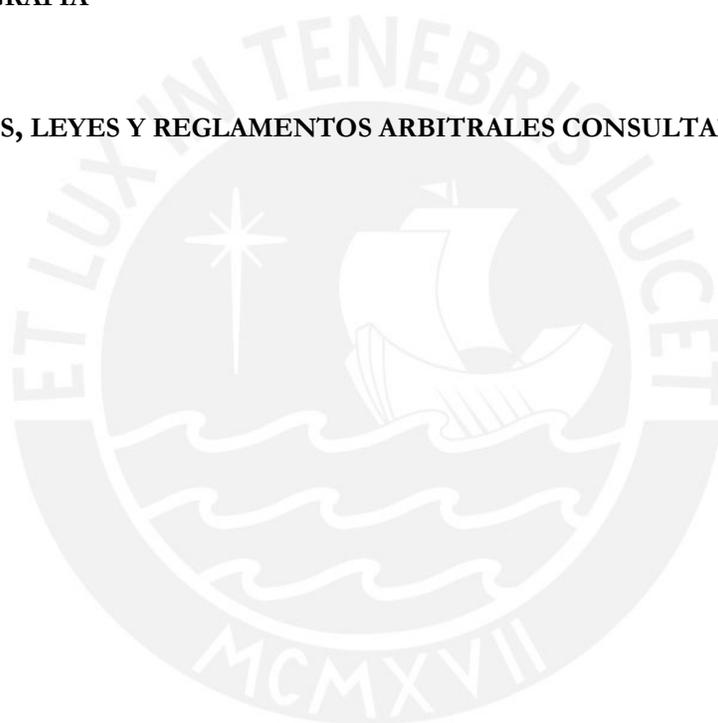
ÁRBITRO SUSTITUTO	403
— Fuentes nacionales del artículo 31	404
— Fuentes y concordancias extranjeras	405
— Análisis	407

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMA AL TÍTULO III DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071

- Número de árbitros	416
- Capacidad	417
- Incompatibilidad	419
- Nombramiento de los árbitros	419
- Libertad de procedimiento de nombramiento	423
- Incumplimiento del encargo	427
- Nombramiento por las Cámaras de Comercio	428
- Privilegio en el nombramiento	431
- Aceptación de los árbitros	432
- Motivos de abstención y de recusación	433

- Procedimiento de recusación	435
- Remoción	441
- Árbitro sustituto	444
CONCLUSIONES	447
BIBLIOGRAFÍA	462
CÓDIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS ARBITRALES CONSULTADOS	474



INTRODUCCIÓN

En el año de 1872, un barco que transportaba 237 *coolies*¹ chinos desde Macao hasta el Perú, tuvo que detenerse en un puerto de Yokohama, debido a que sus velas habían sufrido severos daños a consecuencia de una feroz tormenta en el Océano Pacífico. Esta nave, que llevaba por nombre María Luz, fue retenida por el Gobierno de Japón bajo el argumento de que el transporte de inmigrantes chinos a América en «condiciones duras» no podía ser aceptado por ese país.

Los inmigrantes chinos fueron devueltos a China, el Capitán peruano y su tripulación regresaron al Perú en una nave de pasajeros y el María Luz permaneció durante varios meses en el puerto japonés sin que el Gobierno nipón diera señales de devolverlo.

Ante este hecho —que sin duda vulneraba los legítimos intereses del Perú—, se envió una legación presidida por el Capitán Aurelio García y García, para buscar una alternativa que diera solución a este problema.

¹ Término que se utiliza para identificar a cargadores y/o trabajadores de China, la India y otros países asiáticos, quienes, a cambio de una escasa remuneración, realizaban duros trabajos.

Luego de arduas reuniones, se logró pactar un arbitraje para resolver el impase. De esta forma, ambos países discutieron sobre los posibles árbitros, considerándose entre ellos a la Reina de Inglaterra, al Presidente de los Estados Unidos, al Emperador de Alemania, al Rey de Bélgica, entre otros importantes e influyentes personajes de la época.

Uno y otro país objetaban cada propuesta, aduciendo que se trataba de un Jefe de Estado con alianzas o con algún tipo de cercanía política con la parte contraria.

Finalmente, se nombró como árbitro para dirimir la controversia, nada menos que al Zar de todas las Rusias, Alejandro II, quien, luego de analizar la documentación presentada y escuchar los alegatos de Japón y de Perú (que se encontraban representados por embajadores y abogados en San Petersburgo), pronunció el laudo que ponía fin a la problema el 29 de mayo de 1875.

El Perú perdió el arbitraje; sin embargo, este hecho constituye el primer caso de arbitraje moderno entre dos países, quienes, por razones comerciales y, sobre todo, políticas, vieron en este medio de solución de controversias, la mejor opción.²

El arbitraje ha estado, pues, presente en nuestro país desde el siglo XIX. Sin embargo, recién a partir de la última década del siglo XX —con la entrada

² Un análisis detallado de este caso se puede encontrar en DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *En el país de las colinas de arena*. 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, tomo I, pp. 437-446 y 477-505, y tomo II, pp. 626-634.

en vigencia del Decreto Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje, del año 1992—,³ se le ha otorgado un tratamiento orgánico y diferenciado.

El desarrollo tecnológico y el intercambio comercial han producido en el mundo cambios nunca antes pensados. Las relaciones intersubjetivas se han multiplicado y, como consecuencia directa, la cantidad de actos jurídicos con consecuencias patrimoniales se ha incrementado a niveles exponenciales. Así, a mayores relaciones entre sujetos de derecho, mayores probabilidades de que sus relaciones obligacionales sufran percances.

Este fenómeno, «junto a la aguda crisis por la que el Poder Judicial está atravesando, la complejidad de las relaciones comerciales, la necesidad de impulsar una cultura de paz»,⁴ entre otros, tiene una incidencia directa en la manera en que los diversos órganos administran justicia.

Por ejemplo, en los últimos años se ha observado que el Poder Judicial sufre graves anomalías funcionales. Ello se debe, principalmente, a la cada vez mayor carga procesal, al hecho de que el lapso estimado para resolver una controversia es muy largo, a la proliferación alarmante de la corrupción, a la inexistencia de una adecuada capacitación y especialización de los magistrados, entre otros.

³ Recordemos que antes de la entrada en vigencia de esta ley, el arbitraje estaba regulado, de manera poco acertada y bastante laxa, por el Código Civil de 1984 y por el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

⁴ *Cfr.* JUSTICIA VIVA. *Manual del sistema peruano de justicia*. Lima: Instituto de Defensa Legal, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia, 2003, p. 289.

Así, pues, la exclusiva función jurisdiccional del Estado, otrora garantía contra el abuso, «se había convertido para muchos en garantía del abuso».⁵

Ante esta penosa realidad, se plantearon numerosas reformas para otorgar a este poder del Estado las herramientas suficientes para que cumpla con su función. Lamentablemente, todas han fracasado.

En este escenario, ante la falta de un sistema de administración de justicia eficaz, las personas empezaron a recurrir a diversos métodos para resolver sus problemas.

Así, a través de una serie de usos y costumbres que luego fueron legitimados a través de leyes, diversas figuras empezaron a desarrollarse y su uso se fue haciendo más común en la sociedad. Se empezó a hablar, pues, de los mecanismos de autotutela (donde el sujeto decide defenderse y cuidar sus intereses por sí mismo, poniendo término al conflicto mediante la imposición a la otra parte de su decisión, recurriendo, incluso, al uso de la fuerza), autocomposición (que es la solución del conflicto por decisión consensuada de las partes) y heterocomposición (donde las partes acuden a un tercero para que resuelva el conflicto).

Ya Platón decía que «la necesidad es la madre de todos los inventos», y

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra, Cátedra Garrigues y Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 1, p. 12.

no pudo haber sido más acertado, pues es esa necesidad la que hizo que diversos medios alternativos a la jurisdicción ordinaria se ideen, se formulen y reformulen, se conviertan en usos y luego en leyes, y tomen la posta en un tiempo y espacio que les permita continuar con la tarea de hacer la vida en sociedad más llevadera.

De entre estos mecanismos es que surge el arbitraje, como una nueva esperanza para redimir a la administración de justicia y suplir sus falencias.

Afortunadamente, el tiempo y el espacio en el que vivimos permiten que el arbitraje, como figura jurídica concreta, no constituya un recurso exótico, ajeno, extraño y fuera del alcance de los ciudadanos. Hoy ya no sólo se recurre al arbitraje para resolver controversias que surjan entre dos países, donde se tenga que elegir al árbitro de entre una nómina de importantes e influyentes personajes. Hoy el arbitraje constituye una alternativa real que, sin problema alguno, podrá resolver cualquier controversia que se origine entre dos sujetos de derecho.

Ello es posible gracias a la labor del legislador, quien ha visto en la regulación del arbitraje un medio idóneo de solución de controversias, y es que frente a conflictos potenciales, se ha entendido —con fortuna— que deben existir remedios procedimentales que respondan a ese dinamismo, solucionándolos de manera eficiente en términos cualitativos y cuantitativos.

Mucho se ha hablado, pues, de esta eficiencia (y no es objeto de esta tesis

desarrollarla);⁶ sin embargo, a ella no se podría llegar sin la existencia y eficaz participación de un actor principal: el árbitro.

Es por ello que el presente trabajo tiene como objeto analizar todos los aspectos que se relacionan, directa o indirectamente, con la figura de este tercero imparcial.

Creemos que si se desea conocer la institución arbitral, se debe partir por comprender y tener claro qué es un árbitro y cuál es el papel que desempeña en un arbitraje.⁷ De ahí que hayamos escogido esta materia y nos hayamos atrevido a estudiar, en detalle, esta figura.

Para lograr tal fin, hemos dividido esta tesis en tres Capítulos y un apartado que contiene las conclusiones de nuestro análisis.

En el primer Capítulo desarrollamos seis aspectos fundamentales que requieren ser aprehendidos para entender a cabalidad las implicancias de la labor que realiza un árbitro, a saber: el concepto de arbitraje y las teorías que sobre su naturaleza jurídica se han planteado, el concepto de árbitro, su importancia, la misión que debe cumplir al interior del procedimiento arbitral, las garantías y los principios que todo árbitro debe observar durante las actuaciones arbitrales y la naturaleza de la relación que lo vincula a las partes en el arbitraje.

⁶ Sobre las ventajas que ofrece el arbitraje, se puede consultar, entre otros, a CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁷ No es coincidencia que todo estudio que pretenda abordar algún ámbito relacionado al arbitraje deba, necesariamente, analizar alguno de los aspectos relacionados con el árbitro.

A continuación, en el segundo Capítulo abordamos el contenido del Título III, denominado «Árbitros», del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008. Los temas que trataremos se vinculan a los requisitos y las incompatibilidades para ser árbitro, el nombramiento, la recusación y cómo es que ésta procede, la remoción del árbitro, el árbitro sustituto, entre otros.

Ahora bien, la estructura de nuestro Capítulo II es la siguiente: en primer lugar, se transcribe el artículo que se va a analizar; a continuación, se hace referencia a sus antecedentes normativos nacionales; posteriormente, se cita una serie de concordancias extranjeras (que incluyen leyes y reglamentos arbitrales de diversos países y organizaciones); y, finalmente, se procede al análisis de los alcances y límites de la norma, incluyendo, en algunos casos, críticas formales y/o sustanciales.

Respecto a este Capítulo, debemos advertir que, si bien es cierto el Título III de la Ley de Arbitraje se encuentra conformado por los artículos 19 a 32, no vamos a analizar en este trabajo el último de estos numerales (el cual regula el tema de la responsabilidad de los árbitros), debido a que creemos que su contenido constituye materia suficiente para la elaboración de otro trabajo de investigación, y es que en él no sólo confluyen instituciones de carácter arbitral, sino también, y fundamentalmente, de figuras civiles y hasta penales. En ese sentido, en esta tesis sólo estudiaremos los artículos 19 a 31 de la Ley de Arbitraje peruana.

El tercer Capítulo, a su turno, resulta de particular importancia. En él planteamos una serie de reformas a la mayoría de los artículos que hemos analizado en el Capítulo II. Para lograr tal fin, transcribimos el artículo vigente y, de manera paralela, la propuesta de reforma. A continuación, a modo de exposición de motivos, explicamos el sentido y el por qué de la propuesta planteada.

Finalmente, el lector podrá observar las conclusiones a las que hemos arribado, las cuales contienen los juicios de valor, positivos o negativos, de los temas analizados en los tres Capítulos de este trabajo.

Debemos señalar que nuestra tesis se vale, fundamentalmente, de los métodos exegético y dogmático para abordar todos los puntos propuestos. Asimismo, creemos que resulta fundamental no perder de vista el Derecho comparado, razón por la cual hemos recurrido a la consulta de más de una treintena de leyes, reglamentos y convenciones arbitrales para comparar su contenido con el de nuestra vigente Ley de Arbitraje.

En suma, el presente trabajo pretende abordar todos los aspectos que se relacionan con la figura del árbitro y ofrecer mayores elementos de juicio que permitan comprender, y en algunos casos mejorar, la importante labor que cumple en todo procedimiento arbitral.



CAPÍTULO I

EL ÁRBITRO

1. GENERALIDADES. EL ARBITRAJE

Qué duda cabe que el arbitraje se ha convertido en los últimos años no sólo en una opción, sino tal vez en el único medio capaz de solucionar un conflicto de intereses de manera eficiente.

Uno de los motivos que nos llevó a emprender este estudio —y tal vez sea el principal—, es el de otorgar mayores elementos de juicio para que el debate que aborda la actuación, importancia y misión del árbitro se enriquezca.

La congestión de procesos judiciales en los tribunales que administran justicia y las complejidades de la vida comercial moderna (que exigen muchas veces conocimientos económicos y/o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia), han llevado a que la hegemonía del Poder Judicial y, con ella, de la de sus principios e instituciones se pierda.

Así, y dejando claro el hecho de que no es propósito de este trabajo estudiar el fenómeno de la institución arbitral a profundidad, creemos que resulta prudente esbozar algunas ideas en torno a su concepto y a su naturaleza jurídica. Ello, en vista de que es necesario adoptar una postura sobre dichos

temas, a efectos de poder explicar con holgura y consistencia las ideas que vamos a plantear sobre determinados aspectos que se relacionan con la figura del árbitro.

De esta forma, la primera parte de este capítulo abordará temas bastante generales, pero no por ello prescindibles, sobre algunos aspectos de esta institución.

1.1. ¿Qué es el arbitraje?

Esta institución ha tenido una importancia vital en el desarrollo de la humanidad y en el proceso que dio origen a la sociedad tal cual hoy la conocemos, vale decir, un espacio en el que la armonía y el entendimiento entre sus miembros es la regla general y cualquier desavenencia o conflicto de intereses se soluciona de manera pacífica, razonable y sujeta a ley.⁸

Es lógico tener por cierta la premisa de que la justicia por mano propia ha sido y es siempre más onerosa que la justicia impartida por mano de un tercero no involucrado en el conflicto. Y lo es, porque la autotutela, al obedecer a la ley del más fuerte para su éxito, puede ir siempre más allá del objeto que dio origen al litigio. Así, es preferible perder algo a perderlo todo, por cuanto, como mecanismo de solución de conflictos, en tanto el costo será siempre

⁸ Sobre los orígenes del arbitraje, ver CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, pp. 17 y ss.

imprevisible para quien pierde, la autotutela constituye la encarnación de la ineficiencia social de la justicia.⁹

El arbitraje, pues, ha estado presente desde que el hombre entendió que resultaba más eficiente otorgar la potestad a un tercero imparcial para que resuelva su controversia antes que sea él mismo quien la solucione. No existe un dato exacto de la fecha en que esto sucedió, sin embargo, podemos afirmar que el arbitraje es anterior a la organización de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue el único medio de solución de controversias.¹⁰

Con el paso de los años, y una vez surgida la administración pública, el arbitraje empezó a tomar distancia de esa estructura, y la idea de que éste administraba una justicia que por sus características y propia naturaleza era distinta a la que administraba el Estado empezó a fraguar y a consolidarse.

Así, se puede definir al arbitraje como una institución que se origina en el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos de derecho, quienes deciden someter a una o a más personas (quienes deberán aceptar dicho encargo) la solución de un conflicto de intereses, respecto del cual estas partes tienen capacidad de disposición, obligándose a no llevar la controversia a los tribunales

⁹ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Op. cit., pp. 36 y ss.

¹⁰ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 10.

ordinarios sin previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades para tener la calidad de cosa juzgada.¹¹

El arbitraje constituye, en suma, la manifestación más elemental de la administración de justicia.

En el presente estado de la evolución histórica, el arbitraje sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o a través de algún mecanismo establecido por ellas o por la ley. De esta forma, la decisión de los árbitros —que se encuentra plasmada en un documento denominado «laudo arbitral»— será de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud del acuerdo que ellas mismas han suscrito y que gracias al ordenamiento jurídico adopta la categoría de ley para ellas (cabe señalar que la ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, quedará normalmente en manos del Estado, quien, haciendo uso de su *ius imperium*, ordenará y hará cumplir lo resuelto en el laudo).¹²

¹¹ En similares términos se pronuncia LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, p. 39.

¹² Sara Feldtein y Hebe Leonardi entienden que «el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales». FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 12.

A nivel constitucional, podríamos señalar que nuestro país ha reconocido la figura del arbitraje desde el año de 1839. En efecto, la Constitución que entró en vigencia aquel año establecía en su numeral 164 que: «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

Hoy podemos apreciar que el desarrollo constitucional que ha sufrido esta institución ha sido notable.

La Constitución Política de 1993, en el primer numeral de su artículo 139, postula el carácter jurisdiccional del arbitraje.¹³ Por tanto, para nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje es una forma legal, mas no estatal, de administrar justicia.

Esta afirmación nos conduce a la discusión que trata de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. En ese entender, se discute si éste tiene una esencia privada o una pública, o, dicho en otros términos, si el arbitraje pertenece a la esfera de los contratos o de los procesos judiciales, o, si pertenece a ambas o a ninguna.¹⁴

¹³ Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. [...]».

¹⁴ Independientemente de nuestra posición respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, queda claro que el ordenamiento jurídico nacional suscribe la tesis del arbitraje como proceso jurisdiccional, es decir, adopta la tesis jurisdiccionalista. En ese entender, y para el ámbito peruano, la discusión se encontraría zanjada, descartándose las teorías contractualistas, mixtas y autónomas, que tratan de explicar la naturaleza jurídica de esta institución.

No nos cabe la menor duda de que para que estemos frente un arbitraje tiene que existir un convenio que posibilite el inicio de este mecanismo de solución de controversias.

Dicho convenio (que surge de la autonomía privada y se celebra entre dos o más sujetos de derecho que buscan que un tercero resuelva su conflicto) constituye un elemento esencial de la institución arbitral. No habrá arbitraje si no hay acuerdo para someterse a él. Sin embargo, la discusión se centra en establecer si este contrato es ajeno a la figura de la jurisdicción, si la complementa o si junto a ella da origen un nuevo fenómeno jurídico.

Para abordar esta problemática, a continuación vamos a desarrollar las diversas posturas que sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se han esbozado.

1.2. Teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje

1.2.1. Teoría contractualista

Para la teoría contractualista del arbitraje, llamada también teoría privatista, cuyos propulsores son reconocidos juristas del medio internacional,¹⁵ la respuesta al problema planteado es que no hay jurisdicción si hay contrato, es decir, esta teoría le niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional.

¹⁵ Defensores del contractualismo arbitral son en Francia Merlin, Fuzier-Herman, Weiss, Garzonnet y César-Bru y Brachet. En Italia suscriben esta tesis Mattiolo, Chiovenda, Satta, Alfredo Rocco, Andrioli, Lugo, Pece, Furno y Costa. En España la avala Joaquín Escriche y, finalmente, en Argentina David Lescano. *Cfr.* VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, pp. 35 y 36.

Así, el origen, la existencia y la regulación del arbitraje dependen de la continua existencia de la voluntad de las partes. De esta forma, se niega la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y se alega que la esencia de éste radica en la voluntad y consentimiento de las partes. Así, el corazón de esta teoría implica que todo procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Tanto el acuerdo como el laudo arbitral reflejan el carácter contractual de esta institución.¹⁶

Para esta tesis, la autonomía privada constituye el elemento fundante de la institución arbitral. El acuerdo de voluntades se encuentra, pues, antes y durante el arbitraje. Así, en el arbitraje no hay ejercicio de función jurisdiccional porque los árbitros carecen de dicha potestad. La jurisdicción es un atributo estatal reservado en exclusiva a los jueces estatales. Si la jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los árbitros no pueden en absoluto hacer lo segundo; y, aunque sin duda hacen lo primero, es decir, juzgan, el laudo puede ser controlado posteriormente por los jueces ordinarios (eso sí, bajo determinados supuestos taxativamente establecidos por ley).¹⁷

Sobre esta postura, debemos señalar que si quienes profesan una visión contractualista del Derecho fuesen consecuentes con sus tesis, estarían sin duda en serios aprietos conceptuales, pues la jurisdicción —y siempre siguiendo aquí la lógica contractualista— sería fruto también de un acuerdo de voluntades, a

¹⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 14.

¹⁷ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 32.

saber: el «contrato social». Esto no hace sino demostrar una de las grandes paradojas del contractualismo: asumir a rajatabla la naturaleza privada de los contratos cuando, precisamente, el «contrato de los contratos» no tiene esa simiente.¹⁸

Lo que queremos recalcar es el hecho de que sí puede, dentro de la lógica seguida por el grupo que defiende la visión contractualista del Derecho, haber jurisdicción por contrato. El denominado «contrato social» es la mejor prueba de ello.

Por otra parte, desde el momento mismo en que se señala que el laudo elaborado por los árbitros sólo puede ser ejecutado por un juez ordinario, quien deberá cumplir la decisión arbitral como si hubiera sido dictada por otro juez ordinario, se está admitiendo analógicamente la calidad de jueces de los árbitros y las características procesales del arbitraje. Sin embargo, esto no significa que sean idénticas.

De manera lata se dice que un árbitro puede ser considerado como un juez porque ejerce la misma función, sin embargo, en estricto, no es un juez.

¹⁸ En efecto, el «contrato social» es el eje de cualquier aprehensión contractualista del mundo. Esta es la doctrina acuñada por el movimiento ilustrado del siglo XVIII cuyo fin no es otro que fundar la existencia del Estado-Nación y su soberanía, y, por ende, de su jurisdicción. (Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Op. cit., p. 40).

De la misma forma, se ha sostenido que un arbitraje puede ser entendido como un proceso judicial, porque al igual que en éste se dirime un conflicto de intereses; sin embargo, tampoco es un proceso judicial *strictu sensu*.

Teniendo en cuenta este escenario, no creemos que la tesis contractualista sea la que mejor explique la naturaleza jurídica del arbitraje. Y no lo es porque diversos aspectos (naturales, esenciales y accidentales), de su construcción teórica y práctica se ubican en zonas bastante grises que se deben evaluar con cautela y prudencia, ya que, de lo contrario, se caería en lamentables contradicciones que harían que algunas de nuestras afirmaciones sean fácilmente rebatidas.

Lo dicho no quiere decir —de modo alguno— que el arbitraje no posea elementos de naturaleza contractual. De hecho sí los tiene, sin embargo, y tal como veremos más adelante, éstos se nutren, a su vez, de aspectos de índole jurisdiccional.

1.2.2. *Teoría jurisdiccionalista*

Esta teoría¹⁹ pone énfasis no en la autonomía privada de las partes que da origen al arbitraje, sino más bien en la actividad que el árbitro realiza al interior

¹⁹ También conocida como Teoría Jurisdiccional, esta postura cuenta con importantes suscriptores. En Italia esta tesis ha sido defendida por Ludovico Mortara, Ugo Rocco, Capaccioli, Jafer, Boscarelli, Vechione, Pietro Bonfante, Vicenzo Galante, Prospero Fedozzi, Ghirardini y Galgano. En Francia, Laurent, Lainé, Boncene, Glason, Tissier y Morel han sido sus defensores. Asimismo, en España tenemos a Reus y Manresa, Antonio Malaver y Rafael de Pina, y, en América, el chileno Patricio Aylwin Azócar. Ver VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Op. cit., p. 29.

de un procedimiento arbitral, es decir, en la solución de un conflicto de intereses vinculante para las partes y con calidad de cosa juzgada. Los árbitros ejercen su función «porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley».²⁰

El arbitraje existe porque la ley así lo ha instituido. En ese sentido, es esta misma ley la que ha concedido a las partes (quienes han sido investidas con un cierto grado de la soberanía inherente al Estado) el poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad de cosa juzgada. Así, el poder de los árbitros no nace del nombramiento que hacen las partes de ellos, sino más bien de una norma que los faculta para tal fin.²¹

Para esta tesis, la función que cumple el árbitro se equipara a la función decisoria que cumple un juez; de ahí la equivalencia entre una sentencia y un laudo arbitral.

Las consecuencias que se derivan del carácter jurisdiccional del arbitraje también conllevan a sostener que el laudo es un acto de jurisdicción de origen privado.²²

Ahora bien, pensamos que es un error sostener el carácter eminentemente público de la función arbitral apoyándose en que es la ley la que

²⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este mismo sentido. Ver, entre otras, la Sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2006-PHC-Lima.

²¹ *Cfr.* VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

²² FELDESTSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. *Op. cit.*, p. 11.

le da existencia jurídica (en tanto mecanismo de solución de controversias) y que, por tanto, se debe tratar a los árbitros como funcionarios públicos, vale decir, como jueces que imparten justicia y sentencian en nombre del Estado en un proceso.

En esa misma línea de pensamiento, creemos que el argumento que sostiene que todo aquello que la ley autoriza tiene carácter público es desacertado, pues si ello fuera así, entonces no podría existir como concepto ni siquiera el Derecho Privado (y ni qué decir los contratos), habida cuenta de que éstos tienen existencia y efectos jurídicos porque la ley así lo establece.

Si bien es cierto que la premisa de que es la ley la que debe autorizar la validez de la institución arbitral para que ésta tenga efectos jurídicos es verdadera, la conclusión a la que arriban los jurisdiccionalistas —en el sentido de que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica pública propia de las funciones del Estado—, es falsa.²³

Asimismo, debemos ser enfáticos en afirmar que los árbitros no pueden sentenciar porque las sentencias —en estricto— tienen una calidad ejecutiva que no poseen ni podrán poseer jamás los laudos arbitrales. Cuando la posean, entonces ya no serán laudos, sino sentencias dictadas por un clásico órgano jurisdiccional del Estado.

²³ En esta misma línea CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. *Op. cit.*, pp. 45 y ss.

De la misma forma, es necesario hacer notar la enorme contradicción que encierra hacer del arbitraje una institución de jurisdicción estatal, ya que éste carece de una serie de importantes principios, derechos y garantías propios de la jurisdicción, como son la instancia plural,²⁴ el juez natural, el procedimiento legal previamente establecido por la ley, la publicidad en los procesos, la gratuidad, entre otros.

De esta forma, jurisdicción estatal y arbitraje no son equiparables conceptual ni fácticamente hablando. Sin embargo, esta afirmación no implica que en el arbitraje no coexistan figuras de derecho público con aquellas otras de índole privado.

1.2.3. *Teoría mixta*

Creemos que el arbitraje se nutre de diversos elementos que aportan tanto la teoría contractualista como la teoría jurisdiccionalista.

De esta afirmación surge la teoría mixta, conocida también como teoría intermedia, ecléctica, sincrética o realista del arbitraje.²⁵

²⁴ Esto, siempre y cuando las partes no hayan pactado el recurso de apelación del laudo a una segunda instancia arbitral o judicial.

²⁵ Esta teoría tiene como fundamento rechazar las posiciones extremas en torno a la naturaleza del arbitraje, es decir, descarta la teoría contractualista y jurisdiccionalista tomadas individualmente. En este sentido, la postura intermedia se nutre de ambas teorías, tomando lo que considera útil de cada una de ellas. Son principales exponentes de esta postura Dalloz, Mongalvy, Bernard, Robert, Margarette Landrau, Louis Cremieu y Garbagnati. Ver VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Op. cit.*, p. 41. Asimismo, cabe señalar que en nuestro medio, el profesor Castillo Freyre la adopta con el nombre de teoría «realista» del arbitraje.

Esta teoría fue desarrollada por Sauser-Hall en 1952 a través de un reporte al Instituto de Derecho Internacional. En él argumentaba que:

El arbitraje no puede apartarse de todos los sistemas jurídicos; tiene que existir algún derecho que pudiera determinar la validez de la sumisión al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Así, existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados de forma indisoluble.²⁶

Sin embargo, debemos señalar que no se trata aquí de conciliar jurídicamente doctrinas que por su naturaleza son irreconciliables —una abraza la autonomía de la voluntad, mientras la otra protege la soberanía del Estado—, haciendo que cada una se otorgue recíprocas concesiones.

Sin embargo, sí creemos que no resulta acertado afirmar que el nacimiento y desarrollo del arbitraje sólo tendrá lugar en la medida de que la voluntad de los particulares así lo desee o sólo cuando la ley lo permita.

Así, una vez iniciado el arbitraje (luego de que alguna o todas las partes invoquen el convenio arbitral), éste se desarrolla a través de un procedimiento (que es denominado por la Ley de Arbitraje peruana como actuaciones arbitrales) en el que la función y la decisión que adopta el árbitro es considerada,

²⁶ Citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 16.

por las propias partes y por terceros, como actos que tendrán un carácter definitivo semejante a las resoluciones judiciales.

De esta forma, se tiene claro que los árbitros cumplen una función que en parte se asemeja a la que realizan los jueces ordinarios. Sin embargo, cabe señalar que ellos no son, en estricto, jueces, sino más bien son terceros ajenos al conflicto que, siendo imparciales e independientes, resolverán el conflicto de intereses teniendo como sustento el acuerdo de las partes que les han encargado dicha labor y los legitima para tal fin.

Por otro lado, y pese a que se tenga en cuenta la clara intervención de elementos contractuales en el arbitraje, no resulta acertado negar el carácter procesal-jurisdiccional de algunos aspectos de este mecanismo de solución de controversias. Para ello, basta con señalar que las «actuaciones arbitrales» deberán respetar una serie de garantías, principios y derechos constitucionalmente protegidos (aquí es, pues, donde se puede apreciar la vívida intervención del Derecho Público en el arbitraje).

De hecho, resultaría un despropósito obviar y desconocer la interrelación que entre figuras de ambas ramas se produce antes, durante y después de un arbitraje. Se trata, pues, de una cadena conformada por diversos eslabones de naturaleza pública y privada, que al unirse hacen del arbitraje el mecanismo ideal para resolver un conflicto de intereses.

Que los laudos no tengan fuerza ejecutiva no contradice la esencia de un acto jurisdiccional, el cual es entendido como todo pronunciamiento que emita un tercero autorizado por la ley, sea éste funcionario público o sujeto particular.²⁷

De más está recordar que el Estado no puede dejar de lado su tarea de ejecutar decisiones que adquieren la autoridad de cosa juzgada. Ésta es una potestad constitucionalmente reconocida. En ese sentido, no se puede desconocer el derecho de una persona a exigir que el Estado ejecute lo que un tribunal ha dictaminado (haya sido dicho privada o públicamente), porque si ello ocurriese, se estaría legitimando la autotutela sin límites, y el propio Estado, como garante de derechos de los justiciables, estaría atentando contra el propio sentido de su existencia.

1.2.4. *Teoría autónoma*

Para quienes defienden esta tesis, el arbitraje no tiene una naturaleza híbrida, pues su compleja configuración manifiesta que en realidad estamos frente a una institución autónoma, que debe dar origen a un estudio también autónomo que sistematice sus elementos y encuentre su lógica interna con el propósito de crear

²⁷ Cfr. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. 2ª edición. Lima: Grijley, 2004, tomo I, pp. 80 y ss.

un conjunto de reglas e instituciones que respondan adecuadamente a los problemas que surjan en la teoría y en la práctica.²⁸

La teoría autónoma, si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos, pues, según González de Cossío, tiene el valor agregado que se encuentra acorde con las formas modernas no-nacionales, transnacionales y deslocalizadas del arbitraje, dado que no le da mucho peso a la sede del arbitraje y su derecho, de manera que más que consideraciones nacionales, es la práctica del arbitraje lo que define su contenido y alcance.²⁹

Así, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, Silvia Barona³⁰ sostiene que:

El arbitraje es el arbitraje, y esa es su naturaleza jurídica. Afirmar eso supone asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, tal vez el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma.

²⁸ Es de este parecer PANDURO MEZA, Lisbeth. *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, mayo de 2011, pp. 76 y ss.

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Op. cit., p. 17.

³⁰ BARONA VILAR, Silvia y otros. *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*. 18ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 888.

Quienes sostienen esta teoría, señalan que una prueba de la validez de ésta podría observarse en el tratamiento legislativo especial que se le ha otorgado al arbitraje.

Así, se dice que no tiene sentido tratar de encasillar a esta figura en el ámbito aplicativo de una rama jurídica. Es hora de otorgarle plena autonomía, pues su desarrollo y difusión así lo exigen.

El arbitraje no es jurisdicción porque los árbitros no tienen el *imperium* necesario para hacer cumplir lo que han dictado. Tampoco será eminentemente contractual, ya que, sin previo reconocimiento de la figura por parte del Estado, ésta no podría materializarse, y, además, el control judicial se encuentra, en potencia, presente en todo procedimiento arbitral. Tampoco será una mezcla de ambos, pues adoptar dicha posición sería una contradicción en sí misma por los argumentos que contra ambas teorías se han esgrimido.

Resulta necesario, así, denominar a esta figura por su nombre: Derecho Arbitral, y si bien es cierto sus normas, principios e instituciones³¹ se encuentran en constante evolución y perfeccionamiento, no es menos cierto que en la práctica los aspectos contractuales, jurisdiccionales y procesales cobran autonomía e independencia.

³¹ PANDURO MEZA, Lisbeth. *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. *Op cit.*, p. 83.

El arbitraje se vale de diversos instrumentos que creados por la misma práctica arbitral, o prestados de otras materias y modificados convenientemente por las exigencias de su realidad, constituyen un medio y no un fin en sí mismo para llegar a su objetivo, esto es, resolver un conflicto de intereses.

Para esta teoría, nada impide, pues, mantener la existencia de un Derecho Arbitral o de arbitraje, con plena autonomía científica e institucional, acantonado dentro de sus propios confines o territorio de conocimiento, dotado de una específica metodología y programa expositivo y un genuino sistema de fuentes, con una delimitación o demarcación nítida en cuanto a su objeto (normas, tratados, usos y principios referidos al arbitraje), fundamento (libertad individual para apartarse de la jurisdicción del Estado y voluntad de someterse a un convenio arbitral), naturaleza (sistema de solución definitiva de conflictos) y fines (resolver controversias y litigios sobre derechos sobre los que las partes tienen libre disposición).³²

De esta forma, el arbitraje, más que un concepto jurídico, en realidad nace como alternativa para solucionar conflictos en un fuero independiente al judicial, más especializado y ágil, y posee una naturaleza autónoma, distinta a la judicial y contractual, propiamente dicha.³³

³² Cfr. MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ª edición. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 244.

³³ Cfr. GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «Arbitraje comercial internacional». En *Ius Inter Gentes*. Revista de Derecho Internacional, n.º 1, 2004, p. 48.

Creemos que el arbitraje es producto de la interacción de una serie de figuras jurídicas que por su naturaleza pertenecen a distintas ramas del Derecho. Así, pensamos que la discusión no debe centrarse en delimitar y categorizar a raja tabla la interrelación de todos y cada uno de sus elementos. La realidad hará, qué duda cabe, que de la práctica se originen cada vez mayores relaciones entre ellos y exigirá que elementos de diversas ramas que hoy no aportan nada al arbitraje en el futuro sí lo hagan.

De esa forma, estamos frente a un fenómeno mixto que con armonía y coherencia adopta las figuras, principios, instituciones, etc., más útiles de las distintas áreas del Derecho, para otorgar al arbitraje las mejores herramientas que le permitan cumplir con su principal objetivo: resolver una controversia; y es que, a fin de cuentas, ¿qué rama de la ciencia jurídica no ha recurrido a algún elemento propio de otra materia?

En ese sentido, creemos que la teoría mixta sirve para explicar de mejor modo, en la actualidad, la naturaleza jurídica del arbitraje.³⁴

2. EL ÁRBITRO. CONCEPTO

La elección del árbitro constituye uno de los actos más importantes en todo

³⁴ Consideramos que los argumentos esgrimidos por quienes propugnan la teoría autónoma son bastante convincentes, sin embargo, creemos que aún es pronto afirmar que ésta es la teoría que mejor explica la naturaleza jurídica del arbitraje.

arbitraje.³⁵ El árbitro cumple un papel protagónico dentro de todo procedimiento arbitral, y es que todo este sistema gira en torno a su actuar, en la medida de que sobre su integridad moral y buen criterio, así como sobre sus cualidades académicas y profesionales, descansa la confiabilidad y la eficacia del laudo arbitral.

Teniendo esto claro, cabe preguntarnos, ¿qué se entiende por árbitro?

Le Pera,³⁶ con una definición un tanto peculiar, señala que los árbitros:

Son personas de inteligencia por lo menos media, independientes de las partes, no preocupadas por su propio interés o conveniencia más que por la bondad de sus decisiones, no apasionadas y no ignorantes, que escuchan con atención lo que las partes tengan que decir, y llegan a la decisión más justa conforme al derecho que éstas eligieron, o al que su ciencia o su criterio les señale como aplicable.

³⁵ Debemos recordar que un arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Lohmann conceptúa al primero como «aquél por el cual se obliga a los árbitros a emitir un laudo conforme a las disposiciones legales de fondo y ciertas mínimas de forma, teniendo incluso presentes la jurisprudencia, la costumbre y los usos. Son jueces privados en el más estricto y sano sentido. No les está dado prescindir de la ley y, como los jueces, a falta de norma legal expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto los principios generales del Derecho». (LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje. Op. cit.*, p. 69). Por otro lado, Aylwin señala que en el arbitraje de conciencia el árbitro «no debe resolver la controversia declarando el derecho que la ley otorga: debe hacerlo imponiendo la solución que considere más justa y más prudente». No deberá, necesariamente, guiarse por las normas prescritas en el ordenamiento jurídico (AYLWIN AZOCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. 4ª edición. Santiago de Chile: Fallos de Mes M.R., 1992, p. 579). De la misma forma, se puede recurrir a DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de Derecho y arbitraje consciencia». *Ius et Veritas*, Revista editada por los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 12, pp. 115 y ss.

³⁶ LE PERA, Sergio. *Justicia, arbitraje y las reglas UNCITRAL 1985 en la Argentina, en UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 49.

Por su parte, Ledesma Narváez³⁷ sostiene que el árbitro «es la persona natural que interviene para definir heterocompositivamente el conflicto o situación jurídica incierta, como expresión de la voluntad de las partes contratantes bajo un ámbito de confidencialidad».

En primer lugar, debemos tener claro qué debe suceder para que surja la figura de un árbitro.

Sabemos que no habrá arbitraje sin convenio arbitral. Luego, y existiendo el denominado convenio, tendrá que producirse una controversia entre las partes respecto de una determinada relación jurídica contractual, o de otra naturaleza, a la que haga referencia el convenio. Ante esto, las partes deberán ponerse de acuerdo y designar a la persona que solucione la incertidumbre planteada, quien, luego de aceptar la designación, se denominará árbitro.

Como podemos observar, recién en este punto cabe hablar, propiamente, de la existencia del árbitro.³⁸ Antes de ello, ésta es sólo una persona natural.

El árbitro es, visto de este modo, toda persona natural que posee plena capacidad de ejercicio y que, luego de haber aceptado la designación, tiene como función resolver la incertidumbre jurídica planteada por las partes dentro de un

³⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Op. cit., p. 66. De similar opinión es MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Independencia e imparcialidad del árbitro». En *Jurídica*, suplemento del Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 26 de julio, 1995, p. 3; y en *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastián: Dijusa, Corte Vasca de Arbitraje y Universidad Nebrija, 2009, p. 29.

³⁸ En este mismo sentido se pronuncia MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento pre-arbitral*. Navarra: Aranzadi, 2002, pp. 72 y 73.

arbitraje que garantice el respeto a la Constitución, a toda norma que interese al orden público y a las buenas costumbres, y a las leyes imperativas.³⁹

En ese sentido, normalmente⁴⁰ las partes buscan designar como árbitros a personas que gocen de cierta capacidad y pericia para resolver el conflicto de la manera más eficaz posible; es decir, a profesionales⁴¹ especialistas en arbitraje y en la materia que es objeto de la controversia que se halla en discusión.

Al respecto, William Park⁴² señala que:

Se debe tener en cuenta que a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en éstas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho objetivo, se espera

³⁹ El contenido del concepto que proponemos será analizado, en detalle, cuando abordemos el tema de los requisitos e incompatibilidades que la ley establece para ejercer la función de árbitro, en el Capítulo II de este trabajo.

⁴⁰ Decimos normalmente, debido a que la práctica arbitral demuestra que en algunos casos una o todas las partes inmersas en un conflicto, buscan a un «árbitro de parte», vale decir, a una persona que proteja sus intereses y actúe como su abogado al interior del tribunal arbitral.

⁴¹ Este concepto debe vincularse con lo que en doctrina se conoce como árbitro escabino. Al respecto, Matheus señala que «el principio de ajeneidad de los árbitros se complementa con los denominados árbitros escabinos o profesionales, representantes de intereses y actividades concretas así como de particulares profesionales dentro del colegio arbitral. [...] Se establece, pues, el principio general de la ajeneidad del árbitro con las partes o con la controversia, en el que puede confluir, a su vez, el árbitro o profesional que, aún cuando no es aludido expresamente a nivel normativo, no se descarta que los árbitros que se designen sean profesionales de arbitraje. Las características del árbitro escabino son las de un árbitro profesional y, por tanto, cualificado por determinados conocimientos de ciencia o de experiencia práctica. [...] Finalmente, cabe afirmar que el árbitro escabino no es un árbitro de parte y por tanto parcial, ya que su sola cualificación profesional justifica que la parte lo designe, quedando descartada así, sobre la base de su profesionalidad, una posible postura partidista y fomentándose además su ajeneidad. (MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. Op. cit., p. 36).

⁴² PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 2, p. 14.

que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente como para ser buenos oidores y diligentes lectores.

De la misma forma, Merino y Chillón⁴³ sostienen que el árbitro, como dirimente de la contienda que enfrenta a dos o más ciudadanos, no goza de ninguna posición institucional predeterminada. Su posición sólo viene dada por la voluntad de las partes en conflicto y por el reconocimiento que el legislador nacional o internacional (tratados y convenios) le otorga para que resuelva mediante un procedimiento garantista el conflicto que se somete a su consideración y juicio.

Nótese el carácter dual y, por ende, mixto en la concepción de la figura del árbitro, pues de un lado se habla de que son las partes quienes otorgan el «poder decisorio» a un tercero quien es legitimado por la ley para ejercer tal función.

En suma, son las partes quienes, en última instancia y respetando las exigencias básicas establecidas por ley, tienen toda la libertad para designar al árbitro y exigirle el cumplimiento de determinadas cualidades, las cuales dependerán —según sea el caso— de la naturaleza del conflicto de intereses que poseen.

⁴³ *Cfr.* MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral. Op. cit.*, p. 494; y, MERINO MERCHÁN, José F. *Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 35.

Por otro lado, resulta importante diferenciar al árbitro de la figura del arbitrador, término que se utiliza para designar a los «contadores-partidores, a los terceros a los que se les encomienda la liquidación de la sociedad conyugal, la fijación del importe de los daños producidos por un siniestro o la cantidad en que debe aumentarse la prima del seguro, entre otros».⁴⁴

Asimismo, cabe dejar claro que el laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada, es directamente ejecutable y excluye la intervención de los tribunales de justicia (salvo para la interposición del recurso de anulación del laudo por causas expresamente establecidas en la ley arbitral); entretanto, la determinación del arbitrador sólo produce efectos obligacionales y puede ser impugnada cuando se haya producido una manifiesta inequidad.⁴⁵

3. IMPORTANCIA DEL ÁRBITRO

Ya Platón decía que «el Tribunal más autorizado es aquel que para cada caso hayan nombrado los litigantes».

Hoy en día la doctrina es unánime⁴⁶ al aceptar que el árbitro es parte

⁴⁴ A mayor abundamiento, recomendamos la lectura de la obra de GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 51 y ss. Asimismo, YÁNEZ VIVERO, M^a Fátima. «Arbitraje y Derecho de Sucesiones: el arbitraje testamentario». En *Arbitraje. El arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Segunda parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra y Universitat Abat Oliba CEU, 2007, volumen 4, pp. 83 y 84.

⁴⁵ IBÍDEM.

⁴⁶ Entre los que podemos destacar a CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2^a edición. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 171; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 176; ONYEMA, Emilia. «Selection of arbitrators in international commercial arbitration». *International Arbitration Law Review*. Vol. 8, issue 2,

esencial del arbitraje. Todo el procedimiento gira en torno a él y en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como medio de resolución de conflictos.

Roque J. Caivano⁴⁷ 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».

Como es obvio, de nada sirve que se hayan determinado de manera cautelosa los parámetros sobre los cuales se desarrollarán las actuaciones arbitrales, o el hecho de que en un arbitraje internacional se haya elegido acertadamente la aplicación de tal o cual ley de fondo, entre otros importantes aspectos, si es que estamos en presencia de un árbitro poco diligente, con limitados conocimientos jurídicos, que carezca del más mínimo sentido de equidad, justicia y sentido común, con poca disponibilidad para atender las actuaciones propias de un procedimiento arbitral, etc.

A contrario, podríamos afirmar que si es que las reglas elegidas por las partes no son las más adecuadas y lo acordado por ellas no cumple con los requisitos básicos para que un procedimiento arbitral pueda desenvolverse con éxito, pero, por otra parte, tenemos a un árbitro con las suficientes capacidades

p. 45 (Traducción libre); entre otros.

⁴⁷ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 172.

ético-profesionales, tendremos la tranquilidad de que las actuaciones arbitrales podrán desarrollarse supliendo todas esas deficiencias.

El profesor Cantuarias Salaverry⁴⁸ señala que debemos recordar que el mundo ha sufrido grandes cambios en las últimas décadas y ello se ha reflejado en las actividades profesionales. Así, por ejemplo, mientras que hasta hace no mucho era posible encontrar abogados «todistas» o dedicados a temas tan generales como el Derecho Civil, Comercial o Penal, que prácticamente cubrían todas las áreas del Derecho, en la actualidad el mercado demanda especialistas; es decir, técnicos en cada rama y actividad del Derecho. Sin embargo, esta especialización profesional no se ha reflejado con timidez en el campo judicial, donde vemos a diario jueces resolviendo al mismo tiempo controversias mineras, pesqueras, comerciales, constitucionales, etc. Esta situación, necesariamente, afectará el trabajo de los magistrados y la calidad de los fallos que dicte el aparato jurisdiccional del Estado. En cambio, en el arbitraje, gracias a la libertad de elección que existe, es posible confiar la solución de una controversia en quien tenga experiencia en el tema en disputa, lo que permite soluciones más eficientes, a la vez que serán más fácilmente aceptadas por las partes.

Debemos reiterar que para hablar propiamente de un procedimiento arbitral debe existir un convenio arbitral y un conflicto que deba resolverse. Existen, pues, dos momentos en este escenario: antes del inicio de las

⁴⁸ Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2008, p. 260.

actuaciones arbitrales y una vez iniciadas éstas. La importancia del árbitro se podrá observar, fundamentalmente, en este segundo momento, pues antes de él no tendrá ningún protagonismo.

Así, pues, una vez puesto en marcha el procedimiento arbitral, la figura del árbitro desplaza a la de cualquier otro actor, ya que, como veremos más adelante, su función se relaciona con todas y cada una de las actuaciones que al interior del arbitraje se van a dar. Es, en suma, el director del elenco, bajo cuya batuta las partes, y los terceros que eventualmente puedan intervenir, deberán actuar.

Ya Montealegre Escobar⁴⁹ sostenía que si la administración de justicia es la más cuestionada y delicada de las funciones que debe cumplir un Estado, por cuanto sustenta en últimas la confianza de la sociedad en un determinado sistema de Derecho, esta circunstancia cobra más relevancia en el caso del arbitraje, porque el acto a través del cual se les defiere a árbitros el encargo de fallar un caso determinado impone siempre una manifestación de confianza de las partes, que se lleva a cabo en forma particular y concreta. Este aspecto de la cuestión resulta más importante cuando se observa que dentro de las razones bien conocidas que inducen a las personas a buscar en el arbitraje la solución de sus diferencias eventuales o existentes, tal vez la primordial sea el reconocimiento de la capacidad, pericia y especialidad del árbitro para resolver el

⁴⁹ Cfr. MONTEALEGRE ESCOBAR, José Orlando. «Los árbitros en el Derecho Colombiano y en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá». En *El arbitraje y el derecho latinoamericano español. Liber amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcenicz Zubkowski*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1989, p. 249.

conflicto que se le pide decidir, amén de las consideraciones relativas a su absoluta imparcialidad y probidad. Para ello se ha dicho que el mejor de los tribunales es el que las partes interesadas directamente conforman, lo que a su vez representa, desde el punto de vista del designado, el desarrollo de una honrosa y delicada función.

4. LA MISIÓN DEL ÁRBITRO

Como toda institución jurídica, el arbitraje es una figura que ha ido evolucionando y adaptándose a los nuevos requerimientos de la sociedad. Se ha señalado que es anterior a las sociedades modernas, al juez del Estado y al propio Estado como organización política,⁵⁰ pero ha sido bajo este último cuando ha llegado a su madurez, pues ha sido el legislador quien le ha otorgado plenas garantías formales y materiales que llegan hasta el propio control de constitucionalidad del laudo.⁵¹ De esta forma, el legislador se ha limitado a configurar los contornos de la institución arbitral atendiendo a las exigencias de los ciudadanos y de los operadores nacionales e internacionales, posibilitando un marco adecuado para que esta vía alternativa y sustitutiva de los jueces y tribunales se pueda utilizar con plenas garantías, como medio voluntario de solución de conflictos.

⁵⁰ Una detallada argumentación de esta afirmación se puede observar en BERIZONCE, Roberto Omar. «El arbitraje institucional en Iberoamérica». *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53, pp. 753 y 754.

⁵¹ *Cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. Madrid: Anuario de Derecho Civil, 1979, p. 624.

Dentro de este marco conceptual, Faustino Cordón Moreno⁵² señala que:

En España la naturaleza de la función del árbitro ha sido claramente delimitada por el Tribunal Constitucional: la función del árbitro no puede confundirse con la que es propia de un negociador; su cometido es el de dirimir los conflictos surgidos entre las partes, y dirimirlos, además, bien con arreglo a Derecho, bien en equidad, según los casos [...]. Los árbitros no defienden los intereses de cada parte, sino que, designados por éstas, sólo buscan la solución que —en Derecho o en equidad— mejor proceda al asunto litigioso, todo ello, claro está, desde la obligada imparcialidad que de todo sujeto dirimente ha de predicarse y con la que entraría inevitablemente en pugna la concepción que del arbitraje se defiende en la demanda como una institución más próxima a la negociación de intereses encontrados que a la solución dirimente de conflictos.

Asimismo, encontramos una sentencia del mismo Tribunal español que señala que «a tenor de la Ley de 1988 [que es la ley española de arbitraje derogada, siendo la ley vigente la del año 2003], el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. La declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la

⁵² CORDÓN MORENO, Faustino. «Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la Ley española». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 7, pp. 155 y 156.

controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales Civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes, salvo que anulen el laudo. Y dicha anulación sólo puede tener lugar en un recurso (ahora acción de anulación) específico, que se encuentra limitado a las causas tasadas que enumera la Ley».

Las características enumeradas —si bien en algunos casos son también aplicables a los jueces ordinarios—, resultan inherentes a la figura del árbitro. De ellas se desprende que la misión más importante es la de resolver la controversia que las partes del arbitraje le han encomendado. En la mayoría de los casos esta función principal se materializa en el laudo pronunciado por los árbitros. Sin embargo, el laudo sólo constituye el último paso de todo un complejo procedimiento. Para llegar a él (es decir, al laudo), las partes y el árbitro deben realizar una serie de actuaciones que incluye la elaboración y posterior análisis de todos los escritos presentados, el estudio de las pericias, la concurrencia a informes y/o alegatos de las partes, la valoración de los medios probatorios, etc.

La misión del árbitro es, pues, facilitar y dirigir el arbitraje, impulsarlo y juzgar con buen criterio todo lo que acontezca y se relacione con el fin que todos persiguen: solucionar la controversia.

En esta misma línea de pensamiento, Bernardo M. Cremades e Ignacio

Madalena⁵³ sostiene que la función primordial del árbitro es dictar un laudo vinculante respecto de aquellas controversias que las partes le han sometido. Su función incluye llevar a cabo el procedimiento de la forma más eficaz y eficiente posible, de conformidad con el acuerdo entre las partes, las disposiciones del reglamento arbitral aplicable o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites establecidos por las normas imperativas de la sede. El árbitro ofrecerá, siempre, la oportunidad de acoger las pretensiones de las partes de la forma más rápida y efectiva, sin trámites procesales innecesarios. La elaboración del laudo constituye la esencia del ejercicio de la función arbitral. El árbitro no es ni un mediador ni un conciliador. Su función primordial radica en la emisión de un laudo vinculante y con fuerza de cosa juzgada, basado en premisas de argumentación jurídica, sólo impugnables en muy excepcionales supuestos.

En ese sentido, el arbitraje constituye, pues, un medio privado de resolución de controversias distinto al proceso judicial. Por ello, se requiere de una técnica específica que consiste en actuar dentro de un amplio margen de libertad y flexibilidad, ya que las partes y los árbitros pueden diseñar el procedimiento conforme a la naturaleza del litigio. Esta libertad y flexibilidad en el arbitraje es lo que —quizás— constituye uno de sus máximos atractivos. Además, la neutralidad que este tipo de procedimiento ofrece, hace del arbitraje el mecanismo idóneo para la resolución de controversias de diversa naturaleza.

En ese sentido, esta libertad se ha visto acompañada de una creciente

⁵³ Cfr. CREMADES, Bernardo e Ignacio MADALENA. «La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 10, pp. 22 y 23.

globalización y estandarización de los procedimientos. La tradicional distinción entre el sistema de administración de justicia anglosajón y el de la tradición romana continental, es ya un hecho superado (al menos en cuanto al arbitraje se refiere), por cuanto el futuro se orienta en la dirección de una formación jurídica globalizada, como consecuencia de la exigencia de los propios procedimientos arbitrales, lo que ha hecho del arbitraje un vínculo de aproximación creciente entre las diversas tradiciones jurídicas.

En este contexto, el ejercicio de la función arbitral es ajeno a las formalidades y esquemas rígidos típicos del proceso judicial ordinario. Por tanto, el arbitraje está más cercano a la filosofía jurídica del mundo anglosajón que a los rígidos principios legales continentales.⁵⁴

Esta concepción globalizada del arbitraje sigue siendo una de sus características más importantes e innovadoras, superando en mucho a la estricta aplicación normativa de los procedimientos judiciales estatales.

Al amparo de esta flexibilidad normativa, el tribunal arbitral puede seguir la línea jurídica argumental de legislaciones, decisiones o principios ajenos a la ley formalmente aplicable, si lo considera pertinente, salvaguardando las disposiciones de la ley nacional o internacional aplicable. Todo ello constituye una capacidad «revolucionaria» en el ámbito jurisdiccional, que convierte al arbitraje en un instrumento de singular valor en la resolución de controversias.

⁵⁴ IBÍDEM.

La misión del árbitro en nuestros tiempos tiende, pues, a uniformizarse. Tanto en Europa como en América, por ejemplo, el laudo constituye la máxima expresión y el fin de su función. Hoy ya es imposible hablar de una atomización del arbitraje, pues su esencia (constituida por la autonomía privada y la flexibilidad que de ella surge) lo hace universal. La misión del árbitro trasciende los meros sistemas legislativos y deja de lado, si es que así se desea, leyes nacionales en pos de cumplir con su misión.⁵⁵

Abordando otros importantes aspectos de la misión del árbitro, Carlos Matheus⁵⁶ sostiene que:

El origen de la misión del árbitro es de carácter negocial-procesal, dado que aquella tiene su génesis en un negocio jurídico impropio⁵⁷ (convenio arbitral), cuya funcionalidad, en tanto disciplina el régimen adjetivo al cual se someterá la solución de las controversias disponibles que surjan como motivo de una relación jurídica, se desarrolla —positiva y negativamente— en un plano netamente procesal.

El citado autor pone énfasis en el aspecto procesal de la materia, y es que la mayoría de las actuaciones arbitrales se van a desarrollar a lo largo de un procedimiento que, si bien goza de la mayor flexibilidad posible, debe respetar

⁵⁵ Debemos hacer la salvedad de que existen normas que no pueden ser obviadas por ningún tribunal (básicamente, aquellas relacionadas al respeto por los derechos fundamentales —en general— y por el debido proceso —en particular).

⁵⁶ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. *Op. cit.*, p. 52.

⁵⁷ Matheus señala, respecto al convenio arbitral, que éste es un negocio jurídico bilateral que alejado del contractualismo permite la resolución procesal de la controversia. De esta forma, es un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias del contrato, sino más bien aquellas impropias de la resolución procesal de la controversia que constituye su objeto. (ÍDEM, p. 47).

estándares mínimos consagrados constitucionalmente y una serie de normas de carácter imperativo.

En esta misma línea, y refiriéndose al tema de la independencia (que es uno de los pilares en base a los cuales el árbitro cumple con la misión encomendada), Garberí Llobregal,⁵⁸ sostiene que un árbitro no es representante de quien le ha designado. La función del árbitro, señala el citado autor, no puede confundirse con la que es propia de un negociador, ya que su contenido es el de dirimir los conflictos surgidos entre las partes, bien con arreglo a Derecho, bien con equidad, según los casos. Por ello, el árbitro debe tener presente cuando cumple su función que no es un representante de quien le ha designado, ni tiene como trabajo defender los intereses de éste a través de la negociación con los demás árbitros.

5. GARANTÍAS Y PRINCIPIOS QUE TODO ÁRBITRO DEBE RESPETAR

De manera general, diremos que el proceso es el conjunto de actos que se realizan durante la ejecución de una función, bajo la dirección y regulación de un ente y con el propósito de obtener determinados fines.

Sin embargo, es de notar que la Ley de Arbitraje peruana hace referencia no a un «proceso arbitral», sino más bien a unas «actuaciones arbitrales».

⁵⁸ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAL, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 294.

En estricto, no nos encontramos frente a un proceso, pues en el arbitraje se observan una serie de particularidades que de plano descartan el uso de esta institución de naturaleza pública.

Así, podríamos señalar⁵⁹ de manera concisa que los caracteres que definen al arbitraje y lo diferencian del proceso civil son, entre otros, los siguientes:

- La presencia de la libertad que poseen las partes para regular el procedimiento arbitral como manifestación del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, esto no ocurre en el proceso civil, pues en él existen normas imperativas pensadas para la generalidad de los conflictos que puedan presentarse en la sociedad.
- La flexibilidad como consecuencia de la libertad para regular el arbitraje. Así, las partes pueden idear e incluso modificar normas que ya habían sido adoptadas para regular el procedimiento arbitral, claro está, sin que ello implique la vulneración de normas imperativas. Como se sabe, en un proceso judicial esto es imposible.
- La confidencialidad de las actuaciones arbitrales, en contraposición a lo que ocurre en un proceso civil, ya que éste se caracteriza por su publicidad, la cual constituye una garantía que tiene como objeto controlar las actuaciones de los órganos jurisdiccionales.

⁵⁹ Sobre este punto, recomendamos la lectura de la obra de Lizbeth Panduro, quien realiza un detallado análisis de este tema (PANDURO MEZA, Lizbeth. *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el Arbitraje*. Op. cit., pp. 97-105).

- La especialidad de los árbitros frente a la denominada «especialidad de los jueces ordinarios» en el proceso. Sabemos que la justicia ordinaria funciona a través de Salas y Juzgados que se dividen de acuerdo, entre otras causas, a su especialidad. Sin embargo, nadie duda de que dicha especialidad es bastante relativa, pues la globalización y el incremento de las relaciones comerciales e interpersonales han ido exigiendo un mayor nivel de adiestramiento, estudio y formación en ramas cada vez más específicas de la ciencia jurídica. En ese sentido, el arbitraje se diferencia de un proceso común porque las partes eligen a los árbitros en razón de su experiencia y especialidad, hecho que a su vez incide directamente en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, ya que el tiempo, la forma y el razonamiento que se utilice para solucionar un problema será muy distinto de aquél que use un juez. Con esto no queremos menospreciar la labor que realizan los jueces de nuestro país, pues consideramos que ésta es bastante loable. Sin embargo, ello no quita de que existan diferencias sustanciales entre las herramientas teóricas y prácticas que usa un árbitro y un juez en virtud de la experiencia y especialidad de aquél frente a éste.

Teniendo esto claro, vale decir, que —en estricto— no se puede hablar de un proceso arbitral como tal, debemos ser enfáticos en que sí se podría hablar de un «procedimiento arbitral» que, conceptualmente hablando, sería una denominación equiparable a lo que la ley arbitral denomina «actuaciones arbitrales».

Así, compartimos la opinión de Panduro Meza,⁶⁰ en el sentido de que:

El arbitraje, como un conjunto de actos destinados a cumplir una finalidad y limitado por exigencias de orden procesal, tiene un desarrollo procesal indiscutible que, sin embargo, no puede ser denominado proceso por no desarrollarse en su interior función jurisdiccional y, además, por las implicancias que la autonomía de la voluntad tiene en su génesis y en su regulación. El entendimiento que tenemos sobre la institución arbitral justifica la adopción de una postura que considera al arbitraje como una institución autónoma, con una regulación propia pero influenciada, en cuanto al procedimiento que se desarrolla en él, por el derecho procesal.

Teniendo este panorama claro, debemos señalar que las actuaciones arbitrales, entendidas como un conjunto de actos realizados al interior de un arbitraje, no escapan a la aplicación de una serie de garantías constitucionalmente consagradas que, por lo demás, también son de aplicación a un proceso ordinario.⁶¹ Estas garantías, en su mayoría, se expresan a través de

⁶⁰ ÍDEM, p. 86. Cabe hacer la salvedad de que la citada autora adopta la tesis autónoma del arbitraje cuando se refiere a su naturaleza jurídica. Sin embargo, ello no es impedimento para compartir la postura que sobre el uso del término «proceso» tiene.

⁶¹ En este punto, cabe recordar la sutil distinción entre la figura del árbitro y la del juez. Garberí Llobregal señala que «el elemento subjetivo del arbitraje lo constituyen las partes y los árbitros. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone énfasis en la diferente configuración del juez, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emanan del pueblo, revestido, por tanto, de *imperium*, y del árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasi jurisdiccional y en ese «casi» está el *quid* de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder, necesita además del brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la decisión judicial que ordene su cumplimiento». (GARBERÍ LLOBREGAL, J.

una serie de principios que el árbitro deberá tener en cuenta al momento de dirigir las actuaciones arbitrales.

Guardando las distancias del caso, cabe citar las palabras que sobre los principios procesales tiene el profesor Juan Monroy Gálvez,⁶² ya que éstas podrían aplicarse sin ningún inconveniente a la materia que venimos tratando. Así, sostiene que: «Es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto éste los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso».

La labor del árbitro se va a circunscribir, en su mayoría, a aspectos netamente procedimentales, teniendo en cuenta que el arbitraje es, ante todo, un medio heterocompositivo de resolución de controversias reconocido constitucionalmente. De esta forma, no podrá dejar de observar garantías que el Estado, a través de la Constitución, otorga a los sujetos de derecho.

En ese sentido, pese a que no todas las garantías y principios que sustentan el arbitraje se encuentran contenidos en la ley arbitral, éstos no deben dejarse de aplicar en ningún momento, pues recordemos que la Constitución Política del Perú, al otorgar jurisdicción al arbitraje, impone a los árbitros el deber de observar el contenido de su artículo 139, el cual hace referencia, fundamentalmente, a los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. Op. cit., pp. 293 y 294).

⁶² MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 173.

De la misma forma, cabe señalar que las leyes arbitrales derogadas (nos referimos al Decreto Ley n.º 25935, del año 1992, y a la Ley n.º 26572, del año 1996), contenían normas que permitían a los árbitros recurrir a los principios y al articulado del Código Procesal Civil, cuando ello era necesario. Sin embargo, la ley vigente de arbitraje opta por no hacer remisión a dicho cuerpo normativo, empero, creemos que nada impide que el tribunal arbitral pueda recurrir, cuando así lo crea conveniente, a las instituciones contenidas en él.

Dicho esto, conviene hacer un breve repaso de algunas garantías constitucionales y principios arbitrales (contenidos en la Ley de Arbitraje peruana) que todo árbitro debe observar a lo largo del desempeño de su labor. Cabe señalar que no todas las garantías contenidas en la norma constitucional, por sus propias características, son aplicables al procedimiento arbitral.

5.1. Principio de igualdad

El principio de igualdad implica una paridad de las partes en el ejercicio de su derecho de defensa. Se busca que los actores sean tratados idénticamente ante situaciones iguales.

Este principio alimenta y se relaciona directamente con otros. Por ejemplo, podemos señalar que existe una directa vinculación de este principio con el de audiencia y con el de contradicción. En ese sentido, y al encontrarse conectados, entre ellos deberá existir armonía, pues el abuso o vulneración de alguno de ellos afectará directamente a los otros.

5.2. *Principio de audiencia bilateral o contradicción*

Este principio consiste en que todos los actos del arbitraje deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente se quiera decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria.

Monroy⁶³ señala que «lo trascendente es el *conocimiento*; la actividad que el notificado o informado realice después de producido el acto informativo puede o no presentarse. Éste es un tema secundario, lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno».

Nadie puede ser juzgado sin que al menos se le dé la oportunidad de ser oído durante las actuaciones arbitrales o, lo que es lo mismo, se debe otorgar a ambas partes la oportunidad de ser oídas por el árbitro.⁶⁴ Cada parte tiene, pues, en las actuaciones arbitrales el poder hacer alegaciones en contra de las llevadas a cabo por la otra parte. El principio de contradicción, cuya función de equilibrio está vinculada al derecho de defensa, oferta a las partes la posibilidad de rebatir, recíprocamente, lo alegado y probado por la otra parte.⁶⁵

5.3. *Principio de independencia e imparcialidad del juzgador*

⁶³ MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría general del proceso*. Op. cit., p. 177.

⁶⁴ Cfr. LOQUIN, Eric. «Les garanties de L'arbitrage». En *Petites Affiches*, n.º 197, Paris, 2003, p. 22. (Traducción libre).

⁶⁵ Cfr. FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997, p. 52. (Traducción libre).

José María Alonso⁶⁶ nos dice, de manera general, que «la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes; mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea».

Sin perjuicio de lo señalado, remitimos al lector al Capítulo II de este trabajo, donde se analizará, en detalle, los alcances y limitaciones de estos dos términos.

5.4. *Principio de impulso oficial*

A través de este principio, el árbitro conduce y hace que el procedimiento arbitral avance. Responde, fundamentalmente, a la necesidad de activar la tramitación de las actuaciones arbitrales frente a una posible desidia de las partes.

5.5. *Principio de temporalidad*

El arbitraje se desarrolla en un determinado plazo (del cual se desprende una de sus características y ventajas más importantes, ya que éste, a diferencia del plazo que en promedio se observa en el fuero ordinario, es muchísimo menor). En ese

⁶⁶ ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, p. 98.

sentido, el arbitraje en su realidad sustantiva y adjetiva importa un procedimiento que dura determinado tiempo, poseyendo un inicio y un final.

5.6. *Principio de motivación de las resoluciones*

El Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los juzgadores, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.⁶⁷

5.7. *Principio de iniciativa de parte*

De manera general, este principio implica que las partes son las encargadas de llevar al arbitraje los hechos que permitirán al tribunal resolver la controversia. Carnelutti⁶⁸ sostiene que «la iniciativa de las partes es indispensable no sólo para pedir al juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa».

5.8. *Principio de lealtad procesal y buena fe*

A través de este principio, se observa la existencia de una actitud de colaboración y de no obstrucción en el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

⁶⁷ *Cfr.* Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.º 0728-2008-PHC-TC.

⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: s/e, 1952, p. 95.

Devis Echeandía,⁶⁹ cuyos comentarios se refieren al proceso civil pero que perfectamente podrían ser aplicables al arbitraje, señala que:

Así como en el derecho civil vemos numerosas aplicaciones del concepto de la buena o mala fe, de similar manera debe acontecer en el procedimiento civil. Si los códigos civiles dicen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, con mayor razón debe exigirse ella en los actos procesales. La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden. Claro está que dentro de un proceso inquisitivo y de una libre apreciación de la prueba, está el juez en mejor capacidad para vigilar la actuación de las partes y hacer efectivo este principio de la buena fe, la veracidad y la lealtad procesales.

5.9. Principio dispositivo

En el arbitraje las partes disponen tanto de su inicio como de su finalización, vinculando con sus pretensiones a los árbitros que deberán fallar necesariamente sobre lo pedido por ellas.⁷⁰

Este principio —tradicionalmente— se ha diseñado en torno a los siguientes puntos: iniciativa de parte para poner en marcha la actividad arbitral

⁶⁹ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar, 1966, p. 65.

⁷⁰ *Cfr.* LOQUIN, Eric. «Les garanties de L'arbitrage». *Op. cit.*, p. 21.

(el arbitraje principia sólo a solicitud de parte, no pudiendo surgir *ex officio*), fijación del objeto del arbitraje por los particulares (las pretensiones de las partes determinan el ámbito de decisión de los árbitros), congruencia del pronunciamiento del órgano arbitral con las pretensiones de las partes (los árbitros deben pronunciarse en el laudo respecto a lo solicitado por las partes), y poder de disposición sobre la existencia misma del arbitraje (las partes pueden acordar la conclusión del arbitraje).⁷¹

5.10. Principio de preclusión

Chiovenda⁷² entiende por preclusión la pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) o por haberse realizado un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad.

Ya hemos señalado que entre algunos principios aplicables al arbitraje existe una relación directamente proporcional. En este caso, la existencia de un plazo al que los árbitros deben ajustar su actividad constituye una garantía para las partes de obtener la solución del conflicto sin dilaciones indebidas, lo cual afectará directamente a principios como el de economía y eficacia procesales.⁷³

⁷¹ Cfr. MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. Op. cit., pp. 94 y 95.

⁷² Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e preclusiones». *Revista Italiana per la Scienze Giuridiche*, 1922, p. 1.

⁷³ Ana María Chocrón señala que «la preclusión está en directa relación con el orden de los actos, lo que

El principio de preclusión exige que cada actuación arbitral se realice en el tiempo o fase en el que ha sido establecido (ya sea por la ley o por las partes), de forma que si no se realiza en el período en que debió ejercitarse se pierde la oportunidad de llevarlo a cabo.

Resulta, además, evidente que la existencia de este principio es, a su vez, condición para la presencia de la autoridad de cosa juzgada del laudo arbitral.

Sin embargo, cabe señalar que la aplicación de este principio no será tan rigurosa como sucede en el caso de un proceso ordinario, pues en virtud del principio de flexibilidad, las partes o el propio tribunal pueden modificar las reglas por ellos establecidas para el desarrollo del arbitraje.

5.11. Principio de competencia de la competencia

Este principio constituye uno de los pocos que se le atribuyen al arbitraje de manera exclusiva. En términos generales implica que el árbitro tiene la facultad de decidir acerca de su propia competencia en caso ésta sea cuestionada. Este principio se encuentra contenido en el artículo 41 de la vigente Ley de Arbitraje peruana.⁷⁴

incide en el respeto y la observancia del principio de igualdad, así como constituye un límite formal al principio de audiencia». (CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el Arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 135).

⁷⁴ **Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral**

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida

Para entender de mejor manera lo que esto implica, debemos recordar que el poder de juzgar otorgado al árbitro por las partes (a través del convenio arbitral) confluye con dos principios propios del Derecho Arbitral, a saber: el de separabilidad del convenio arbitral y el de competencia de la competencia. Éstos se encuentran vinculados en su aplicación mas no en su origen, pues la autonomía del convenio arbitral es una cuestión sustantiva, en tanto que la figura de la competencia de la competencia importa un tema procedimental, vale decir adjetivo.

El efecto positivo del principio de competencia de la competencia permite a los árbitros ser los primeros en pronunciarse sobre su propia

o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

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

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia».

competencia, en tanto que el efecto negativo les permite ser los que en primer lugar resuelvan sobre ella. De esta forma, se obliga así a los órganos jurisdiccionales a no pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones que afectan a la competencia de los árbitros antes de que éstos hayan tenido la ocasión de hacerlo.⁷⁵

5.12. Principio de valoración de prueba

Como se sabe, la valoración de los medios probatorios consiste en analizar la veracidad de la información aportada a las actuaciones arbitrales a través de los medios de prueba, atribuyendo a las mismas un determinado valor de convicción sobre los hechos pasados y controvertidos. Esta valoración, en los diversos sistemas jurídicos, viene concebida a través de esquemas formales (modelos de valoración) cuyo objetivo común es proveer, al juzgador, esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis fácticas, siendo el que opera en el arbitraje el de libre valoración, el cual se sustenta en el propio criterio del árbitro sujeto a sus máximas de experiencia.⁷⁶

5.13. Principio de congruencia

Este principio implica que el convenio arbitral debe tenerse en cuenta no aisladamente, sino en conjunto, en relación con los antecedentes que explican la finalidad que se buscó a través del mismo. El árbitro tiene el deber inexcusable

⁷⁵ Cfr. ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 234.

⁷⁶ Cfr. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. Op. cit., p. 98.

de resolver las controversias que se sometan a su conocimiento, teniendo como límite el ámbito objetivo del convenio arbitral. Convergen con el cumplimiento de aquél, las figuras de la rectificación, interpretación e integración del laudo arbitral.⁷⁷

Para finalizar con este acápite, cabe reiterar que al ser estos principios una garantía para todo justiciable, su observancia y aplicación por parte del árbitro es obligatoria. Caso contrario, la ley impone sanciones que podrían llegar hasta la anulación del laudo. Debemos estar, en suma, frente a una «debida actuación arbitral».

6. EL ÁRBITRO Y SU RELACIÓN CON LAS PARTES EN EL ARBITRAJE

Un arbitraje implica la existencia de una relación entre las partes y el tribunal arbitral. La ley no prevé la presencia en el procedimiento arbitral de más sujetos que los que han suscrito el convenio arbitral que actúan como partes y los propios árbitros. Terceros que no expresan su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje no son partes en el procedimiento arbitral, salvo que sean llamados al mismo para asumir una posición parcial.⁷⁸

A continuación, vamos a citar y comentar las posturas más importantes

⁷⁷ Cfr. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2002, pp. 521 y ss.

⁷⁸ Cfr. LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. *Derecho de Arbitraje español*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 241 y 242.

que intentan explicar la naturaleza de la relación partes-árbitro.

Así, pues, Montealegre Escobar⁷⁹ sostiene que la naturaleza de esta relación es la de ser un mandato. Señala que algunos autores se han detenido a indagar por la naturaleza de la relación jurídica que surge en virtud del nombramiento de un árbitro, ya sea éste hecho directamente por las partes o por un tercero que ellos hayan delegado para el efecto, y la aceptación que dicho árbitro hace de la designación.

Sin embargo, cabe señalar que el vínculo entre las partes y el árbitro va más allá de una simple relación de mandato, por cuanto el nombramiento se genera en aplicación de una facultad legal y sus efectos, desde luego, trascienden el mero compromiso que una persona adquiere para ejercer un encargo en nombre de otro. Se trata de un vínculo distinto, donde concurren elementos esencialmente contractuales de la voluntad privada (como la facultad que tienen las partes de celebrar la cláusula compromisoria, el compromiso y nombrar directamente a los árbitros), junto con la intervención de un elemento publicista que no es propio de un contrato. Además, la calidad e investidura que tienen los árbitros en virtud de tal nombramiento puede ser pública, pues en algunos países se permite la designación de los árbitros por parte de los jueces.

⁷⁹ Cfr. MONTEALEGRE ESCOBAR, José Orlando. «Los árbitros en el Derecho Colombiano y en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá». *Op. cit.*, pp. 258 y 259.

Por su parte, Fouchard⁸⁰ sostiene que estamos frente a una prestación de servicios. Así, señala que:

El contrato por prestación de servicios está ciertamente más cercano al contrato que vincula al árbitro con las partes [...]. De hecho, es posible analizar la tarea del árbitro como el suministro de todo un conjunto de servicios de naturaleza intelectual, que él lleva para el interés de las partes, independientemente, en consideración de una gratificación. El árbitro, como cualquier otro profesional de la ley, o especialista en ciertas técnicas, se compromete a proveer a las partes el beneficio de su experiencia y sabiduría, y a cumplir ciertas tareas: investigación del caso, escuchar a ambas partes, etc., en un cierto límite de tiempo. No hay duda de que estos son servicios con los que el árbitro se ha comprometido a cumplir de manera contractual».

Sintetizando, Montoya Alberti⁸¹ realiza un recuento de ambas concepciones, vale decir, de quienes opinan que se trata de una locación de servicio y de quienes sostienen que es un mandato. Así, señala que respecto a esta relación jurídica, para algunos es un contrato de locación de servicios y para otros es un mandato. Mandatario común porque como tal se requiere su aceptación, responde por los daños y perjuicios que cause a las partes por su incumplimiento, por no realizar el encargo con la diligencia del buen padre de familia, en lo que atañe a la actividad y diligencia en la instrucción, en la cognición y en la decisión, respetando los plazos, aunque no es responsable por

⁸⁰ FOUCHARD, Phillippe. «La relación entre el Árbitro y las Partes y la Institución del Arbitraje». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin - The Status of Arbitrator*. Special Supplement, 1995, pp. 12 y 13.

⁸¹ Cfr. MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, p. 97.

tomar sus determinaciones o resoluciones en un sentido o en otro, al conducir el proceso o al decidir. El árbitro, como mandatario debe ser reembolsado por los gastos; las mismas causas que ponen fin al mandato terminan el compromiso: la revocación, la renuncia, la muerte del mandante o del mandatario, aunque existan especiales circunstancias como el hecho de que la revocación deba ser común, o que en caso de muerte del compromitente se mantenga el mandato si los herederos no son inhábiles o menores. Si no existe el control común que se ve en el mandato, es porque de antemano las partes estatuyen las condiciones de su cumplimiento y fijan a su voluntad el procedimiento y los plazos; tienen el derecho común de modificarlo y, como el mandato, no pueden sustituir al árbitro sin modificar el encargo.

De otro lado, continúa el citado autor, los que sostienen que esta relación es un contrato de prestación de servicios, aducen que los árbitros desarrollan una actividad de orden intelectual dirigida a resolver la cuestión que se les ha sometido, lo que implica el empleo de su tiempo y trabajo para llegar a un resultado final, en un tiempo previamente establecido. Objetan la figura del mandato basándose en que el árbitro no actúa a nombre de las partes a quienes juzga, sino, por el contrario, obra en nombre propio, en el interés de la justicia. Su tarea de juzgar a los litigantes es incompatible con el oficio de representarlos, ya que existe con respecto a ellos independencia y autoridad; el representante, en cambio, debe subordinarse a la voluntad de su representado.⁸²

⁸² ÍDEM, p. 97.

Ahora bien, creemos que no nos encontramos ante un mandato. A las razones ya expuestas, debemos sumar una que pensamos que es la más importante: el mandatario no celebra ningún acto jurídico.

Nos explicamos.

El artículo 1790 de Código Civil define al mandato de la siguiente manera: «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante». De esta definición (en el supuesto en el que se afirme que la relación partes-árbitro constituye un mandato), surge la interrogante: ¿cuál es ese acto jurídico que tiene que realizar el árbitro en interés del mandante, vale decir, en interés de las partes? Pues ninguno.

El árbitro, desde el momento en que asume tal posición, es una figura autónoma e independiente que actúa conforme a derecho o a conciencia, sin más límite que el establecido por las partes, o la ley, para llevar adelante el arbitraje. No tiene que celebrar ningún acto jurídico, pues su misión es resolver la controversia sometida por las partes del arbitraje. De esta forma, no cabe hablar de la presencia de la figura de un mandato en la relación partes-árbitro.

Por otro lado, quienes afirman que estamos frente a un contrato de prestación de servicios, han olvidado que dentro de este género existe una

especie, a saber: la locación de servicios.⁸³ Creemos que es en esta figura en la que calza la naturaleza de la relación partes-árbitro.

En este mismo sentido, Castillo Freyre y Vásquez Kunze⁸⁴ son enérgicos al señalar que estamos frente a un contrato de prestación de servicios en su modalidad de locación de servicios. Así, sostienen que:

Para que se cumpla con el objeto que no es otro que dar solución a una controversia de Derecho por medios privados, se hace necesario el árbitro, pues no hay arbitraje posible sin árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia ya determinada sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.

Sin embargo, Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón, criticando esta postura, señalan que otra concepción lo asimila (se refieren al contrato que se celebra entre el árbitro y las partes) a la locación de servicios o a la locación

⁸³ El Código Civil regula el contrato de locación de servicios en sus artículos 1764 a 1770. Así, lo define señalando que:

Artículo 1764.- «Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución».

⁸⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

de obra. Así, señalan que la equiparación con la locación de servicios padece de los mismos reparos que los del mandato debido a que:

El locatario de servicios debe, en principio, cumplir con las directivas que le señale el locador. Si lo que pretende destacarse es que el árbitro debe cumplir su cometido según el procedimiento preestablecido por las partes, es asimilable, pero la sola consideración de la competencia del árbitro para pronunciarse sobre la misma y para laudar, vuelven poco apropiada la locación de servicios como figura legal. La analogía entre arbitraje y locación de obra algunos la han encontrado seductora. Ella aparece plausible cuando se apunta a que la parte ha seleccionado al árbitro por sus cualidades y por la finalidad a cumplir —el llegar a la solución final de la controversia a través del laudo—. Pero el paralelo termina allí. A poco que observemos la función del árbitro veremos que la ‘obra’ resultante puede no ser del ‘agrado’ del locador. Por otro lado es llanamente inadmisibles admitir que el árbitro reciba directivas, indicaciones o sugerencias sobre medidas a seguir o las decisiones a tomar. Como otra consideración, debe señalarse que el árbitro, durante las actuaciones arbitrales, puede imponer a las partes sanciones disciplinarias, así como tomar medidas interlocutorias que resulten gravosas para las partes que lo propusieron. Esta sola consideración aleja la posibilidad de similitud entre la locación de servicios o de obra y el arbitraje.⁸⁵

⁸⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje. Op. cit.*, p. 27.

Debemos hacer notar que los citados autores hablan de locación de servicios y locación de obra. Vamos a referirnos, en primer término, a la locación de obra.

Nuestra legislación denomina a esta figura como contrato de obra. Y, en efecto, hacen bien Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón en señalar que la naturaleza de la relación partes-árbitro no puede ser la de un contrato de obra, pues puede que el laudo o, en general, la manera cómo los árbitros dirijan el procedimiento arbitral, no sea del agrado de las partes. Pero hay más. Las partes tampoco podrán inspeccionar la obra de los árbitros durante el arbitraje, ni mucho menos comprobarla (estas facultades constituyen las características más importantes de este tipo de contratos).⁸⁶ En ese sentido, de plano, ya no podríamos hablar de un contrato de obra.

Sin embargo, se debe analizar con mayor detenimiento el argumento de Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón, para afirmar que tampoco cabe hablar de una locación de servicios. Señalan que ello no es posible en vista de que los árbitros deben «seguir las directivas del locador». Aquí creemos que se

⁸⁶ La inspección y la comprobación de la obra se encuentran reguladas por los numerales 1777 y 1778 del Código Civil, respectivamente. A continuación el texto de los citados artículos:

Artículo 1777.- «El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector deber ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra».

Artículo 1778.- «El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. Si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada».

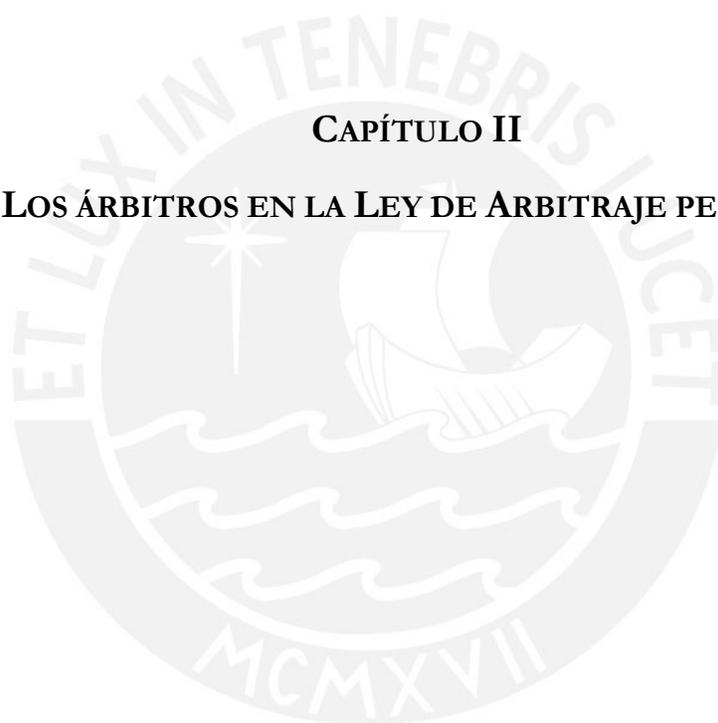
están confundiendo dos temas: el aspecto formal, constituido por el procedimiento propiamente dicho, vale decir, por las directrices que las partes o la ley han establecido para llevar a cabo el arbitraje; y, en segundo término, las decisiones o resoluciones que los árbitros vayan a tomar al interior del arbitraje.

En efecto, los árbitros deben tener en cuenta lo establecido (en otras palabras, lo ordenado) por las partes en cuanto a la forma cómo es que las actuaciones arbitrales se van a llevar a cabo. Esto es algo que está fuera de discusión. Sin embargo, y aquí viene la gran distinción, pues en base a estas directrices, los árbitros van a cumplir con una función: resolver la incertidumbre planteada por las partes. De esta forma, tanto en la elaboración del laudo arbitral, como en aquellas resoluciones que se pronuncien sobre cuestiones que decidan algo, los árbitros tienen absoluta libertad y no se supeditan a lo que diga, ordene o disponga una parte.

Por ello, cabe afirmar que en la relación partes-árbitro, el árbitro se obliga, sin estar subordinado a las partes, a prestarle sus servicios para un trabajo determinado (resolver el conflicto a través de un laudo), a cambio de una remuneración.

CAPÍTULO II

LOS ÁRBITROS EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA



NÚMERO DE ÁRBITROS

Artículo 19.- «Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros».

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 19

Dentro de los antecedentes legislativos de la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1918.- «Los árbitros deben ser designados por las partes en número impar. Si son tres o más formarán tribunal, presidido por el que ellos elijan. [...]».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 18.- «Los árbitros son designados directamente por

acuerdo de las partes.

[...].».

Artículo 19.- «Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral, presidido por el que ellos elijan. En caso de falta de acuerdo sobre el número de árbitros o de referencia a un reglamento arbitral, y siempre que sean designados judicialmente, serán tres y el tribunal estará presidido por el de mayor edad.

[...].».

Finalmente, el artículo bajo estudio tiene como antecedente inmediato a los numerales 20 y 24 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dichos preceptos señalaban que:

Artículo 20.- «*Nombramiento*

Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, [...].».

Artículo 24.- «*Número de árbitros*

Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres. Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 19 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Voluntario de la República portuguesa de 2011, el artículo 2 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005, el artículo 10 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 12 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 12 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 42 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 12 del Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999, el artículo 122 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el numeral 1034 del Código Procesal Civil alemán, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje de la República Federativa de Brasil de 1996, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de la República Popular de China de 1994, la sección 7 de la Ley de Arbitraje de Finlandia de 1992, el artículo 1426 del Código de Comercio de México, entre otros.⁸⁷

⁸⁷ A continuación, el texto de los referidos cuerpos normativos:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 10.- «Número de árbitros

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres».

- Ley de Arbitraje Voluntario de la República portuguesa de 2011

Artículo 8.- «Número de árbitros

1. Un tribunal arbitral puede ser constituido por un único árbitro o por varios, en número impar.
2. Si las partes no hubieran acordado el número de miembros del tribunal arbitral, éste se compondrá por tres árbitros».

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 2.- «Los litigios ante la Corte, podrán ser conocidos por un tribunal arbitral, en lo adelante tribunal, integrado por uno o tres árbitros, según acuerden o hayan acordado las partes, o establezcan los convenios internacionales.

En defecto de acuerdo de las partes sobre el número de árbitros que deba integrar el tribunal, el mismo quedará constituido por tres árbitros».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 31.- «Número de árbitros

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que deberá ser siempre un número impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 10.- «Número de árbitros

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 12.- «Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro».

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 12.- «Número de árbitros

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, el cual deberá ser impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 42.- «Número de árbitros

Las partes determinarán el número de árbitros que, en todo caso, será impar. A falta de acuerdo de las partes los árbitros serán tres si la controversia es de mayor cuantía, o uno si es de menor cuantía».

- Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999

Artículo 12.- «Número de árbitros

El tribunal arbitral estará compuesto por uno o tres árbitros. Si las partes nada hubieran dispuesto, el número de árbitros será de tres.

En el arbitraje con pluralidad de partes se podrá establecer, por voluntad de las partes, un número distinto de árbitros para la composición del tribunal arbitral».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 122.- «Árbitros

Las partes conjuntamente nombrarán y determinarán el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero, total o parcialmente. En todo caso el número de árbitros será siempre impar. Si nada se dice a este respecto los árbitros serán tres (3), salvo en las cuestiones de menor cuantía en cuyo caso el árbitro será uno solo.

[...].»

- Código Procesal Civil alemán

1034.- Composición del tribunal arbitral

- 1) Las partes podrán nombrar el número de árbitros, a falta de tal acuerdo, el número de árbitros será tres.

[...].»

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

— ANÁLISIS

1. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA

El desarrollo histórico de la humanidad, como no podía ser de otra manera, ha creado, transformado o eliminado diversas instituciones para llegar hasta donde hoy se encuentra.

Este cambio se ha producido, en muchos casos, de manera vertiginosa

Artículo 17.- «Constitución del tribunal

El tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. [...].

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 17.- «Número de árbitros

I. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que necesariamente será impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres.

[...].

- Ley de Arbitraje de la República Federativa de Brasil de 1996

Artículo 13.- «Puede ser árbitro cualquier persona capaz que tenga la confianza de las partes.

1° Las partes nombrarán uno o más árbitros, siempre en número impar, pudiendo nombrar, también, a sus respectivos suplentes.

[...].

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 13.- «Número de árbitros

1. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.

2. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres, salvo que el monto en controversia no exceda de cincuenta mil quetzales (Q. 50,000.00), en cuyo caso, a falta de acuerdo, el árbitro será uno».

- Ley de Arbitraje de la República Popular de China de 1994

Artículo 30.- «Un tribunal arbitral puede estar compuesto por tres árbitros o un árbitro. Un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros deberá tener un árbitro que lo presida».

- Ley de Arbitraje de Finlandia de 1992

Sección 7.- «Las partes pueden determinar el número de árbitros, a falta de acuerdo, los árbitros serán tres».

- Código de Comercio de México

Artículo 1426.- «Composición del Tribunal Arbitral

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, será un solo árbitro».

(piénsese en el desarrollo tecnológico de los últimos años o en la primera revolución industrial de la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX, por citar los ejemplos más representativos), o, en muchos otros casos más, de manera pausada y sostenible (el nacimiento de muchos Estados o, incluso, el descubrimiento del lenguaje escrito, por ejemplo).

La mayoría de estos fenómenos culturales no hubieran sido posibles si es que no hubiera existido un elemento principal: la voluntad.

Desde tiempos inmemoriales el hombre ha hecho uso de ese libre albedrío para ordenar y decidir sobre su propia conducta. De esta forma, y como sucede con todo, este elemento ha sufrido profundos cambios que con el paso del tiempo han hecho que hoy se le entienda de diversa manera a como se le entendía siglos atrás. Así, pues, y sin ir muy lejos, si a principios del siglo XX se entendía que ejercer la voluntad para batirse a duelo con otra persona era perfectamente posible y hasta respetable, hoy en día dicho acto constituiría un delito y un acto completamente repudiable. Surgen así una serie de elementos que limitan a la voluntad para moldearla y orientarla, de manera que pueda subsistir junto a otras dentro de un ambiente de paz y de garantía de otros derechos.⁸⁸

De esta forma, este elemento abstracto, que se materializa a través del ejercicio de la libertad personal, encuentra en el Estado a su primer garante y

⁸⁸ Para mayores referencias sobre la evolución del concepto de autonomía de la voluntad, recomendamos la lectura de ALTERINI, Atilio Aníbal. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

protector, el cual, a su vez, le impone determinados límites, a saber: orden público, buenas costumbres, derecho de terceros, entre otros.

Ahora bien, el concepto jurídico de autonomía privada, o autonomía de voluntad como algunos la llaman,⁸⁹ ha sido desarrollado *in extenso* por una serie de juristas y ordenamientos legales.

Así, y por citar sólo un ejemplo, Martín-Ballesteros y Costea⁹⁰ ha señalado que:

El concepto de autonomía se identifica con el de soberanía, ya que aquél implica el poder de darse normas de por sí». En ese sentido, «esta autonomía puede ser concedida por el Estado a una autoridad, caso en el cual estamos frente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, que son obligatorias para todos, o bien atribuida a los sujetos privados, quienes pueden dictar normas para regular sus propias conductas. Esta segunda potestad recibe el nombre de autonomía privada. Por ello se dice que los hombres son soberanos para vincularse obligatoriamente entre sí.

Ya dentro del ámbito legislativo, la Constitución Política del Estado peruano señala en su artículo 2, inciso 24, que «toda persona tiene derecho a la libertad». Así, establece el literal a) del mismo inciso que «nadie está obligado a

⁸⁹ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 5.

⁹⁰ MARTÍN-BALLESTEROS Y COSTEA, Luis. *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1963, p. 33.

hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». De la misma forma, consagra en la última parte del numeral 103 que «La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Sobre este punto, Marcial Rubio Correa⁹¹ sostiene que:

Se ha constitucionalizado así un principio tradicional del derecho privado que establecía lo mismo que dice ahora el texto constitucional pero que debidamente analizado por la doctrina ha conducido a una modificación del texto. El artículo II del Título Preliminar del Código Civil dice ahora: La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.

El cambio de redacción es importante porque, como sabemos, existen el Derecho (*ius* le decían los romanos) y los derechos (*iura* en Roma). El primero es el sistema jurídico, los segundos son los derechos que las personas tienen en su vida concreta. No se puede abusar del *ius* pero sí se puede abusar de los *iura*.

A su turno, el máximo intérprete de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional,⁹² ha establecido que: «La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales».

⁹¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo I, p. 442.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.º 0019-2005-PI-TC.

Ahora bien, siendo un poco más específicos, esta noción de autonomía privada ha sido también trasladada al ámbito contractual, ya que nuestra Constitución, en su artículo 2, inciso 14, nos dice que «toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

Dentro de esta línea de pensamiento, podríamos decir que la secuencia que normalmente se debe seguir para estar frente a un contrato es la siguiente:

AUTONOMÍA PRIVADA - LIBERTAD INDIVIDUAL - LIBERTAD DE CONTRATAR – CONTRATO

El profesor Espinoza Espinoza,⁹³ quien, junto a Fernández Sessarego, ha estudiado con profundidad estos temas, señala que el derecho a la libertad es la situación jurídica en la que se tutela tanto el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de derechos (libertad entendida en un sentido amplio) como el poder que éstos tengan para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (libertad entendida en un sentido restringido). Esta última acepción comprende a la autonomía privada.

Sin perjuicio del acertado concepto que acabamos de citar, no debemos olvidar que la libertad no resulta ser una facultad, una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener libertad sino el hombre es libertad. Es albedrío. Y ésta es su situación ontológica en el

⁹³ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 272.

Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino el ser mismo de su existencia. La libertad le ha sido impuesta al hombre como su responsabilidad. Por ser libre el hombre es responsable de su existencia y de la de los demás con quienes coexiste.⁹⁴

Debemos reiterar el hecho de que estos conceptos, que constituyen una facultad que poseen las personas para regular sus intereses y crear relaciones jurídicas entre sí, se deben encontrar y deben desarrollarse respetando el ordenamiento jurídico. Por ello, no deja de tener razón Cancino,⁹⁵ cuando señala que «no se concibe el ejercicio de la autonomía privada sino en la estructura de una libertad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico».

Por otra parte, la autonomía privada posee un doble contenido, a saber: la libertad de contratar, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién voy a contratar; y la libertad contractual, o de configuración interna, que es la posibilidad de determinar el contenido del contrato.⁹⁶

Ahora bien, el Arbitraje, qué duda cabe, es uno de los frutos más sabrosos que ha producido la «autonomía privada».

No debemos olvidar que la Ley de Arbitraje otorga un papel protagónico a la autonomía de las partes, la cual se refleja claramente en la posibilidad de que

⁹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho*. Lima: Studium Ediciones, 1987, p. 59.

⁹⁵ CANCINO, Fernando. *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Temis, 1979, p. 22.

⁹⁶ Para mayor información, ver LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, p. 65.

éstas puedan regular, casi en su totalidad, el desarrollo y consecuencias de las actuaciones arbitrales. Por otro lado, el principio de flexibilidad inspira muchísimas normas contenidas en la ley, encontrando, raramente, un límite en los principios de orden público: audiencia, contradicción, igualdad, entre otros.

Teniendo esto claro, y sin el propósito de reiterarlo cada vez que en nuestro análisis nos encontremos con frases como «las partes podrán» o «salvo pacto en contrario», se deberá entender que si es que los actores de un arbitraje así lo desean, podrán hacer uso de sus libertades contractuales, como en el caso de la elección del número de árbitros (que a continuación vamos a analizar), para construir un procedimiento arbitral acorde a sus intereses, con las únicas limitaciones que la Constitución (a través de una serie de principios y garantías), las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, y la Ley de Arbitraje (en poquísimos casos), establecen.

2. NÚMERO DE ÁRBITROS

A diferencia de un proceso desarrollado en el fuero común, en donde quienes dilucidarán la incertidumbre jurídica se encuentran ya preconstituidos, en el arbitraje sucede todo lo contrario: el tribunal que resolverá el conflicto ha de constituirse mediante una elección que realizarán las partes, por una institución especializada o por un tercero encargado.

Cantuarias Salaverry⁹⁷ señala al respecto que:

Probablemente, la principal ventaja del arbitraje frente al Poder Judicial sea la facultad que tienen las partes de elegir a las personas que se encargarán de resolver sus conflictos.

Cuando estamos ante un proceso judicial es el Estado el que impone a la persona que resolverá el conflicto, quien finalmente será identificado conforme a los criterios de competencia: territorio, materia, cuantía, turno, etc.; de esta manera, las partes necesariamente acudirán ante un extraño elegido por el Estado como su representante para la resolución de su conflicto.

En cambio, uno de los pilares fundamentales del arbitraje se sustenta en la libertad de las partes de elegir a la persona o personas —llamadas árbitros— que se encargará o encargarán de conocer y resolver las controversias que las partes les sometan a su consideración.

Esta libertad permite a las partes escoger a personas de su confianza o a terceros con buenas referencias, los que además son generalmente designados por sus conocimientos en el tema que será sometido a controversia.

Cabe señalar que la vigente Ley de Arbitraje no establece límites en la conformación del tribunal arbitral; sin embargo, la práctica arbitral nos enseña que es poco probable que éste se vea conformado por más de tres personas, debido a que son las partes quienes sufragan los costos que implican los honorarios de los árbitros y que un número mayor de árbitros determinaría una

⁹⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2008, p. 259.

situación poco funcional.

2.1. *Elección por las partes*

Como se dijo, la Ley de Arbitraje reitera su postura en el sentido de intervenir lo menos posible y, por el contrario, otorgar a las partes plena libertad para regular sus intereses dentro del arbitraje.

Refiriéndose a la ley española de arbitraje, Yáñez Velasco⁹⁸ sostiene que «dado el principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige en materia de arbitraje, la ley concede libertad para que las partes determinen el número de árbitros, aunque siempre debe ser impar para evitar un eventual empate».

La elección del número de árbitros podrá realizarse en el mismo convenio arbitral o, en su defecto, en un momento posterior.

Pese a que las partes tienen absoluta libertad para la elección del tribunal arbitral, resulta obvio que, como todo, dicha facultad encuentre limitaciones. Por ello, la doctrina y algunos cuerpos normativos han sido los encargados de poner énfasis a este tema estableciendo que, básicamente, existen dos restricciones.

La primera de ellas, señalada por Yáñez, está referida al hecho de que el

⁹⁸ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 343.

órgano administrador de justicia siempre debe poseer un número impar de integrantes. Uno, tres, cinco o más árbitros.⁹⁹

Sobre este punto, Cantuarias Salaverry¹⁰⁰ señala que «la decisión legal de limitar la autonomía de la voluntad de las partes, exigiendo siempre que el tribunal arbitral sea impar, responde a un legítimo interés del Estado de asegurar la eficacia del arbitraje, ya que la existencia de tribunales arbitrales pares puede determinar que no se llegue a una decisión final por falta de mayoría».

Ahora bien, esta falta de regulación expresa en la vigente ley podría suplirse si consideramos una lectura sistemática de todo su contenido. Así, podría aplicarse a toda actuación arbitral donde se tenga que tomar una decisión lo establecido por el artículo 52, inciso 1, que señala lo siguiente:

Artículo 52.- «Adopción de decisiones

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente. [...]».

⁹⁹ Natale Amprimo enumera una serie de cuerpos normativos que no exigen que el número de árbitros sea impar: el artículo 4 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, el artículo 5 de las normas reguladoras de la *American International Association*, el artículo 8 de la *International Chamber of Commerce*, el artículo 5.4 de la *London Court of International Arbitration*, la *United Kingdom Arbitration*, así como las leyes de Alemania, Holanda y México. Por otro lado, también hace mención a aquellas leyes que sí exigen que el tribunal arbitral se constituya por número impar; así se tiene a: el artículo 37 del Convenio de Washington, el artículo 809 del *Codice di Procedure Civile*, el artículo 6.1 de la Ley de Arbitraje de Portugal, el artículo 1435 del *Code de Procedure Civile* francés, el artículo 12 de la Ley de Arbitraje española, así como la Ley de Arbitraje de Bélgica (AMPRIMO PLÁ, Natale. «Número de árbitros». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 285).

¹⁰⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Los árbitros en la nueva Ley General de Arbitraje (Ley n.º 25472)». *Ius et Veritas*. Revista editada por los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 12, p. 51.

Sin embargo, de proceder de esta manera se podrían generar opiniones encontradas e irreconciliables.

Supongamos que estamos frente a un tribunal arbitral compuesto por dos árbitros. Uno de ellos vota a favor de que una excepción deducida sea declarada fundada, mientras que el otro se pronuncia en contra. Los argumentos del primero son mucho más sólidos y convincentes que los del segundo, pero es éste quien detenta el cargo de presidente del tribunal. ¿Será justo y, sobre todo, coherente que por tener la condición de presidente del tribunal se deba preferir su opinión frente a la otra que a todas luces es más consistente? Creemos firmemente que no.

En ese entender, somos de la opinión que el legislador cometió un grave error al no establecer como límite a la autonomía privada el que el tribunal deba estar conformado por un número impar.

Los problemas que surjan sobre este tema podrían debilitar la consistencia y solidez de la institución arbitral.

El segundo límite que existe en torno a la autonomía privada en el nombramiento de los árbitros es el referido al respeto al derecho a la igualdad de las partes en el proceso de designación, evitando el privilegio o discriminación de alguna de ellas.

Esta prohibición será analizada en detalle cuando estudiemos el contenido del artículo 26 de la Ley de Arbitraje, el cual establece que: «Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula».

Sin embargo, de manera general podemos decir que constituye un principio que alimenta un debido procedimiento arbitral el que a las partes se les garantice la posibilidad de hacer uso de todos los mecanismos de defensa y ataque permitidos por la ley.

2.2. Falta de acuerdo en la elección del número de árbitros

Como señala la última parte del numeral bajo análisis: «A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres los árbitros».

Aquí, cabe distinguir dos supuestos: si estamos frente a un arbitraje institucional o frente a un arbitraje *ad hoc*.

Como resulta claro, en caso nos encontremos ante un arbitraje administrado, vale decir institucional, será el reglamento aplicable de la respectiva institución el que resolverá el problema en relación al número de árbitros.

La práctica arbitral ofrece diversas soluciones. Así, por ejemplo, se establece que a falta de acuerdo entre las partes el número de árbitros será de

uno (tal como señala el artículo 14, inciso 2, del Reglamento del Centro de Arbitraje de México), de tres (como lo hace el Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, en su artículo 25), o de uno o tres, según las circunstancias del caso (así lo estipula el artículo 24, inciso 2, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima).

Ahora bien, en el arbitraje *ad hoc*, sin duda, a falta de acuerdo entre las partes, la ley, de manera supletoria, ordena que el tribunal arbitral esté conformado por tres árbitros.

3. CRÍTICA A LA FÓRMULA PROPUESTA POR EL ARTÍCULO 19

La ventaja máspreciada que se ofrece a quienes recurren al arbitraje es, entre otras, la celeridad con que se resuelve un conflicto.

Así, creemos que la fórmula contenida en el artículo 19 de la Ley de Arbitraje sería más eficaz si es que se hicieran dos precisiones muy puntuales (que, por ejemplo, la Ley española sí hace), en el sentido de exigir que el número de árbitros que conformen el tribunal deba ser impar y el hecho de que a falta de acuerdo de las partes el árbitro sea uno solo en vez de tres.

Sobre lo primero, creemos que en caso el tribunal arbitral esté conformado por un número par de árbitros, existiría la posibilidad de que se presenten algunos inconvenientes.

Podría pasar, por ejemplo, que todos estén de acuerdo con lo que se vaya a decidir o uno de ellos se encuentre en desacuerdo. ¿Cómo se resolvería este caso? Ya vimos que recurrir a una lectura sistemática de la Ley de Arbitraje y aplicar el contenido del artículo 52 no siempre será la decisión más idónea.

Por ejemplo, la Ley General de Arbitraje del año 1996, a través del contenido de su numeral 24, resolvía este problema, pues quería evitar un caso en el cual, de manera innecesaria y por no existir mayoría en la toma de decisiones, el arbitraje se vea dilatado. Por ello, dicha ley estableció claramente que el número de árbitros debería ser impar.

Incluso, esta ley fue más allá, pues señaló que en caso las partes nombren a un número par de árbitros como miembros del tribunal, éstos debían proceder a nombrar a un árbitro adicional que actuara como presidente, con lo que los eventuales problemas quedarían solucionados.

Sobre esta acertada opción legislativa, Cantuarias Salaverry¹⁰¹ sostiene que «aun cuando las partes en violación de la ley dispongan la constitución de un tribunal arbitral par, la propia LGA (en referencia a la entonces vigente Ley General de Arbitraje) en vez de anular el acuerdo, genera de manera acertada la forma de corregir el error».

¹⁰¹ IBÍDEM.

Garberí Llobregal,¹⁰² comentando la acertada opción adoptada por la legislación española, señala lo siguiente:

El número impar tiene un carácter imperativo. Esta exigencia es aplicable tanto al arbitraje administrado por las partes, como al arbitraje institucional, lo que exige que sus propios reglamentos contemplen el número impar de los árbitros.

Dicho requisito se justifica por razones operativas, con la finalidad de que los acuerdos se adopten válidamente por mayoría de sus miembros, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa [...].

En consecuencia, es nula la cláusula en la que se prevé la actuación de únicamente dos árbitros de los que se hace expresa designación, quienes a su vez habrían de nombrar a un tercero en caso de discrepancia; aunque la nulidad no afectará a la totalidad de la cláusula arbitral, sino sólo en lo que afecta al número de árbitros por así imponerlo el principio de conservación de los contratos [...]. La nulidad de dicho pacto determinará la existencia de un solo árbitro.¹⁰³

¹⁰² GARBERÍ LLOBREGAL, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 283 y 284.

¹⁰³ Sobre el tema de la nulidad, Hinojosa Segovia cita una jurisprudencia española que establece que: «Debe ahora resolverse sobre la validez de la cláusula mencionada, en la que se preveía la actuación de únicamente dos árbitros de los que se hacía expresa designación, quienes a su vez habrían de nombrar un tercero en caso de discrepancia, cuestión que se suscita porque la nueva Ley de Arbitraje, como queda dicho de aplicación al caso, exige imperativamente que el número de los árbitros sea impar. Pero ante tal contradicción de la cláusula contractual de arbitraje con la exigencia legal, la consecuencia no debe ser sin embargo la nulidad total de la cláusula, como pudiera entenderse a la vista de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley, sino sólo parcial en cuanto al número de árbitros y la designación de éstos que en ella se hace —dado en este caso la inseparabilidad del número de árbitros con su designación—, por así imponerlo, según la más autorizada doctrina que esta Sala hace suya, el principio de conservación de los contratos del que es ejemplo, en la propia Ley de Arbitraje, su artículo 8, que prevé la conservación de la cláusula arbitral pese, incluso, a la nulidad del contrato en sí, lo que conduce a tener que declarar la procedencia en definitiva de la formalización judicial del arbitraje». (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Barcelona: Grupo Difusión, 2004, p. 81).

Ahora bien, otro punto que resulta necesario cuestionar es el referido al número de árbitros que a falta de acuerdo de las partes resolverá el conflicto. La vigente ley señala que serán tres. Nosotros no nos encontramos de acuerdo con ello.

Como se sabe, la ley española ha establecido que será uno, y no tres como en nuestro caso, el número de árbitros que juzgará la controversia a falta de acuerdo de las partes.

Esta opción legislativa fue adoptada debido a que se tuvo en cuenta dos principios rectores que todo arbitraje nunca debe dejar de lado: economía y celeridad.

Respecto al primero, la práctica ha demostrado que la existencia de tres árbitros supone un encarecimiento no justificado del arbitraje. De esta forma, será suficiente con que la ley, de manera supletoria, establezca que será sólo un árbitro el encargado de dilucidar la incertidumbre. No tiene sentido elegir a tres árbitros si existe la posibilidad de nombrar a un solo árbitro idóneo, capaz y con suficiente experiencia en el tema en el que se enmarca la controversia.

Por otro lado (en torno al respeto del principio de celeridad), qué pasaría si no hay acuerdo de las partes y, efectivamente, conforme lo establece la ley, se deba proceder a nombrar a tres árbitros y sólo una de las partes cumple con su designación. En este caso habría sólo un árbitro. ¿Cómo resolver este problema?

¿Quiénes nombrarán a los otros dos?

La Ley de Arbitraje, en su artículo 23 literal d), nos da la respuesta:

Artículo 23.- «Libertad de procedimiento de nombramiento

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

[...]

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

[...]».

Si bien es cierto existe una solución a este problema, ésta no satisface los estándares en términos de celeridad que todo arbitraje debe poseer. Así, mediante esta respuesta se deberá recurrir a la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje para que nombre a un árbitro en lugar de la parte que no designó a su árbitro, y éste, junto al ya nombrado, procedan a elegir al presidente del tribunal

arbitral.

Como se puede observar, estamos, sin duda, frente a un procedimiento bastante engorroso que se hubiera evitado si es que la Ley de Arbitraje peruana hubiera optado por establecer que a falta de acuerdo o duda será sólo un árbitro quien resuelva el conflicto.

Cabe señalar que lo trascrito sólo ocurrirá cuando estemos en presencia de un arbitraje *ad-hoc*. Es evidente que en el caso de un arbitraje institucional, el supuesto descrito no necesariamente se presentará.

Ahora bien, sobre este mismo punto —vale decir, sobre el número de árbitros que deberán conformar el tribunal arbitral—, Cantuarias Salaverry¹⁰⁴ sostiene que la fórmula peruana resulta adecuada debido a que permite a las partes la posibilidad de designar a varias personas en razón de su nacionalidad, profesión y experiencia. Señala el citado profesor:

La primera ventaja referida a la nacionalidad de los árbitros es fácil de apreciar, sobre todo cuando se trata de arbitrajes internacionales. En estos casos las partes generalmente domicilian o son nacionales de diferentes Estados. Además, normalmente sus relaciones comerciales están vinculadas por lo menos con los ordenamientos jurídicos que les resultan aplicables, razón por la cual es recomendable que cada una nombre un árbitro y luego los dos árbitros designados nominen

¹⁰⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. *Op. cit.*, pp. 262 y 263.

a un tercero (generalmente de una nacionalidad y domicilio distinto al de las partes) que presidirá el tribunal arbitral.

[...]

La ventaja de poder nombrar a varias personas en razón de su profesión o experiencia está referida a la posibilidad de que las partes designen profesionales de diversas disciplinas cuando la materia controvertida lo amerite. Así, puede suceder que tratándose de un problema técnico sea necesario designar no sólo a abogados, sino también (y especialmente) a ingenieros. En este escenario, resulta adecuada la constitución de un tribunal arbitral que esté compuesto por personas de diferentes profesiones.¹⁰⁵

Mantilla Serrano,¹⁰⁶ siguiendo esa misma línea, nos dice que «el tribunal de varios miembros favorece un mejor análisis y discusión de las diferentes cuestiones litigiosas, en la medida en que el arbitraje se beneficia así del aporte intelectual y del bagaje cultural y jurídico de diversas personas».

Los argumentos de Cantuarias y Mantilla resultan válidos habida cuenta de que todos los supuestos que mencionan pueden presentarse en la práctica. Nuestra preocupación se orienta en el sentido de evitar mayores costos a las

¹⁰⁵ Cantuarias ahonda en el tema al sostener que «La elección de un solo árbitro tendrá una doble ventaja. Por un lado, asegurará un arbitraje económico, ya que las partes sólo tendrán que pagar por los servicios de una persona; y, por otro lado, permitirá que el arbitraje se desarrolle con mayor rapidez, ya que muchas veces los arbitrajes se demoran por la dificultad de acomodar las agendas de varios árbitros. Por su parte, la designación de un panel o tribunal arbitral, si bien generará mayores costos y probablemente hará más lento el procedimiento arbitral que en el caso de contar con un solo árbitro, tiene una serie de ventajas como la de permitir a las partes la posibilidad de designar a varias personas en razón de su nacionalidad, profesión y experiencia». (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El número de árbitros: uno, tres ¿ninguno de los anteriores?». En *Id Est Ius*, n.º 2, año 2004, p. 72).

¹⁰⁶ MANTILLA SERRANO, Fernando. «La constitución del tribunal arbitral: cómo escoger al árbitro». En *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El arbitraje comercial internacional*, año 1995, p. 39.

partes cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo, así como en el hecho de que el arbitraje debe desarrollarse de manera natural, sin interrupciones ni trabas innecesarias.

Sin duda, en casos de arbitrajes internacionales o en aquellos en los que la materia discutida sea muy técnica y su discusión amerite diversos puntos de vista (que, entendemos, son los casos plateados por Cantuarias), sería preferible, y creemos que así lo acordarán las partes por convenir a sus intereses, que el tribunal esté conformado por tres o incluso más árbitros. Sin embargo, pensamos que estos casos no deberían constituir la regla y que, por el contrario, no será necesario nombrar a más de un árbitro en la generalidad de los supuestos en donde no exista acuerdo entre las partes.

Finalmente, y como tercer argumento que nos hace creer en la pertinencia de que la ley establezca que a falta de acuerdo será un solo árbitro el que resolverá la controversia, debemos tener en cuenta que la legislación comparada y los reglamentos de arbitraje de los centros arbitrales más importantes del mundo, adoptan esta postura.

Así, pues, de darse una futura reforma en la que se adopte la postura que planteamos, nuestra Ley de Arbitraje se alinearía con estos países y formaría parte del grupo de normas —que es cada vez mayor— que adoptan esta postura legislativa.

Con todo, somos de la opinión de que los legisladores deberán tener en

cuenta, en una futura reforma, el hecho de que será más eficaz que el número de árbitros siempre sea impar, así como la posibilidad de que, a falta de acuerdo entre las partes en el nombramiento del tribunal, éste se halle conformado solamente por un árbitro.



CAPACIDAD DE LOS ÁRBITROS

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».

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 20

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1916.- «El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados.

Pueden ser designados amigables componedores las personas naturales, nacionales o extranjeras, mayores de veinticinco años de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de los derechos

civiles».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 20.- «Pueden actuar como árbitros las personas naturales, nacionales o extranjeras, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad y se encuentran en pleno ejercicio de los derechos civiles.

Cuando la cuestión controvertida deba resolverse con arreglo a derecho, el árbitro debe ser, además, Abogado colegiado y mayor de veinticinco años».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 25.- «*Calificaciones legales de los árbitros*

Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles. El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados. El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras. Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el Artículo 20».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 20 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje Voluntario de la República portuguesa de 2011, el artículo 1 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la Republica de Nicaragua de 2005, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 43 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 13 del Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999, el artículo 130 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 19 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1427 del Código de Comercio de México, el artículo 743 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, entre otros.¹⁰⁷

¹⁰⁷ El contenido de los referidos cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 11.- «Nombramiento de los árbitros

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo, a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días

del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6; b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Arbitraje Voluntario de la República portuguesa de 2011

Artículo 9.- «Requisitos de los árbitros

1. Los árbitros deben ser personas naturales y plenamente capaces.
2. Nadie puede ser descartado, en su designación como árbitro, en razón de su nacionalidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 6 del artículo 10, y de la libertad de elección de las partes.
3. Los árbitros deben ser independientes e imparciales.
4. Los árbitros no pueden ser responsables por los daños que ocasionen sus decisiones, salvo en los casos en que los jueces lo determinen así.
5. La responsabilidad del árbitro prevista en el artículo anterior, sólo tiene lugar antes las partes».

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 1.- «Los árbitros de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, en lo adelante la Corte, serán independientes e imparciales en el desempeño de sus funciones y no podrán ser representantes de los intereses de las partes. Son árbitros de la Corte los designados por el Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba y que constan de la Lista de Árbitros en vigor. Los árbitros de la Corte se registrarán por el principio de confidencialidad en toda su actuación».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 32.- «Requisitos para ser árbitro

Pueden ser árbitros todas las personas naturales, que no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados. No obstante, las partes conociendo dichas circunstancias podrán habilitar a dicha persona para que integre el tribunal, en cuyo caso no podrán impugnar posteriormente el laudo por ese motivo.

Las partes podrán establecer requisitos o condiciones adicionales para los árbitros en el convenio arbitral.

No podrán ser nombrados como árbitros las personas que se encuentren inhabilitadas por la ley ni que tengan anexa jurisdicción».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 11.- «Nombramiento de los árbitros

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 4) y 5) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo:

- a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde

-
- su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.
- b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.
- 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes:
- Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o
 - Las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o
 - Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
- 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 3) ó 4) de este artículo será inapelable.

Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 13.- «Capacidad para ser árbitro

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 13.- «Nombramiento de los árbitros.

Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

- Salvo acuerdo en contrario de las partes, ni la nacionalidad ni el domicilio serán obstáculos para el nombramiento de los árbitros. Para el ejercicio de su función los árbitros extranjeros serán admitidos al país como extranjeros no residentes, por el plazo de seis meses, pudiendo éste ser prorrogado por períodos similares y percibirán remuneración por las tareas desempeñadas.
- Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos d) y e) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- A falta de tal acuerdo:
 - en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días, contados desde su nombramiento, la designación será hecha por el juez, a petición de cualquiera de las partes, en el plazo de siete días. El tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral.
 - en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.
- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que haga cumplir lo convenido por las partes adoptando las medidas necesarias, en el plazo de siete días, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

e) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en los Incisos c) o d) del presente artículo será inapelable.

f) Al nombrar un árbitro, el juez tendrá en cuenta las condiciones requeridas estipuladas entre las partes para un árbitro por el acuerdo y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Cuando se trate de un arbitraje internacional y el árbitro sea único o se trate del tercer árbitro, el juez tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 43.- «Requisitos para ser árbitro

Solo las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles podrán ser designados como árbitros.

Cuando el arbitraje haya de decidirse con sujeción a derecho, los árbitros deberán ser profesionales del derecho. Cuando el arbitraje se deba resolver conforme a normas o principios técnicos, los árbitros deberán ser expertos en el arte, profesión u oficio respectivo.

Las partes podrán establecer requisitos o condiciones adicionales para los árbitros en el convenio arbitral».

- Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999

Artículo 13.- «No podrá ser nombrados árbitros ni proseguir con las actuaciones las siguientes personas:

1. Las que hubieren atentado gravemente contra el Código de Ética de cada institución de arbitraje autorizada.

2. Las que hubiesen sido declaradas responsables penalmente por delitos de prevaricación, falsedad o estafa.

3. Las que hayan incurrido o estén incurriendo en alguna de las causas de abstención o recusación propia de los jueces, según lo previsto en Código Judicial».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 130.- «Impedimentos y recusaciones

Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro». (Artículo 12 Decreto 2279 de 1989 modificado en el inciso 2° por el artículo 120 de la Ley 446 de 1998).

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 19.- «Inhabilidades para ser árbitro

No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que ésta incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 20.- «Falta o imposibilidad de ejercicio

I. En caso de falta de ejercicio, muerte, incapacidad definitiva, incapacidad temporal mayor a veinte (20) días, renuncia, incompatibilidad legal o concurrencia de causal de recusación que imposibiliten el ejercicio de la función arbitral, se nombrará un sustituto, conforme a lo previsto en el siguiente artículo.

II. Si existiere desacuerdo respecto de una causal para la separación del árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitarla de la autoridad judicial competente.

III. La renuncia de un árbitro o la aceptación de la interrupción de su mandato por ambas partes, no implicará la presunción de evidencia de los motivos o causales que pudieren dar lugar a dicha renuncia o separación».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 14.- «Calidades para ser árbitros

1. Pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

— ANÁLISIS

1. CONCEPTOS GENERALES

Antes de iniciar el estudio del contenido del artículo 20 de la Ley de Arbitraje

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

3. No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez».

- Código de Comercio de México

Artículo 1427.- «Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

I.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

II.- Sin perjuicio de lo dispuesto en las fracciones IV y V del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.

III.- A falta de tal acuerdo:

a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez.

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el juez.

IV.- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una Institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

V.- Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en las fracciones III o IV del presente artículo, será inapelable. Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina

Artículo 743.- «*Nombramiento*

Los árbitros serán nombrados por las partes, pudiendo el tercero ser designado por ellas, o por los mismos árbitros, si estuviesen facultados. Si no hubiese acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez competente. La designación sólo podrá recaer en personas mayores de edad y que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles».

del Perú, creemos que resulta necesario tener en claro algunos conceptos generales que este numeral contiene y que, principalmente, están referidos al sujeto de derecho, los derechos civiles, la nacionalidad, entre otros.

1.1. *La persona individual como sujeto de derecho*

Como señala la doctrina especializada, el sujeto de derecho «es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia, a la vida humana».¹⁰⁸

De esta forma, serán sujetos de derecho el concebido, la persona individual (o natural, como la denomina el Código Civil o la Ley de Arbitraje, entre otros cuerpos normativos), la persona colectiva (o jurídica, como la llama el Código Civil) y las organizaciones de personas no inscritas.¹⁰⁹

El profesor Espinoza Espinoza¹¹⁰ reitera que «la denominación de sujeto de derecho, se refiere, siempre —exclusiva y excluyentemente— a la vida humana, cualquiera sea su modalidad, ya sea el ser humano en formación antes de su nacimiento, o una vez nacido, como ser ontológicamente libre u organizado colectivamente, cumpliendo (o no) con la formalidad de la inscripción en el registro, conforme a ley».

¹⁰⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁹ Como se sabe, no estamos frente a una lista de carácter *numerus clausus*, pues también se considera bajo la categoría de sujetos de derecho a la sociedad de gananciales, a las uniones de hecho, entre otros.

¹¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. *Op. cit.*, p. 43.

Para efectos del desarrollo del presente estudio, vamos a referirnos únicamente a una de las categorías que comprende la expresión «sujeto de derecho», a saber: la persona individual. Así, nos encontramos ante una relación de género especie, siendo aquélla el género y ésta la especie.

De esta forma, «la categoría jurídica específica denominada persona es adscribible sólo al ser humano, éste es titular de un plexo de derechos y deberes, los cuales tienen como fundamento su plena realización existencial».¹¹¹

Fernández Sessarego, teniendo en cuenta el hecho, el valor y la norma, señala que «la persona individual, teniendo en cuenta su concepto tridimensional (hoy ampliamente aceptado), es hombre en su dimensión de coexistencia, realizando o dejando de realizar valores. Pero este hombre es aprehendido a través de una construcción lógico-normativa, mediante la cual se describe y regula la conducta humana intersubjetiva».¹¹²

Debemos señalar que la persona individual, en un plano temporal, tendrá su origen en el nacimiento y su fin en la muerte. Así, el Código Civil señala en su artículo primero que: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento». De la misma manera, establece en su numeral 61: «La muerte pone fin a la persona».

1.2. Los derechos civiles

¹¹¹ ÍDEM p. 168.

¹¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, 1968, p. 184.

El tema de los derechos civiles se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de capacidad.

La doctrina se ha encargado de establecer que la capacidad es «la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos».¹¹³

Como se sabe, la capacidad puede clasificarse en dos: la capacidad de goce (también conocida como capacidad de derecho) y la capacidad de ejercicio (llamada también capacidad de hecho).

La primera de ellas —vale decir, la capacidad de goce— es entendida como la aptitud de la persona individual de ser titular de relaciones jurídicas. Por su parte, la capacidad de ejercicio es la facultad que tiene esta misma persona para ejercer por sí misma los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas.

Ahora bien, importa hacer referencia a la denominada capacidad de ejercicio que es, a fin de cuentas, la que la Ley de Arbitraje menciona.

En ese sentido, cabe señalar que el artículo 42 del Código Civil establece que:

Artículo 42.- «Tienen plena capacidad de ejercicio de sus

¹¹³ CIFUENTES, Santos. *Elementos del Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 70.

derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44». ¹¹⁴

Sobre la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, y el requisito que la ley exige para ello, Fernández Sessarego ¹¹⁵ sostiene que:

Ésta es entendida como la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho de ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto a persona. Se considera, de acuerdo a la ley vigente, la edad de 18 años para la adquisición de la plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles. Se supone, de acuerdo a la realidad social, que a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento.

Cabe precisar que los derechos civiles se ejercen, y ese ejercicio se encuentra supeditado a la capacidad que es una prerrogativa que tiene toda

¹¹⁴ Dichos numerales establecen lo siguiente:

Artículo 43.- «Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
- 3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable».

Artículo 44.- «Son relativamente incapaces:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- Los retardados mentales.
- 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- 4.- Los pródigos.
- 5.- Los que incurren en mala gestión.
- 6.- Los ebrios habituales.
- 7.- Los toxicómanos.
- 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil».

¹¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 9ª edición. Lima: Grijley, 2004, pp. 143 y ss.

persona que, conforme la exigencia del legislador, ha alcanzado la mayoría de edad. El hecho de que se haya optado por que ésta sea de dieciocho años constituye un tema de opción legislativa, ya que en otros países la edad para tener tal condición puede ser mayor o menor.

1.3. La nacionalidad

La Convención Europea sobre la nacionalidad ha establecido que:

Ésta es el fundamento de la relación de derechos y deberes que vincula al Estado con sus nacionales. Desde el punto de vista de los Estados, la nacionalidad es una de las formas a través de las cuales éstos ejercen su soberanía, de tal forma que cada Estado tiene la potestad de designar quiénes han de ser sus ciudadanos, señalar las formas de adquirir la nacionalidad, y las modalidades por las cuales ésta se pierde. No obstante ello, tal poder no es absoluto, sino que encuentra sus límites en el Derecho Internacional, y específicamente en los Derechos Humanos.¹¹⁶

Teniendo esto claro, y respecto a los límites señalados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del Caso Castillo Petrucci y otros, señaló que:

No obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente n.º 00737-2007-PA/TC.

de cada Estado, como lo ha señalado este Tribunal, la evolución registrada en esta materia demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de éstos y que en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurre la competencia de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.

Ahora bien, de manera breve diremos que dentro de los conceptos esbozados por el Derecho Internacional, se reconoce que existen dos tipos de nacionalidad: la originaria y la derivada.

La nacionalidad originaria, a su vez, se rige por dos principios, a saber: el *ius sanguinis* (a través del cual la nacionalidad se transmite con la filiación, de manera que a los hijos les corresponde la nacionalidad de sus padres) y el *ius solis* (mediante el cual la nacionalidad se determina en virtud del lugar de nacimiento de la persona, con lo que es el territorio del estado el que la determina).

A su turno, la nacionalidad derivada es aquélla que se consigue a través de la nacionalización.

Finalmente, cabe expresar que los motivos normalmente reconocidos por el Derecho Internacional para la pérdida de la nacionalidad son, entre otros, la solicitud del retiro de la nacionalidad, la adquisición de una nacionalidad extranjera y la entrada al servicio público o a las fuerzas armadas de otro

Estado.¹¹⁷

2. REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO

Ahora bien, luego de tener claros estos conceptos, nos corresponde analizar los alcances y limitaciones contenidos en el artículo 20 de la Ley de Arbitraje del Perú.

Así, dicha norma establece un criterio básico que debe ser tomado en cuenta por quien vaya a designar al árbitro: éste debe ser una persona natural.

Si bien puede existir una persona natural que sea a la vez jurídica, el desarrollo de la función arbitral se circunscribe siempre y en última instancia a la persona natural. Técnicamente, no se concibe que en el arbitraje una persona jurídica forme parte de un tribunal arbitral.

Garberí Llobregal¹¹⁸ sostiene que lo que sí se permite es la designación de una persona física que represente a una persona jurídica (vgr. Presidente de una Asociación, Decano de un Colegio Profesional, o los miembros del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, etc.).

¹¹⁷ A mayor abundamiento, recomendamos la lectura de RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Op. cit., tomo I, pp. 406 y ss., y tomo III, pp. 109 y ss.

¹¹⁸ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAL, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*. Op. cit., p. 296.

Sin embargo, pese a que el tema resulta bastante claro, se han suscitado largos debates y discusiones a nivel doctrinario sobre esta posición.

Podríamos citar, pues, las palabras de Roque Caivano,¹¹⁹ quien defiende la tesis de que no existe problema ni razón alguna para que una persona jurídica pueda tener la calidad de árbitro. Así, sostiene que:

Al tratar el tema se está olvidando que finalmente las personas jurídicas no tienen sino la voluntad y el entendimiento de las personas físicas encargadas de representarla (sic); son dirigidas por personas de existencia visible. Es evidente que los actos materiales y la toma de decisiones serán realizados por las personas físicas que encarnan la representación de aquélla (sic).

De manera que así como se asigna a las personas jurídicas la calidad de sujeto de derecho, y se admite que sean socias o síndicos de una sociedad comercial, no existiría objeción válida para impedirles ser árbitros, desde luego dando por sentado que son sus representantes quienes ejercen el rol de árbitros. La delegación de la función estaría ínsita en la voluntad de las mismas partes contratantes que al suscribir el acuerdo arbitral de sometimiento a una persona jurídica como árbitro ya saben que ello sólo podrá ser posible a través de la actuación personal de los representantes de aquélla.

[...]

En suma, esto será posible en la medida en que las partes así lo hayan pactado, que el objeto social de la persona jurídica designada como árbitro se lo permita, y que ésta acepte la

¹¹⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª edición. Buenos Aires: Ad hoc, 2000, pp. 191 y 192.

designación.

Asimismo, Caivano aborda el tema de la indeterminación de la persona que vaya a resolver el conflicto en caso sea una persona jurídica la elegida por las partes para formar parte del tribunal arbitral:

La indeterminación relativa de las personas físicas que resolverán el litigio —los árbitros, en definitiva, si bien no estarían determinados con nombre y apellido, serían determinables— es en última instancia una cuestión que en modo alguno puede afectar el interés público, por lo que queda reservada a la zona de autonomía de la voluntad de los particulares. Ese principio es el que determina también la libertad de las partes de establecer ellas mismas la forma de determinar la identidad concreta de los árbitros, o delegarlo en la propia persona jurídica escogida. El primer caso se daría cuando las partes convengan someterse al arbitraje del presidente de una Bolsa o Cámara, o a su comisión directiva; y el segundo cuando no se indique referencia alguna, en cuyo supuesto la persona física que actuará como árbitro será definida por la persona jurídica a la que se hayan sometido.¹²⁰

Qué duda cabe de que los argumentos de Caivano son bastante ilustrativos; sin embargo, ellos eligen un camino más largo en el que podrían presentarse problemas que retrasarían el curso de las actuaciones arbitrales.

¹²⁰ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 192.

Así, Cantuarias Salaverry¹²¹ identifica dos inconvenientes que se podrían presentar si aceptamos la idea de que una persona jurídica sea nombrada como árbitro (entendiendo este supuesto en el sentido de que esta persona jurídica, finalmente, nombrará a una persona natural para que desempeñe la función de árbitro que se le ha designado):

En efecto, el primer problema es que, para que la persona jurídica acepte el encargo y proceda a designar a una persona natural que la representará, obviamente se requerirá que sus disposiciones estatutarias así lo autoricen, lo que normalmente no es el caso. Así, uno corre el riesgo que (sic) la persona jurídica simplemente no pueda cumplir con nominar a los árbitros.

Además, la designación que haga la persona jurídica de la persona natural será en calidad de representación, lo que implicará que la persona jurídica será la responsable de las acciones u omisiones de su representante. Esto constituye, sin duda, un claro desincentivo de esta práctica.

Ahora bien, retomando la cita de Caivano, consideramos que sus conclusiones vienen a ser las mismas que lo previsto por la Ley de Arbitraje: el nombramiento del árbitro siempre recaerá sobre una persona natural, el árbitro —que es quien decidirá sobre la controversia— siempre será una persona natural. Lo único que varía es la forma, el fondo sigue siendo el mismo.

¹²¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Op. cit., p. 273.

Cabe recordar que la derogada Ley General de Arbitraje, en caso se presente algún inconveniente de este tipo, preveía en su artículo 25 que cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación estaba referida a su actuación como entidad nominadora. De esa forma, dicha ley seguía la línea de pensamiento de la actual Ley de Arbitraje, en el sentido de que sólo podrá ser árbitro una persona natural.

Ahora bien, sobre este mismo tema, existe un supuesto que en la práctica podría presentarse y es el referido a la posibilidad de que se dé el nombramiento de un árbitro determinable, no determinado. ¿Es posible esto? Cabe decir, ¿resulta legalmente válido que las partes nombren como árbitro de un eventual conflicto al Premio Nobel de la Paz del año 2013? Creemos que la respuesta correcta es la afirmativa, ya que de una u otra forma se estaría respetando la exigencia de la norma bajo estudio y —con esa condición— no se estaría vulnerando norma alguna que interese al orden público ni a las buenas costumbres.

En segundo lugar, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje en vigencia exige que para el desempeño de la función arbitral no se debe tener restricciones en cuanto a los derechos civiles, es decir, que los árbitros no sean incapaces relativos o incapaces absolutos, en los términos de los artículos 43 y 44 del Código Civil y demás normas complementarias.¹²²

¹²² Un importante recuento de cómo el Tribunal Supremo español ha ido interpretando a lo largo del siglo XX el tema de la capacidad de los árbitros, se puede observar en MUÑOZ SABATE, Luis. *Jurisprudencia arbitral comentada (sentencias del Tribunal Supremo 1891-1991)*. Barcelona: Bosch Editor, 2002, pp. 197-211.

Alessandro Pieralli,¹²³ comentando la reforma italiana sobre arbitraje del año 2006, sostiene que «en cuanto a la capacidad para ser árbitro, el único presupuesto es que la persona se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Ha sido eliminada cualquier referencia a la ciudadanía, requisito que en el pasado había hecho dudar de la posibilidad de que los apátridas fueran designados árbitros».

Como ya mencionamos, en términos generales, la capacidad de ejercicio se adquiere cuando la persona llega a la mayoría de edad. Sin embargo, cabe aquí hacerse la interrogante sobre ¿desde qué momento se debe hallar la persona en pleno ejercicio de sus derechos civiles? ¿Desde que la persona es designada por la parte o partes, o al momento de la aceptación?

La interrogante resulta válida, debido a que puede darse el hecho de que entre el tiempo de la designación y el momento de la aceptación una persona que sea, por ejemplo, toxicómana logre recuperarse.

La norma es clara cuando señala que puede «ser» árbitro, y sólo se es árbitro cuando se acepta el nombramiento para el cargo. Por ello, creemos que la exigencia del pleno ejercicio de derechos civiles de que se habla, deberá ser observada al momento de la aceptación del cargo de árbitro y no antes de ésta.

¹²³ PIERALLI, Alessandro. «La reforma del arbitraje en Italia: principales novedades comparadas con la Ley española núm. 60/2003 de Arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n.º 9, p. 93.

Garberí Llobregal¹²⁴ se suma a esta postura cuando nos dice que «esta capacidad habrá de apreciarse en el momento de la aceptación del nombramiento, con independencia de que en el momento del nombramiento se tenga o no esta capacidad. Si el nombrado no reúne esta capacidad, habrá de nombrarse a otro, so pena de que el laudo dictado adolezca de nulidad».

Podría darse el caso, por ejemplo, de que se nombre como árbitro a un menor de edad, siempre y cuando, una vez surgida la controversia, esta persona pueda aceptar el cargo por haber alcanzado ya la mayoría de edad.

En ese orden de ideas, siendo ya árbitro, dicha persona deberá tener presente la observancia de este requisito, vale decir que la calidad que se requiere deberá ser mantenida a lo largo de todo el arbitraje.

Sin embargo, debemos poner especial énfasis en lo regulado por el numeral 30, inciso 1 de la misma Ley de Arbitraje (y sobre el que ahondaremos más adelante), ya que éste establece que cuando un árbitro se vea impedido de hecho o «de derecho» para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción.

Lo que este precepto nos dice resulta contradictorio con lo establecido por la norma bajo estudio, ya que a través de aquélla se faculta a las partes para que continúen ventilando su conflicto ante un árbitro que no puede ejercer sus

¹²⁴ GARBERÍ LLOBREGAL, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*. Op. cit., p. 296.

funciones por cuestiones, por ejemplo, de derecho (en esta hipótesis se subsume lo exigido por el artículo 20, es decir, que el árbitro se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles).

Así, pues, ¿resulta esto coherente?

Creemos que no; pero no por el hecho de que estemos en contra de la autonomía privada de las partes al momento de regular sus relaciones, sino más bien por el hecho de que pensamos que es más importante la garantía constitucional que acoge el principio de una correcta administración de justicia.

No creemos que sea correcta, por ejemplo, la hipótesis en la cual un árbitro sufra un problema toxicológico en la mitad del arbitraje que evidentemente va a afectar su juicio y su desenvolvimiento y, siendo las partes conecedoras de este hecho, le permitan continuar desempeñando la función que le fue otorgada por ellas.

En este escenario, somos de la opinión de que lo establecido por el artículo 20 y por el inciso 1 del artículo 30 debe ser aplicado sistemáticamente respetando el principio general señalado por el primer numeral citado.

Por otro lado, ya hemos señalado que el artículo 42 del Código Civil establece que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del mismo Código.

Este precepto debe ser leído de manera conjunta con lo estipulado por el numeral 46 del Código Civil, pues la capacidad también será plena para las personas mayores de dieciséis años que se hayan casado o que hayan obtenido título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio.

Por otro lado, un tema que resulta interesante es el planteado por el profesor Lohmann Luca de Tena,¹²⁵ el mismo que se refiere al domicilio y su relación con la capacidad del individuo. En adelante sus comentarios:

Punto importante a dilucidar es el de la capacidad en relación con el domicilio. El artículo 2070 del CC peruano dispone que:

[...] la capacidad de la persona natural se rige [...] por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado [civil] ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

[...] (Énfasis agregado).

Como expresa la Exposición de Motivos la regla impide que la [capacidad] adquirida en el lugar de domicilio se restrinja luego, mediante el cambio de domicilio, pero permite que sea ampliada cada vez que el individuo cambie de domicilio, de acuerdo a las tendencias doctrinaria y jurisprudencial, de optar por la ley más favorable a la capacidad. Como dice la misma Exposición de Motivos [...] el respeto al estado y a la capacidad regularmente adquiridos en otro país es principio recogido en casi todos los textos modernos de Derecho Internacional Privado como el Tratado de

¹²⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Capacidad». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 292.

Derecho Internacional de Montevideo de 1940 [...].

En ese sentido, creemos, junto a Lohmann, que la capacidad de un árbitro para ejercer plenamente sus derechos civiles se determina según la ley de su domicilio, no según la ley peruana si el árbitro, sea peruano o de cualquier otra nacionalidad, ocasionalmente en funciones en el Perú, no tiene domicilio en nuestro país.

Con todo esto claro, si bien es cierto la ley nacional (así como la mayoría de las leyes consultadas) sólo exige (a quien quiera ser árbitro) ser una persona natural y gozar del ejercicio pleno de los derechos civiles, existen requerimientos bastante peculiares que hemos podido encontrar en otras legislaciones.

Así, pues, en el caso de los países musulmanes que aplican la Shari`a, siguiendo la doctrina hanbalí, u otras doctrinas sunitas, se exige que el árbitro posea las mismas capacidades del juez, vale decir, obligan a que el árbitro sea de sexo masculino. Por el contrario, aquellos que siguen la doctrina hanafita para interpretar la Shari`a, permiten tanto a hombres como mujeres ser árbitros.

De otro lado, en el ámbito de las creencias religiosas, en los mismos países musulmanes, debemos diferenciar dos casos. Aquellos que aplican la Shari`a siguiendo la doctrina hanbalí, u otras doctrinas sunitas, requieren que el árbitro posea las mismas capacidades del juez, es decir, exigen que éste sea musulmán. Segundo, aquellos países que siguen la doctrina hanafita para interpretar la Shari`a, no exigen que el árbitro sea necesariamente musulmán.

Así, dentro de los primeros, hallamos el caso de Arabia Saudita y Omán. En tanto, en los segundos, tenemos el caso de Egipto, Yemen, Irán y los Emiratos Árabes Unidos.¹²⁶

Finalmente, cabe citar otros casos, como el de la República Popular de China, donde se exige que los árbitros cumplan con algunas de las siguientes condiciones: haber estado en la práctica arbitral por ocho años, haber trabajado como abogado por ocho años, haber servido como juez por ocho años, haberse ocupado en trabajos de investigación legal o de educación legal y tener un título superior, o haber adquirido el conocimiento legal, trabajando en el campo de la economía y del comercio, y poseer un título superior o haber alcanzado un nivel profesional equivalente.

De modo similar, la Ley de Arbitraje de Indonesia exige ciertas cualificaciones para ser árbitro, como tener por lo menos 35 años y contar con una experiencia mínima y activa de 15 años en materia de arbitraje.

Finalmente, cabe citar la experiencia taiwanesa, pues su Ley de Arbitraje, del 24 de junio de 1999, exige para ser árbitro, además de una reputada integridad e imparcialidad, poseer determinada experiencia legal o profesional, la cual en algunos casos requiere una práctica temporal de más de cinco años.

¹²⁶ Un estudio más detallado sobre el tema se pueden encontrar en MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. *Op. cit.*, pp. 116 y ss.

3. INCOMPATIBILIDAD PARA SER ÁRBITRO

La Real Academia Española¹²⁷ define el término «incompatibilidad» como el «impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez».

El artículo 20 de la Ley de Arbitraje bajo análisis establece que las personas que sean designadas como árbitros, no deben tener incompatibilidad para actuar como tales. Esto último en relación a lo señalado en el artículo 21 de la propia Ley de Arbitraje, numeral que será analizado posteriormente.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el tema de la incompatibilidad resulta de vital importancia, ya que se encuentra íntimamente relacionado con lo establecido por el artículo 63, inciso 1, literal c, que señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse o, en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Vale decir, el requisito de compatibilidad deberá tenerse muy en cuenta y

¹²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición on line www.rae.es (Visitado el 25-6-2012).

se deberá cumplir con él, ya que su inobservancia podría acarrear la nulidad del laudo arbitral que constituye, sin duda alguna, el castigo más severo que puede sufrir el arbitraje.

4. LA NACIONALIDAD COMO IMPEDIMENTO PARA EJERCER LA FUNCIÓN DE ÁRBITRO

Al margen del tema de la incompatibilidad para ejercer la función de árbitro, el artículo bajo estudio establece como regla general el hecho de que la nacionalidad de una persona no es obstáculo para que pueda actuar como árbitro. En ese sentido, sería perfectamente posible que una persona extranjera pueda ejercer dicha función.

Esta postura nos parece saludable en vista de que no existe argumento lógico ni ético alguno para prohibir a una persona el ejercicio de una labor como la de ser árbitro.¹²⁸

Matheus López,¹²⁹ sobre el particular, señala que «hoy en día, tanto en la legislación comparada como en la doctrina relevante, se observa unánimemente que la nacionalidad de origen no es obstáculo para ser designado árbitro en cualquier país distinto del propio».

¹²⁸ En esta misma línea se pronuncia CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Op. cit.*, pp. 290 y ss.

¹²⁹ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «La selección del árbitro». En *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*. N.º 10, año 2010. Barcelona: Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch Editor, p. 189.

Sigue esta línea de pensamiento Mantilla Serrano,¹³⁰ cuando señala que exigir determinado requisito que se relacione con la nacionalidad a una persona constituye una actitud pasada de moda y que no existe en la mayoría de las legislaciones modernas sobre arbitraje.

Cabe recalcar que este último extremo de la ley, a diferencia del primero, tiene carácter dispositivo. Ello resulta adecuado, ya que una vez más se reafirma el principio de la autonomía privada de las partes en la elección de quienes tendrán la tarea de resolver su conflicto.

De otro lado, es necesario señalar que nuestra Constitución Política, en su artículo 2, inciso 2, establece que «toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole».

Finalmente, creemos importante reflexionar sobre el principio de reciprocidad y su relación con el contenido del artículo bajo estudio.

Decimos ello, debido a que dicho principio —que se encuentra bastante difundido y tomado en cuenta en la experiencia internacional— deberá tenerse presente en cualquier otro país respecto a profesionales peruanos que eventualmente puedan desempeñarse como árbitros. Vale decir, sería poco

¹³⁰ MANTILLA SERRANO, Fernando. «La constitución del tribunal arbitral: cómo escoger al árbitro». En *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El arbitraje comercial internacional*, año 1995, p. 41.

apropiado establecer determinadas exigencias para que una persona extranjera pueda ser árbitro teniendo en cuenta que en la mayoría de las legislaciones arbitrales no existen requerimientos de ese tipo. Así, un árbitro peruano podrá desempeñarse como tal en cualquier país que posea una regulación como la nuestra en virtud de la reciprocidad que debe existir entre ambos estados.

Para concluir con este análisis, cabe señalar que los requisitos enunciados por la legislación son mínimos. Ello, obviamente, no limita el derecho de las partes para que, a través del convenio arbitral o de una institución que administra arbitrajes, puedan imponer mayores exigencias que las que establece el artículo 20 de la ley.

Las barreras establecidas por ley no pueden dejarse de lado, ni eliminarse mediante pacto en contrario, debido a que ellas importan la más elemental garantía de seguridad en el arbitraje, pero en nada agravia el orden público que las partes, directa o indirectamente, se pongan de acuerdo en requerir cualidades específicas para quienes habrán de ser designados como árbitros. El espíritu será el de permitir la búsqueda de aquellas personas que reúnan las mejores cualidades para el cargo. Y mientras ello no importe una discriminación infundada o que agravie principios constitucionales, no existirá razón para limitarla.¹³¹

5. CRÍTICA AL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE ARBITRAJE

¹³¹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 183.

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, creemos que la norma bajo estudio no debió incluir la última parte de su redacción referida a: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

Lo señalado allí no enriquece el contenido de dicho numeral; de hecho lo desmejora, permitiendo que se tome como referencia a la nacionalidad de una persona para que no pueda ejercer la función de árbitro.

No entendemos las razones, y de hecho el legislador no las da, para que se permita a las partes no elegir a un árbitro por la simple razón de que sea de una u otra nacionalidad.

Por otro lado, pensamos que no existiría problema alguno en que se añada a la última parte de esta norma el contenido del artículo 21 de la Ley de Arbitraje. Con ello tendríamos un solo numeral que contenga los requisitos y las incompatibilidades para ser árbitro, ya que, como se observa, ambas normas regulan un mismo supuesto de hecho.

INCOMPATIBILIDAD PARA EJERCER LA FUNCIÓN DE ÁRBITRO

Artículo 21.- «Incompatibilidad

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

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 21

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1917.- «No pueden ser nombrados árbitros quienes tengan, en relación con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las causales que determinan la excusa o recusación de un juez».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 21.- «Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes, los parlamentarios, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones, los miembros de los Tribunales Administrativos, los representantes ante las Asambleas Regionales, los miembros de los Consejos Regionales y los Alcaldes.
3. El Superintendente y los Intendentes de Banca y Seguros, el Contralor y Subcontralor de la Contraloría General de la República y los directores del Banco Central de Reserva.
4. Los Prefectos y Sub-prefectos.
5. Los Vice-ministros y Directores Generales de la administración pública Central, Regional y Local.
6. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados.
7. Los Notarios Públicos y los Fedatarios.
8. Los Registradores Públicos y los funcionarios públicos a dedicación exclusiva.
9. Los Auxiliares de Justicia y los funcionarios y empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público.
10. Los ex- Magistrados en las causas que han conocido».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 26.- «Personas impedidas de actuar como árbitros

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional.
3. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados.
4. Los ex-Magistrados en las causas que han conocido.
5. El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 21 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 44 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 130 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el

artículo 19 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, entre otros.¹³²

¹³² El contenido de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 32.- «Requisitos para ser árbitro

Pueden ser árbitros todas las personas naturales, que no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados. No obstante, las partes conociendo dichas circunstancias podrán habilitar a dicha persona para que integre el tribunal, en cuyo caso no podrán impugnar posteriormente el laudo por ese motivo. Las partes podrán establecer requisitos o condiciones adicionales para los árbitros en el convenio arbitral.

No podrán ser nombrados como árbitros las personas que se encuentren inhabilitadas por la ley ni que tengan anexa jurisdicción».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 13.- «Capacidad para ser árbitro

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 44.- «No pueden ser árbitros

No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o sus apoderados alguna de las causas de abstención y de recusación que establecen las reglas procesales.

Tampoco podrán actuar como árbitros, los jueces, magistrados, fiscales, y quienes ejerzan funciones públicas, excepto las vinculadas con la docencia».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 130.- «Impedimentos y recusaciones

Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro». (Artículo 12 Decreto 2279 de 1989 modificado en el inciso 2º por el artículo 120 de la Ley 446 de 1998).

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 19.- «Inhabilidades para ser árbitro

No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que ésta incurrió en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 14.- «Requisitos e incompatibilidad

I. La designación de árbitro podrá recaer en toda persona natural que al momento de su aceptación cumpla los siguientes requisitos:

1. Se encuentre en pleno ejercicio de su capacidad de obrar, conforme a la ley civil.
2. Reúna los requisitos convenidos por las partes o exigidos por la institución administradora del arbitraje.

II. Los funcionarios judiciales, miembros del Poder Legislativo, servidores públicos, funcionarios del Ministerio Público y operadores de bolsa, se encuentran, impedidos de actuar como árbitros, bajo pena

— ANÁLISIS

1. GENERALIDADES

Antes de iniciar el estudio del artículo 21 de la Ley de Arbitraje, creemos importante dejar claro los conceptos de algunos términos que contiene la citada norma. Así, principalmente nos referimos a dos, a saber: funcionario público del Estado y servidor público del Estado.

Para ello, recurriremos a la normativa que regula estas figuras. En ese sentido, la Ley marco del empleo público, Ley n.º 28175, en su artículo 4,¹³³

de nulidad del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad que les pueda corresponder por aceptar una designación arbitral».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 14.- «Calidades para ser árbitros

1. Pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.
3. No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez.

No obstante, si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo».

¹³³ Artículo 4.- «Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- b) De nombramiento y remoción regulados.
- c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del

establece una clasificación del personal de empleo público, en donde diferencia al servidor del funcionario público.

Rubio Correa,¹³⁴ comentando el numeral 40 de la Constitución Política, señala que «lo interesante [...] consiste en diferenciar a funcionarios y servidores del Estado. Los primeros tendrán responsabilidad en la tarea de conducción del Estado bajo los cargos políticos, en tanto que los servidores son profesionales que no tienen otra responsabilidad que la administrativa y, en general, no tienen control del poder».

De otro lado, debemos señalar que serán funcionarios públicos de elección popular directa y universal o confianza política originaria, por ejemplo, el Presidente de la República, los Congresistas de la República, los Alcaldes y Regidores, entre otros.

Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

3. Servidor público.- Se clasifica en:

a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional».

¹³⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Op. cit., tomo II, p. 424.

De la misma manera, serán funcionarios públicos de nombramiento y remoción regulados, por ejemplo, los Magistrados del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.

Finalmente, serán funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, por ejemplo, los Ministros de Estado, los Vice Ministros, los Presidentes del Directorio y Secretarios o Directores Ejecutivos o de rango similar de los organismos públicos descentralizados, los Gerentes Generales de los Gobiernos Regionales y Locales, los Prefectos y Sub Prefectos, entre otros.

Con esta distinción clara, pasaremos a analizar el contenido del artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

2. ANÁLISIS DE LA NORMA

A diferencia de sus antecedentes normativos —que contenían una lista de las personas que no podían ser árbitros—,¹³⁵ el artículo 21 de la Ley de Arbitraje cobija una norma de carácter general.

¹³⁵ Un desarrollo exhaustivo del porqué del impedimento de cada una de estas personas para ser árbitros, se puede observar en: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Op. cit.*, volumen 1, pp. 133 y ss.

Esto nos parece razonable en vista de que, como sabemos, el método de que una norma intente abarcar todas las hipótesis posibles de presentarse en la práctica se encuentra siempre con una realidad mucho más amplia que ofrece nuevos supuestos de hecho. De esta forma, la opción legislativa adoptada por la ley, que es de carácter general y no taxativa, resulta bastante prudente.

En ese entender, el objeto de este precepto se ha ideado teniendo en cuenta que la sociedad, en general, y las partes, en particular, desconfían *a priori* del hecho de que determinados sujetos, independientemente de sus cualidades personales y profesionales, puedan actuar como árbitros.

De la misma forma, resulta necesario señalar que otro fin que se quiere lograr con una norma como la que venimos analizando es el preservar la función arbitral —como una categoría autónoma e independiente— y diferenciarla de la función pública.

Ya hemos señalado que el árbitro es un tercero imparcial, una persona natural que posee independencia e imparcialidad y que debe, en todo momento, al encargo que las partes le han conferido.

Incluso, en la práctica arbitral es común observar que al momento de que una persona es designada como árbitro, ésta, cumpliendo con el deber de revelación que se encuentra consagrado en la Ley de Arbitraje, comunica todo posible acto, tarea o función que desarrolló y se encuentra desarrollando, y que pueda vincularse directa o indirectamente con las partes del arbitraje al que han

invitado como árbitro.

La Ley de Arbitraje prohíbe que se pueda confiar la función arbitral a determinadas personas. Así, el veto contra estos individuos debe producirse debido a que, de lo contrario y así las partes así lo acuerden, el arbitraje sería nulo.

En este escenario, podríamos estar frente a un supuesto de nulidad (en los términos del artículo 219, inciso 4, del Código Civil), por cuanto el fin de nombrar a una persona que no es compatible con el cargo, contraviene lo lícito (vale decir, lo señalado por el numeral 21 de la Ley de Arbitraje).

Vidal Ramírez¹³⁶ señala sobre este tema que «la ilicitud de la finalidad se determina, entonces, cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es antijurídica».

De esta forma, el artículo 21 de la Ley de Arbitraje nos dice —de manera laxa— quiénes son esos sujetos que no pueden ser elegidos por las partes para desempeñar la función arbitral. Un actuar contrario a lo allí establecido iría en contra de la norma, con lo que dicho proceder encajaría dentro de un acto que sería calificado como antijurídico.

Ahora bien, creemos que el sentido de la norma ha sido el de vigilar y

¹³⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999, p. 502.

proteger el que la justicia arbitral no pueda estar en manos de personas que no posean —aparte de una serie de cualidades éticas y profesionales— las calificaciones legales para ser árbitros o que, aun teniéndolas, estén impedidas de serlo por circunstancias transitorias (como, por ejemplo, el cargo público que ocupan).

Finalmente, pese al carácter general que posee el precepto, resulta importante resaltar su última parte, cuando señala que esto será así «dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

Es decir, la Ley de Arbitraje, con mucha prudencia, ha preferido no legislar taxativamente los supuestos de incompatibilidad y ha dejado a otras normas la difícil tarea de establecer claramente quiénes no pueden ser árbitros.

En ese entender, resulta importante lo dispuesto en la Ley n.º 27588, «Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual», así como su reglamento, el Decreto Supremo 019-2002-PCM, «Reglamentan Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual».

Dicho cuerpo legislativo establece en su artículo 2, literal f, lo siguiente:

Artículo 2.- «Impedimentos

Las personas a que se refiere el Artículo 1 de la presente Ley, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos:

[...]

f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. [...].»

Ahora bien, el artículo 1, al cual hace referencia el numeral citado, habla de «Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos [...]».

Así, pues, encontramos en estas normas algunos supuestos en los cuales las personas inmersas en los numerales citados no podrán ejercer la función de árbitro.

De otro lado, tradicionalmente se ha hecho aplicable esta prohibición a una serie de funcionarios que, aparentemente, no tendrían por qué ejercer la función de árbitro.

Un caso que para nosotros resulta polémico, es el referido a si resulta razonable que se prohíba la función arbitral a los jueces y magistrados.

La Ley de Arbitraje sí lo prohíbe, en virtud de que su contenido se relaciona directamente con lo señalado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual, en su numeral 196, incisos uno y tres, señala que «Es prohibido a los Magistrados: 1.- Defender o asesorar pública o privadamente. [...] 3.- Ejercer el comercio o la industria o cualquier actividad lucrativa personalmente o como gestor, asesor, empleado, funcionario [...]». (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, Yves Derains¹³⁷ sostiene que en Francia, un juez puede desempeñar la función de árbitro si es que recibe una autorización de su superior.

Mangard, citado por Cantuarias Salaverry,¹³⁸ sigue esa línea otorgando mayores argumentos (bastante sólidos, por cierto), al señalar que:

Es el propio juez quien debe decidir en primer lugar si su participación en un caso concreto de arbitraje puede resultar perjudicial para su reputación como juez, incapacitarle para tratar determinados casos futuros en el tribunal o simplemente exigir demasiado tiempo que debería dedicar a su trabajo habitual. Así, en mi país [Suecia] existe actualmente un grupo cada vez más

¹³⁷ DERAINS, Yves. «France». *The Yearbook on Commercial Arbitration*, vol. VI, p. 8.

¹³⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. *Op. cit.*, p. 286.

amplio de jueces que han recibido formación práctica en el campo del arbitraje y a quienes los hombres de negocios o sus abogados se dirigen para que participen, bien como árbitros únicos o como presidentes de un tribunal arbitral, en los casos comerciales más importantes. No puedo imaginar ninguna objeción razonable, desde el punto de vista ético o jurídico, contra un sistema de esta clase.

Creemos que las palabras del citado autor se circunscriben a la realidad de su país, en donde la aprobación de la actuación y trabajo de los magistrados está fuera de duda. Lamentablemente, resulta bastante complicado aplicar ese razonamiento a nuestro medio, en vista del alto grado de desconfianza que posee la ciudadanía en la labor del Poder Judicial. Sin embargo, y sin ánimo de tomar postura sobre el particular, creemos que sería interesante que el debate sobre este tema se inicie, pues si en otros países esta posibilidad se encuentra regulada, ¿por qué en nuestro país no?

Otro caso que nos parece interesante analizar es el referido a los Congresistas de la República. El artículo 92 de nuestra Constitución señala que la función de congresista es de tiempo completo y que le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso. Asimismo, el numeral 18 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República establece que la función a tiempo completo comprende los trabajos en las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Comisiones, así como en el Grupo Parlamentario y la atención a los ciudadanos y las organizaciones sociales y

cualquier otro trabajo parlamentario, eventualmente, la asunción de algún cargo en la Mesa Directiva o en el Consejo Directivo del Congreso. Finalmente, las normas contenidas en los artículos 19 y 20 del mismo T.U.O., establecen las incompatibilidades y prohibiciones, respectivamente, para desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio sólo durante las horas de funcionamiento del Congreso.

Sobre este punto, Cantuarias Salaverry¹³⁹ señala que «en la Constitución y en las normas legales reglamentarias no existe una prohibición expresa para que los parlamentarios puedan actuar como árbitros».

Sin embargo, no compartimos lo señalado por Cantuarias, ya que, si bien es cierto, de la lectura de las normas trascritas no se desprende expresamente una prohibición, no debemos perder de vista lo estipulado por el artículo 2 de la Ley n.º 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, ya que ésta prohíbe a un Congresista (entendido éste como funcionario público de elección popular directa y universal o confianza política originaria) desempeñar la función de árbitro, por más que no se encuentre dentro de las horas de funcionamiento del Congreso.

De otro lado, no está de más decir que también se encuentran prohibidos de ejercer la función de árbitro, entre otros, los procuradores públicos,¹⁴⁰ los

¹³⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Op. cit., p. 287.

¹⁴⁰ El Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, Decreto Legislativo n.º 1068, de fecha 27 de junio de 2008, señala lo siguiente:

Artículo 22.- «De las funciones de los Procuradores Públicos

ministros,¹⁴¹ los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura¹⁴² y los funcionarios de la administración pública, central, regional y local con categoría de directores generales y de mayor nivel.¹⁴³

Finalmente, se tendrá que estar frente al caso concreto para saber si es que una persona puede o no desempeñar la función arbitral. Quién más que la misma persona propuesta para informar si su actual trabajo le permite o no desempeñarse como árbitro.

3. CRÍTICA AL ARTÍCULO 21 DE LA LEY DE ARBITRAJE

Sin perjuicio de lo señalado a lo largo del análisis del numeral bajo estudio, creemos que el contenido de este artículo podría, sin ningún problema, incluirse dentro del artículo 20 de la Ley de Arbitraje, ya que éste se encarga de regular los requisitos y prohibiciones para acceder a la función de árbitro.

[...]

22.7. El ejercicio de las funciones de Procurador Público es a dedicación exclusiva, con excepción de la labor docente. [...]

¹⁴¹ La Constitución Política del Perú, en su artículo 126, señala:

Artículo 126.- «Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta.

Los ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa.

Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas».

¹⁴² La Constitución Política del Perú, en su artículo 156, señala:

Artículo 156.- «Para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura se requieren los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, salvo lo previsto en el inciso 4 del artículo 147. El miembro del Consejo Nacional de la Magistratura goza de los mismos beneficios y derechos y está sujeto a las mismas obligaciones e incompatibilidades».

¹⁴³ El artículo 2 del Decreto Supremo 009-93-TR establece que:

Artículo 2.- «Los funcionarios de la Administración Pública, Central Regional y Local con categoría de Directores Generales y de mayor nivel, no podrán actuar como árbitros, conforme lo dispone la Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N° 29535 aplicable en vía supletoria».

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Artículo 22.- «Nombramiento de los árbitros

- 1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.*
- 2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.*
- 3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el cumplimiento del encargo.*
- 4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.*
- 5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución*

arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23».

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 22

Este artículo no registra antecedentes en el Código Civil de 1984.

La Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 18.- «Los árbitros son designados directamente por acuerdo de las partes.

Se exceptúa de lo anterior:

1. Cuando son nombrados judicialmente.
2. Cuando en el convenio arbitral las partes encomiendan expresamente a un tercero la designación.
3. Cuando las partes se someten al reglamento de una institución organizadora de arbitrajes, que contenga el procedimiento de designación.

Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existiera árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes, se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 20.- «Nombramiento

Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada. Podrán designarse igualmente uno o más árbitros suplentes».

Artículo 25.- «*Calificaciones legales de los árbitros*

[...] El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados. El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras. Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el Artículo 20».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 22 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 3 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 45 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 129 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de

Conflictos colombiano de 1998, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, entre otros.¹⁴⁴

¹⁴⁴ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 11.- «Nombramiento de los árbitros

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo, a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6; b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 3.- «Los árbitros serán nominados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación; o, en su defecto, designados por el Presidente de la Corte. En todos los casos se requerirá la conformidad del árbitro nominado, la que hará constar en escrito dirigido a la Corte en un término de cinco (5) días contados a partir de ser impuesto de su nominación.

Los árbitros nominados por las partes o, designados en su caso por el Presidente de la Corte, elegirán al presidente del tribunal arbitral, dentro de los diez días siguientes a la confirmación del segundo árbitro; o, en su defecto, se designará el mismo por el Presidente de la Corte.

Las partes podrán nominar un árbitro suplente para el caso de eventual ausencia o imposibilidad de actuación del árbitro nominado».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 15.- «Nombramiento de los árbitros

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.

5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno».

(Este artículo se encuentra redactado conforme a la Ley 11/2011, de fecha 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado).

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 45.- «Nombramiento de los árbitros

Las partes podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros. A falta de acuerdo de las partes o de no designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 129.- «Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el Director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 16.- «Designación de árbitros

De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el Director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 17.- «Número de árbitros

I. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que necesariamente será impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres.

II. En el arbitraje con árbitro único, cuando las partes no logren ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado por la autoridad judicial a petición de cualquiera de las partes.

III. A falta de acuerdo en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. La autoridad judicial competente designará los árbitros en los siguientes casos:

1. Cuando una de las partes no designe su árbitro dentro de los (8) días del requerimiento escrito de la otra para que lo haga.

2. Cuando los dos árbitros designados por las partes no logren ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de su nombramiento.

IV. Los árbitros que conforman el tribunal arbitral podrán designar un Secretario del Tribunal de conformidad con las partes.

El Secretario tendrá el expediente bajo su responsabilidad y coadyuvará al Tribunal en los actuados propios del procedimiento».

— ANÁLISIS

El artículo 22 de la Ley de Arbitraje del Perú contiene una serie de normas que regulan la materia el nombramiento de los árbitros de manera excluyente.

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 15.- «Nombramiento de los árbitros

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente o someter al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

2. A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; luego, entre los tres árbitros, designarán a quien fungirá como presidente del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como Presidente el de mayor edad. Si una parte no nombra al árbitro dentro de un plazo de quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días siguientes contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

b. En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro luego de transcurridos quince días desde que se hizo el primer requerimiento para ello, éste será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

c. Una vez designado un árbitro, éste deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de las dos semanas siguientes a su designación. Vencido dicho plazo, a falta de manifestación expresa, se tendrá como aceptada tácitamente la designación. Una vez recaída la aceptación del árbitro único o la del último árbitro, si el tribunal arbitral estuviere compuesto por más de un árbitro, dicho tribunal arbitral considerará legalmente constituido.

3. Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, ya sea:

a. Una parte no actúa conforme a lo estipulado en dicho procedimiento.

b. Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento.

c. Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, entonces, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente conforme al artículo 9 que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

4. Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo, al tribunal competente conforme al artículo 9, será definitiva, y por consiguiente no cabrá recurso, remedio procesal o impugnación alguna en contra de dicha decisión. Al nombrar un árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, si el arbitraje fuera internacional.

5. Los árbitros no representarán los intereses de ninguna de las partes, ejercerán el cargo con absoluta imparcialidad e independencia».

Decimos ello, pues establece una serie de pasos que deben tenerse en cuenta al momento de designar al árbitro o árbitros que conformarán el tribunal arbitral.

La importancia de este hecho es gravitante. Al respecto, Onyema¹⁴⁵ señala que:

Una de las mayores diferencias entre el arbitraje y el proceso ordinario (que es también vista como una de sus mayores ventajas) es el hecho de que las partes pueden y de hecho seleccionan o eligen su propio juez, llamado árbitro. En un proceso ordinario, las partes aceptan cualquier juez asignado para su caso. [...] Una vez que la decisión de llevar la disputa a un arbitraje ha sido tomada, nada es más importante que elegir el correcto tribunal arbitral. Es una elección tan importante no sólo para las partes de la controversia en particular, sino también para la reputación y reafirmación del propio arbitraje.

A continuación, realizaremos algunas reflexiones sobre lo allí regulado para, finalmente, plantear no pocas críticas a la forma en que está concebido este precepto.

1. SOBRE EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DE ÁRBITRO

¹⁴⁵ ONYEMA, Emilia. «Selection of arbitrators in international commercial arbitration». *International Arbitration Law Review*. Vol. 8, issue 2, p. 46. (Traducción libre).

La Ley de Arbitraje establece en el inciso 1 del artículo 22 que: «En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. Asimismo se establece que en el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo».

En principio, debemos manifestar que los incisos 1 y 2 de la norma bajo estudio sólo tienen sentido cuando estamos en presencia de arbitrajes de derecho. Así, en adelante dejaremos de lado toda referencia a los arbitrajes de conciencia, por lo menos en lo que respecta al análisis de estos dos incisos.

Ahora bien, creemos que en la medida de que se trata de buscar la aplicación correcta de una serie de normas, que en algunos casos son de orden público, la exigencia de ser abogado para llegar a ser árbitro resulta adecuada.

En ese escenario preliminar, es lógico que los tribunales arbitrales de derecho estén compuestos por abogados, es decir, por gente que conoce el Derecho (aunque, a decir verdad, creemos que esto no constituye un argumento irrefutable, pues mucho dependerá de la formación académica que esa persona tuvo y del sacrificio personal que realizó para aprehender la ciencia jurídica).

De esta forma, si un tribunal arbitral está compuesto por abogados, aparentemente tendrá la capacidad para conocer y entender los problemas que le presenten las partes, de manera que pueda laudar conforme a ley sin limitaciones de índole cognoscitivo. Ello, obviamente, más allá de que el tribunal se pueda equivocar o pueda —voluntaria o involuntariamente— no aplicar las normas

legales que debió.

Se sabe que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que el tribunal arbitral de un arbitraje nacional de derecho tiene que estar conformado por abogado(s). No interesa si se está frente a un tribunal arbitral unipersonal o uno colegiado.

Cantuarias Salaverry¹⁴⁶ señala que «al parecer la exigencia legal de que los árbitros de derecho fallen de acuerdo a ley y que actúen como jueces privados, ha llevado a que se equipare la función que cumple el árbitro de derecho con la que desarrolla el juez, dando origen a que se exija el exclusivo nombramiento de abogados cuando se está frente a un arbitraje de derecho».¹⁴⁷

Sin duda, en principio creemos que la voluntad del legislador fue la de otorgar mayores seguridades a los justiciables, quienes aparentemente esperan que su conflicto se resuelva conforme a ley para que puedan alcanzar la justicia que pretenden.

Dejamos claro que estas ideas son preliminares, ya que, como veremos al realizar algunas críticas al numeral bajo estudio, la realidad nos demuestra que se han dejado de lado principios básicos que inspiran la función arbitral, así como el hecho de que resulta clara la vulneración de una serie de derechos que posee toda persona que quiera ejercer la función de árbitro.

¹⁴⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Op. cit., p. 277.

¹⁴⁷ Más adelante veremos que Cantuarias no comparte la idea de exigir la calidad de abogado para ser árbitro.

Por otro lado, el inciso 2 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, que se encuentra íntimamente relacionado con el inciso primero, ya que su contenido fluye de él, señala que: «Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera».

La Ley de Arbitraje, en aras de difundir el uso de la institución y promoverla, tiende a brindar la mayor cantidad de facilidades a efectos de que se desarrolle el arbitraje, no exigiendo los requisitos de ejercicio de la profesión ni la pertenencia a colegios o gremios de abogados en el Perú o en el extranjero.

Sobre este punto, remitimos al lector a las críticas ubicadas en la parte final del análisis de este artículo, ya que lo señalado en el inciso segundo resulta innecesario, en la medida de que refuerza la innecesaria exigencia de que el árbitro sea abogado, así como alimenta la inútil distinción realizada entre arbitrajes nacionales y arbitrajes internacionales contenidas en el inciso primero del artículo bajo estudio.

2. LA POSTURA ADOPTABA POR LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO¹⁴⁸

¹⁴⁸ La Ley de Contrataciones del Estado fue aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, entrando en vigencia el 1 de febrero de 2009. Posteriormente, diversos artículos de dicho Decreto fueron modificados a través de la Ley n.º 29873, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 1 de junio de 2012.

Sin perjuicio de ahondar en un tema que no es materia de este estudio, creemos que resulta interesante mencionar cómo es que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones con el Estado regula esta materia.¹⁴⁹

Lo curioso es que en el ámbito de la contratación estatal, para emitir un laudo de derecho, no necesariamente debemos estar frente a un tribunal arbitral conformado únicamente por abogados, tal como lo establece el artículo 22 de la Ley de Arbitraje.

En efecto, el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

Artículo 52.- «Solución de controversias

[...]

52.4. El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias.

[...]».

Téngase en cuenta que si el tribunal arbitral estuviese integrado por un árbitro único, éste tendría que ser necesariamente abogado. De otro lado, si el

¹⁴⁹ Sobre este punto, recomendamos la lectura de la obra de los profesores Castillo Freyre y Sabroso Minaya (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 7. Lima: Palestra, 2009, pp. 137 y ss.).

tribunal arbitral fuese colegiado, es decir, compuesto por varios árbitros, únicamente se exige al presidente que sea abogado, pudiendo los otros dos profesionales ser de especialidades de conocimiento distintas. Es decir, podríamos encontrarnos ante un tribunal arbitral en donde una de las partes designe como árbitro a un matemático, la otra parte nombre como árbitro a un arquitecto, y estos dos, a su vez, designen de manera obligatoria a un presidente que deba ser abogado.

Sobre este punto, Kundmüller¹⁵⁰ señala que «en virtud del principio de especialidad, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta por dos árbitros no abogados. Esto es posible, siempre que la presidencia del tribunal sea ejercida por un abogado, garantizando la normativa de contrataciones y adquisiciones que este tribunal produzca un laudo de derecho».

Sin embargo, nos preguntamos, ¿en qué medida un tribunal arbitral compuesto en su mayoría por personas de conocimiento o especialidad ajenas al Derecho, podría estar en aptitud de laudar conforme a derecho?

Frente a esta interrogante se podría señalar que el presidente del tribunal deberá constituir y representar una especie de guía en la resolución del caso.

Lamentablemente, se sabe que el presidente, más allá de las facultades

¹⁵⁰ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n.º 34, p. 7.

decisorias o de dirimencia que establece la propia Ley de Arbitraje, es simplemente un árbitro entre tres, y que su decisión no necesariamente podrá modificar, convencer o persuadir a aquéllas de los otros árbitros que lo acompañan en la integración del tribunal arbitral.

De esta forma, ¿en qué medida un laudo de derecho puede apartarse de normas de Derecho?

Sin duda, aquí la respuesta tendrá que contener necesariamente el argumento que exija que los tribunales tengan que respetar, y más aún, no siendo tribunales de conciencia, preceptos de orden público, normas de carácter imperativo.

De esta forma, si estamos en presencia de árbitros ajenos a la profesión de abogado, éstos deberían ser diligentes e informarse y asesorarse adecuadamente, ya sea por el presidente del tribunal o por su cuenta, a efectos de no incurrir en errores.

Nótese, pues, la diferencia existente entre dos leyes (la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado) que regulan un mismo supuesto de hecho, a saber: un arbitraje de derecho.

Una ley establece la exigencia de que quien conforme el tribunal deba ser abogado, y otra la exige sólo para el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral colegiado.

Sin duda, esta regulación nada uniforme constituye un problema que, como dijimos, nos encargaremos de exponer en la parte final de este estudio.

3. ARBITRAJES NACIONALES Y ARBITRAJES INTERNACIONALES

Por otra parte, y retomando el inciso primero del artículo 22, no entendemos la razón por la que se señala que en el arbitraje internacional, que se entiende de derecho, en ningún caso se requiera ser abogado para ejercer el cargo.

Esto nos parece equivocado, ya que conforme a las exigencias planteadas por la ley para los arbitrajes nacionales, si nos encontramos ante un arbitraje internacional y de derecho, lo lógico es que también se tenga que exigir que la persona propuesta para formar parte del tribunal tenga que ser abogado.

Entiendo que no se tenga que poseer el título revalidado por la República del Perú, pero sí que deba ser abogado, de conformidad con las normas legales aplicables del país en donde se haya obtenido la licenciatura.

Si la Ley de Arbitraje ha optado por una tesis monista (vale decir, en la cual sólo se harán distinciones entre el arbitraje nacional e internacional cuando hayan cuestiones que inexorablemente deberán ser tratadas de distinta manera), no tiene sentido otorgar un tratamiento diferenciado a ambas formas de arbitraje en lo relativo al cumplimiento de determinados requisitos para ser

árbitro.

4. LIBERTAD EN LA ELECCIÓN

La primera parte del inciso tercero del artículo bajo comentario, señala que: «Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo».

Merino y Chillón¹⁵¹ señalan que «la legitimación del arbitraje es estrictamente subjetiva porque el conflicto que resuelve es intersubjetivo y en consecuencia la posición del árbitro y su actividad nace, se desarrolla y se extingue para una concreta controversia y en función exclusivamente de la autodeterminación que los interesados le dan para que despliegue tales funciones».

En efecto, la primera parte del inciso tercero se encarga de otorgar plenos poderes a las partes, quienes tendrán la primera opción para designar al tribunal que solucionará su controversia.

Sin embargo, la práctica demuestra que existen casos en los que por diversos motivos no son las mismas partes quienes nombran al tribunal. Por ello la norma contiene una enumeración excluyente para que sean personas distintas a las partes quienes cumplan con dicha obligación. Así, se faculta también a una

¹⁵¹ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 505.

institución arbitral o a un tercero para que cumpla con tan delicada misión.

Teniendo esto claro, cabe recordar que pese a que la ley concede a las partes total libertad para determinar el sistema de designación de los árbitros, debe tenerse presente un único límite: el principio de igualdad (el cual se encuentra contenido en el numeral 23 de la Ley de Arbitraje, que posteriormente estudiaremos).

Así, el procedimiento que diseñen las partes debe respetar el principio de igualdad, el cual es de orden público, por lo que un procedimiento que no lo respete conllevaría la nulidad de la designación.¹⁵²

De otro lado, la segunda parte del inciso tercero del artículo 22 establece que: «La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo».

Aquí se hace referencia a la solicitud de información necesaria que pueden realizar la institución arbitral o el tercero para cumplir con el encargo. Dicha solicitud de información puede ser de diversa índole, desde la especialidad que el árbitro debe poseer, hasta lo relativo a su nacionalidad, por ejemplo. Aquí la ley no hace mayores precisiones, ergo, no cabe hacer

¹⁵² Yáñez Velasco, comentando la ley española, sobre este punto señala que las partes, a la hora de determinar el procedimiento, deberán respetar los principios de equidad y justicia, que no son propiamente el de igualdad, aunque el principio de justicia engloba el de igualdad. De todas formas, se hace difícil imaginar que las partes presten su consentimiento a un procedimiento que no respete dicho principio de igualdad. (YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Op. cit., p. 359).

distinciones allí donde la ley no las hace.

5. POSIBILIDAD DE REVOCAR EL NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO

El inciso 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje señala que «Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento».

Creemos que el sentido de lo establecido aquí es el de preservar la rigurosidad y seriedad de las comunicaciones que existan entre las partes. Ello, en vista de que el arbitraje —en general—, así como el nombramiento de los árbitros —en particular—, no constituye un tema que pueda llevarse a la ligera. Por ello, creemos que el objetivo de este inciso pretende evitar que las partes puedan cambiar de opinión a cada rato sin motivo razonable. Lo dicho hasta aquí es lo que podemos rescatar de la norma.

Por otro lado, lo regulado por el inciso 4 se encuentra en plena concordancia con el adagio *venire contra factum proprium nulli conceditur*, que dentro de la doctrina especializada se conoce como la teoría de los actos propios. De esta forma, se ha dicho que «la Teoría de los Actos Propios es una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en

otro una fundada confianza».¹⁵³

Sobre este punto, Rivas Guzmán¹⁵⁴ señala que «la doctrina de los actos propios es un principio general de Derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto».

De más está ahondar en la aplicación de este precepto a la norma bajo estudio, ya que es evidente que la conducta de quien nombre al árbitro tendrá que guardar concordancia entre el pasado y el futuro. Ello, sin perjuicio de que pueda cambiar de opinión por fundadas razones, sin que ello perjudique el desarrollo del arbitraje o importe una falta para con su adversario.

Ahora bien, teniendo en cuenta la redacción, así como las normas del Derecho Común (que, como sabemos, contiene una serie de principios que se pueden aplicar supletoriamente a cualquier relación jurídica), creemos que el inciso 4 del artículo 22 es una norma que bien podría no haberse incluido en la Ley de Arbitraje; primero, porque su contenido es confuso; y, segundo, porque el Código Civil posee preceptos bastante claros que regulan las declaraciones de voluntad.

Sobre lo primero, debemos señalar que la Ley de Arbitraje, en el inciso 4

¹⁵³ Para mayores referencias, recomendamos la obra de los doctores Castillo Freyre y Sabroso Minaya (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos propios*. Lima: Palestra, 2006, p. 63).

¹⁵⁴ RIVAS GUZMÁN, Ramón. «La doctrina de los actos propios». En *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 192.

del artículo 22, regula dos momentos: el primero, referido a cuando la parte nombra a un árbitro; y, el segundo, relativo a cuando la otra parte es notificada de dicho nombramiento.

En estricto, aquí lo que debió mencionar la ley no es el nombramiento, sino la aceptación del árbitro. El que una parte nombre a una persona para que desempeñe la función de árbitro no constituye una situación definitiva. Dicho hecho no pasa de ser una invitación, una oferta para desempeñar determinada labor.

Lo realmente importante es que la persona que ha sido nombrada o designada acepte efectivamente la propuesta. Es recién allí donde la relación entre parte y árbitro se perfecciona, vale decir, el contrato tendrá efectos jurídicos cuando la otra parte (el propuesto como árbitro, en este caso) acepte el nombramiento y dicha aceptación sea de conocimiento de la parte que lo nombró.

De esta manera, el texto del referido extremo de la norma debió ser «[...] una parte queda vinculada con la aceptación del árbitro [...]».

Sin embargo, dicha propuesta (que resulta más coherente con la que actualmente se encuentra contenida en la ley), tampoco resulta del todo satisfactoria.

Decimo ello, debido a que el artículo 1373 del Código Civil señala que

«El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente».

Así, al ser la relación parte-árbitro una de carácter contractual, es lógico que se tenga que regir por las normas propias de la materia. En ese sentido, el contrato vincula a la parte que nombró al árbitro cuando éste acepta tal designación. De esta forma, mal hace el citado inciso 4 de la Ley de Arbitraje en regular un tema que ya se encuentra regulado en el Código Civil.

Ahora bien, el segundo momento que regula el citado inciso es el referido a que la otra parte (entiéndase que no es la parte que nombró al árbitro) toma conocimiento del nombramiento que hizo su adversario. A través de dicho hecho —establece la ley—, quien nombró al árbitro queda vinculado.

Aquí nos preguntamos, ¿cuáles son los alcances del término «vinculado»? Para nosotros es evidente que la parte que nombró a un árbitro y tuvo como respuesta su aceptación, tiene ya un contrato que cumplir. Aquí esta persona ya se encuentra vinculada para todo efecto jurídico.

Creemos, sin embargo, que el sentido de la norma se dirigía a que esta parte no ande nombrando a diestra y siniestra a una serie de árbitros, cambiando de opinión sin razón alguna.

Sin embargo, y como veremos más adelante al analizar el artículo 27 de la Ley de Arbitraje, lo idóneo es que el árbitro que acepte el nombramiento

comunique a las partes, y no sólo a quién lo nombró, su decisión, con lo que el contenido del inciso cuarto tendría sentido y se solucionarían los problemas que éste ha querido evitar (de manera defectuosa, claro está).

En este escenario, una vez que las partes sepan de la aceptación del árbitro, existirá un contrato que las vincule, quedando firme para todos los efectos.

Finalmente, un argumento más que nos hace pensar en lo innecesario que resulta este extremo de la norma, es que el mismo prevé el pacto en contrario. Con ello, la propia ley reconoce que este supuesto normativo no resulta trascendente.

6. FALTA DE DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO POR UNA PARTE

Para terminar con los comentarios al artículo 22 de la Ley de Arbitraje, tenemos que su inciso 5 establece que: «Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23».

Sobre esta norma hay varias cosas que debemos tener claras.

En principio, cabe señalar que uno de los aspectos más importantes en materia de la constitución del tribunal arbitral, es que se logre un rápido nombramiento de sus miembros. Para ello, una tarea que toda ley arbitral debe cumplir, es evitar que las partes empleen maniobras dilatorias a efectos de no nombrar a los miembros del tribunal.

Esta tarea, en el caso peruano, se ve cumplida a través de lo establecido por el inciso 5 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje. Con ella, si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido, se podrá recurrir a la institución arbitral o al tercero nombrado por las partes para estos efectos o, en su defecto, recurrir al mecanismo que en detalle se establece en el artículo 23 de la ley y que va a ser comentado a continuación.

Bachmaier,¹⁵⁵ señala que este apartado «se aplica con independencia de cuál sea la causa por la que no es posible realizar el nombramiento de los árbitros conforme a lo pactado. En este aspecto es indiferente que lo acordado no pueda llevarse a cabo por el incumplimiento de una de las partes, o porque concurre una causa ajena a la voluntad de las mismas».

Ahora bien, primero se establece como plazo aquél que acordaron las partes para tales efectos. Si éste no se cumpliera, o, en todo caso, no existiera, la ley otorga un plazo de 15 días luego de recibido el requerimiento para que la parte proceda a nombrar al árbitro.

¹⁵⁵ Citada por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nombramiento de árbitros». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 300.

Cabe señalar que lo normal es que, en caso no haya un plazo acordado por las partes, será el demandante quien proceda a nombrar un árbitro y después, o incluso simultáneamente, enviará el requerimiento para que su contraparte haga lo mismo, quien, como ya se dijo, tendrá quince días para tal efecto.

Sólo si estos supuestos no se concretaran, la ley faculta a que las partes puedan recurrir a una institución arbitral, o a un tercero designado por las partes.

Finalmente, si ninguno de estos supuestos se cumple, la ley obliga a que se proceda de acuerdo a lo establecido en el numeral 23 (precepto que estudiaremos a continuación y sobre el cual en este apartado no cabe pronunciarse).

7. CRÍTICA AL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE ARBITRAJE

Sin perjuicio de que tenemos la seguridad de que la voluntad del legislador se orientó a regular una serie de supuestos que bien podrían presentarse en la práctica arbitral, creemos que el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, casi en su totalidad, resulta innecesario. Ello, por los motivos que a continuación vamos a exponer.

7.1. Respecto a los incisos 1 y 2

Antes de exponer las razones que nos hacen pensar en lo innecesario del contenido de estos incisos, queremos dejar claro que todo nuestro hilo argumentativo se ajusta a un escenario donde las partes, los árbitros y los terceros (que directa o indirectamente tienen relación con el arbitraje), son personas diligentes, ciudadanos promedio, sujetos de derecho que son conscientes de lo que es bueno y malo para sus intereses. Nuestras ideas no se ajustan a un espacio en el que las partes actúan de mala fe, son irresponsables, o, en su defecto, no tienen un mínimo sentido común.

Como sabemos, la naturaleza propia de la institución arbitral, así como el sentido y razón de ser de la Ley de Arbitraje que regula la materia en nuestro país, se encuentra alimentada por el principio de la autonomía privada, la cual, a su turno, recibe amparo y protección en nuestra Constitución y en diversas leyes infraconstitucionales.

En ese entender, creemos que en el caso del arbitraje, la ley sólo debe constituir un marco general que se encargue de establecer y obligar a que las partes respeten y, además, no contravengan determinadas normas que, por ser las que salvaguardan el orden público y, por ende, las buenas costumbres, constituyan una suerte de garantía para una plena y eficaz administración de justicia.

De lo que se trata es, pues, de que la ley que regule el arbitraje constituya

un conjunto de normas que permitan a las partes adoptarlas o no. Es decir, que sea lo más antiformalista posible; por ende, que albergue un reducido y absolutamente necesario número de normas que tengan el carácter de imperativas y que subordinen la autonomía privada de las partes a esos principios de derecho.

La legislación protege la autonomía de la voluntad de las partes para crear, regular, modificar y extinguir relaciones jurídicas, sólo si ésta se encuentra enmarcada dentro del orden público. Nadie tiene la libertad para hacer lo que quiera hacer. Siempre existen límites.

Bajo esta línea de pensamiento, resulta claro que habrán temas en los que la ley tenga que ser siempre cumplida (por ejemplo, en lo referido a las causales de anulación del laudo o el principio de independencia del convenio arbitral frente al contrato, entre otros).

Así también, existirán otras normas legales de carácter dispositivo que servirán para que las partes tengan un modelo, una guía, que puedan seguir en el transcurso de la elaboración de las normas que vayan a regular las actuaciones arbitrales.

Algunas de estas normas establecen límites bajo los cuales no es posible convenir. Por ejemplo, la ley establece que la controversia debe decidirse dentro del plazo establecido por las partes. Supongamos que las partes decidieron que dicho plazo sea de tres meses. Aquí la ley no obliga a que, efectivamente, el

tribunal resuelva en tres meses exactamente el conflicto. Los árbitros podrán emitir su opinión en el tiempo que deseen siempre y cuando se observe dicho plazo y no lo excedan, vale decir, un mes, dos meses, tres semanas, etc.

Por otra parte, existen normas que no establecen mínimos que las partes deban tomar en cuenta. Por ejemplo, cuando se señala que la institución arbitral, o un tercero, podrá solicitar a cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el cumplimiento del encargo (el encargo es el nombramiento del árbitro). Aquí no existen límites, ya que los encargados podrán solicitar todo tipo de datos, sugerencias o exigencias que deseen.

Teniendo esto claro, creemos que la elección del árbitro constituye uno de esos tantos temas que debería encajar sin problema alguno en el grupo en el que la ley exige determinados pero básicos requisitos, pero que por lo demás otorgue libertad plena a las partes para proceder conforme ellas quieran.¹⁵⁶

En ese entender, resulta innecesario que la ley exija que en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiera ser abogado.

De hecho, quienes redactaron la ley saben esto. Por ello es que permiten un pacto en contrario para tal supuesto.

Sin embargo, en aras de una unidad teórica y metodológica que todo

¹⁵⁶ Cabe recordar que esos requisitos mínimos están referidos a que quien sea propuesto como árbitro deba ser una persona natural que ejerza sus derechos civiles y que no exista incompatibilidad para ejercer la función.

cuerpo normativo debe mostrar, la Ley de Arbitraje debió suprimir dicha exigencia.

Pero hay más.

Continúa señalando el inciso primero del artículo bajo estudio que en el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

Antes de criticar lo allí estipulado, recordemos algunos pasajes de la Exposición Oficial de Motivos de la Ley de Arbitraje:

Uno de los cambios sustanciales de la nueva ley es el tránsito de un sistema dual a un sistema monista de regulación del arbitraje nacional e internacional. Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en la ley arbitral de 1996, cuando la práctica arbitral en el Perú era casi inexistente, lo cierto es que en la actualidad ya no se justifica y lo más adecuado es proceder a la adopción de una legislación arbitral monista; es decir, una legislación que establezca las mismas reglas de juego tanto para arbitrajes locales como internacionales, reservando sin embargo, para estos últimos, algunas disposiciones particulares que se requieren por su propia naturaleza.

Creemos que constituye un acierto el que ahora la ley esté inspirada por una tesis monista (en concordancia con lo que la doctrina especializada y la

normativa comparada expresan). Sin embargo, la propia Exposición Oficial de Motivos cae en una contradicción. Ella hace la salvedad de que algunas disposiciones serán reservadas porque éstas son necesarias para regular aspectos que por su propia naturaleza necesitan un trato distinto.

Así, ¿cuál es la relevancia de regular de manera distinta las exigencias para ser árbitro en un arbitraje nacional e internacional? ¿Acaso se está subestimando a los árbitros que se avocan a la conducción de arbitrajes nacionales, frente a aquéllos que conocen arbitrajes internacionales? ¿Se les está poniendo una valla más alta a aquéllos? ¿Pretende la ley discriminar a unos dándoles mayores facilidades a otros?

Alessandro Pieralli,¹⁵⁷ refiriéndose a la regulación italiana sobre esta materia, señala que:

Contrariamente a lo previsto en la Ley de Arbitraje española, que pretende como requisito la condición de abogado en ejercicio para ser nombrado árbitro, aunque sólo en un arbitraje interno de derecho y salvo acuerdo en contrario de la partes, la Ley italiana, ha optado de modo conveniente por la máxima ampliación de la capacidad para este encargo, del mismo modo que han hecho también las principales legislaciones europeas en esta materia. Además, la práctica ha demostrado que colegios arbitrales formados por profesionales de distintas áreas (por ejemplo ingenieros, arquitectos y economistas), también pueden

¹⁵⁷ PIERALLI, Alessandro. «La reforma del arbitraje en Italia: principales novedades comparadas con la Ley española núm. 60/2003 de Arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n.º 9, p. 93.

dirigir con éxito y competencia un procedimiento arbitral.

Como se observa, no existen razones (por lo menos los legisladores no las dan) para proceder de esta manera.

Señala Cantuarias,¹⁵⁸ que «más allá de la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la exigencia de que en el primer caso el árbitro tenga que ser abogado, pretende únicamente mantener un inaceptable coto de caza a favor de los abogados, a la par que significa una inaceptable intromisión en la autonomía de voluntad de las partes».

El referido autor cita a Eduardo Zuleta, quien afirma que una primera limitante se encuentra en el ya tradicional concepto de que los árbitros, siempre que se trate del llamado arbitramento en derecho, deberán ser abogados, limitándose la intervención de otros profesionales a los llamados arbitramentos técnicos o al arbitramento en conciencia. Es indudable que las decisiones que involucren la interpretación y aplicación de normas jurídicas requieren de la presencia de expertos para garantizar, en la medida de lo posible, que el laudo pueda hacerse efectivo; pero ello no significa, como se ha considerado tradicionalmente, que en todo arbitraje de los llamados «de derecho» los árbitros deban ser únicamente abogados.

De hecho, anteriormente nuestra legislación contenía requerimientos

¹⁵⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, pp. 77-78.

mucho más absurdos que el que venimos comentando. Cantuarias,¹⁵⁹ comentado la ley del año 1992, señala que:

La ley creaba un monopolio exclusivamente a favor de los abogados, el cual, para ser eliminado, requería que las partes pactaran expresamente en contrario. Es decir, para evitar la exclusiva intervención de los juristas, la LGA [Ley General de Arbitraje] derogada exigía que las partes acordaran expresamente que el arbitraje sería de equidad o conciencia, condición *sine qua non* para la participación como árbitro de cualquier común mortal que no fuera necesariamente abogado. Pero no sólo eso, la derogada LGA además discriminaba incluso entre los abogados, ya que exigía una edad mínima (veinticinco años) y la obligatoria afiliación a un colegio de abogados.

Lohmann¹⁶⁰ defendía estos últimos requerimientos al señalar que lo lógico y razonable es que sea ejerciente, porque es la única manera de garantizar seriedad en el fallo. La obtención del título acredita grado universitario (sic), pero de poco o nada sirve si el titulado no ejerce y no está al tanto de la aplicación del Derecho. Además, me pregunto: cuando a un titulado le designan árbitro de Derecho, ¿acaso no está ejerciendo la profesión? Pero ya no basta ser letrado, o sea licenciado en Derecho, sino que se requiere ser abogado, lo cual implica estar autorizado para ejercer como tal por el colegio del lugar donde el arbitraje se lleva a cabo.¹⁶¹

¹⁵⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Los árbitros en la nueva Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572)». *Op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁰ Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁶¹ Sobre este punto, Castillo, Vásquez y Sabroso señalan que «En Derecho, objetivamente es lego quien

Afortunadamente esa época ha pasado y, como se puede observar, el arbitraje se ha ido flexibilizando de manera que poco a poco la autonomía privada cobra cada vez mayor fuerza y protagonismo.¹⁶²

En el caso que nos avoca, si realmente la ley hubiera querido ser coherente y uniforme, estamos seguros de que hubiere tenido que adoptar alguna de estas fórmulas:

- Hubiera exigido que para ser árbitro en un conflicto de intereses nacional o internacional, éstos deban ser necesariamente abogados.
- Hubiera establecido que para arbitrajes nacionales o internacionales, los árbitros tengan que ser abogados, salvo pacto en contrario.
- Hubiera requerido que para arbitrajes nacionales o internacionales, en caso de un tribunal arbitral colegiado, por lo menos uno de los

no tiene un título profesional de abogado, aunque en los hechos hayan abogados que de Derecho poco o nada sepan y legos a los que sólo les falta tener el título de abogado. Y lo mismo con otras ciencias y artes. De tal manera que se entiende —y, en especial, así lo entienden los profesionales titulados— que el título profesional es el certificado objetivo que califica a las personas para absolver satisfactoriamente los problemas que el conocimiento impone a su profesión. En este sentido, nuestro ordenamiento legal asume, por ejemplo, que cualquier abogado está capacitado para resolver una controversia de orden jurídico, independientemente de si esto se verifica o no en la realidad. En efecto, aunque el título profesional es un barómetro de objetividad en el afán de saber quién es lego y quién no, lo cierto es que los títulos profesionales nada dicen de la especialización que en una ciencia dada pueda tener la persona que lo ostenta. Así por ejemplo, un abogado puede ser absolutamente ajeno a una rama de su ciencia que ocupa un lugar fundamental en la solución de un arbitraje determinado, y por consecuencia, aun siendo un arbitraje de Derecho, puede ser absolutamente incompetente —profesionalmente hablando— para arbitrar un asunto que escapa a sus conocimientos de Derecho» (CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado». En *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 2. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, p. 165).

¹⁶² Esta evolución se puede observar si es que se revisa con detenimiento diversos trabajos que datan de los años 1970's, 1980's y hasta 1990's (como es el caso del profesor Lohmann). Por ejemplo, Vásquez Mayorga sostenía la necesidad de estos, hoy, innecesarios requisitos (VÁSQUEZ MAYORGA, Francisco. *El Arbitraje*. Bogotá: D.E., 1984, pp. 195 y ss.).

árbitros sea abogado, y, en caso de un tribunal unipersonal, éste sea abogado.

- No hubiera exigido la calidad de abogado en ninguno de estos dos tipos de arbitrajes.

Lamentablemente, la ley no acoge ninguna de estas fórmulas; por el contrario las mezcla, logrando un texto poco claro y contradictorio en sí mismo.

Sin embargo, tratemos de hacer un esfuerzo para entender qué fue lo que pensaron los legisladores al momento de redactar la parte de la norma bajo estudio.

Así, se podría ensayar un argumento en el sentido de que quienes elaboraron la norma creyeron que, como a veces sucede, las partes son poco diligentes al momento de elegir a un árbitro y designan a una persona que no tiene, ni por asomo, relación con la ciencia jurídica, trayendo como consecuencia el que el laudo que se emita sea poco claro y acertado.

Es probable que los legisladores piensan que es común que en nuestro medio exista esa imprudencia; por ello diseñaron una norma que, por lo menos, les otorgue a las partes la garantía de que quienes resolverán el conflicto poseerán los conocimientos mínimos de un letrado.

Sin embargo, los creadores de la ley no piensan lo mismo cuando de arbitrajes internacionales se trata, ya que estas personas son, por lo general,

más responsables y prudentes en estos asuntos. Por ello es que probablemente idearon una norma que no exija a los futuros árbitros que resuelvan el conflicto de un arbitraje internacional ser abogados.

No se explica el por qué de la existencia de estas dos particularidades. La primera, que se exija la calidad de abogado para ser árbitro, y la segunda, que se haga una inútil distinción entre arbitraje nacional y arbitraje internacional.

Muchos podrán decir que será más sensato no otorgar tanta libertad a las personas para que puedan elegir a un árbitro que resuelva su conflicto de derecho y, contradictoriamente, no tenga conocimiento sobre la materia.

Sin embargo, ¿acaso quienes dicen eso piensan que la parte que nombrará a un árbitro es tan descuidada y poco diligente que descuidará la sutil pero imperativa necesidad de que quien nombre tendrá que poseer conocimientos jurídicos sobre la materia?

Claro. Muchas personas podrían pensar en que, de no existir la exigencia establecida por la norma, será posible que las partes puedan contratar a un jugador de fútbol que nada sabe de resolución de conflictos para que actúe como árbitro.

Pero, ¿realmente ello podrá pasar en la práctica común? Es evidente que la realidad supera muchas veces a la fantasía, pero esos casos son inexistentes.

No existe razón alguna para que la ley regule este tema de la forma en que lo hace. Por el contrario, se subestima a las partes al momento de la elección del árbitro, se pone trabas para el ejercicio de la función en los arbitrajes nacionales, se diferencia absurdamente al arbitraje doméstico del internacional, se contradice e impone a las partes exigencias que ya se encuentran sobreentendidas, entre otras cosas.

Para cerrar estos comentarios, Cantuarias Salaverry¹⁶³ nos otorga un argumento que resulta contundente para defender nuestra posición:

La internacionalización de la economía, la especialización de los negocios, el tráfico acelerado de bienes y servicios y los avances tecnológicos, por nombrar apenas algunos factores, han resultado en un alto grado de sofisticación de los contratos internacionales y en no pocas ocasiones, si bien los temas materia del arbitraje tienen que ver con cuestiones vinculadas al mundo jurídico (por ejemplo la naturaleza o el incumplimiento de un contrato), la cuestión debatida y su resolución dependen más de un claro entendimiento y apreciación de los aspectos económicos, tecnológicos o científicos de la controversia que de la aplicación de una regla jurídica o de un determinado sistema jurídico. Por ello en el arbitramento internacional se acepta sin ninguna resistencia la posibilidad de que las partes nombren como árbitros a profesionales no abogados, en arbitramentos que tradicionalmente y bajo el concepto clásico latinoamericano calificarían como arbitramentos en derecho. Si los abogados-

¹⁶³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Op. cit., p. 277.

árbitros pueden hacerse asesorar por profesionales de otras disciplinas para comprender los temas que escapan al ámbito del derecho y poder emitir un laudo que realmente defina los puntos materia de la controversia, no repugna, y así se ha entendido en el arbitraje internacional, que árbitros no abogados intervengan como árbitros para definir la controversia, con la asesoría de profesionales del derecho o designando a un abogado como uno de los miembros del tribunal arbitral.

Dentro de esta misma línea, Matthias Scherer¹⁶⁴ nos habla de uno de los cuerpos normativos más importantes que rige el arbitraje en Europa: Las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional (o, en su nombre original, *The Swiss Rules of International Arbitration*). Refiere el citado autor que este conjunto de normas, adoptadas por una serie de Cámaras de Comercio a partir del primero de enero del año 2004, otorga plena libertad a las partes, quienes son libres de elegir a los árbitros que crean convenientes. No existe un requisito relativo a la nacionalidad o una exigencia, como la afiliación a algún Colegio de Abogados. De hecho, árbitros no suizos han sido convocados regularmente por las Cámaras en el pasado, tendencia que se espera continúe en el futuro.

Finalmente, de más está señalar que en vista de que nos encontramos en desacuerdo con la existencia del inciso primero del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, la presencia del segundo inciso resulta absurda, ya que ella sólo será aplicable cuando se recurra al supuesto regulado por el inciso primero. Es decir,

¹⁶⁴ Cfr. SCHERER, Matthias. «New Rules of International Arbitration in Switzerland». *International Arbitration Law Review*. Vol. 7, issue 4, p. 121. (Traducción libre).

teniendo en cuenta que nos encontramos a favor de la más absoluta libertad de las partes para nombrar a los árbitros, ya no podremos hablar de abogados (árbitros) en ejercicio o agremiados. Ello, sin perjuicio de que las partes, efectivamente, nombren a un abogado como árbitro.

Es más, incluso si continuase vigente el inciso primero, bien podría derogarse el inciso segundo, ya que, como sabemos, será abogado todo aquél que haya obtenido un título emitido por una universidad nacional o extranjera que lo acredite como tal. Así, al no hacer la ley mayores exigencias, nadie podrá exigir que dicho abogado también deba encontrarse en ejercicio o pertenecer a algún gremio o asociación.

7.2. *Respecto al inciso 3*

El contenido del inciso tercero resulta adecuado, ya que enumera una serie de supuestos que establecen un orden determinado y una serie de alternativas a las que se puede recurrir para el nombramiento de los árbitros.

Sin embargo, creemos que se pudo obviar la inclusión de la parte que establece que: «La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo».

Resulta lógico que cualquier persona que vaya a realizar determinado encargo reciba una serie de instrucciones, aunque sean mínimas, sobre cómo es

que deberá cumplir la tarea.

En todo caso, lo más idóneo hubiera sido establecer en este extremo una fórmula que señale que: «Las partes deberán otorgar la información que consideren necesaria para que la institución arbitral, o el tercero, cumpla con el encargo».

La razón de ser de este cambio radica en que son las partes que realizan el encargo las directas interesadas en que éste se cumpla con los mayores cuidados. Por ello, deberán ser ellas quienes tomen la iniciativa al momento de exigir determinadas cualidades en los futuros árbitros.

Con la redacción actual, lo que se hace es dejar al libre albedrío del encargado (institución arbitral o tercero) la elección del árbitro.

7.3. *Respecto al inciso 4*

Ya hemos realizado diversas críticas a este inciso cuando nos encargamos de analizarlo. En suma, su redacción y contenido son poco acertados, ya que en primer lugar se debe hablar de una «aceptación» del árbitro y no de un «nombramiento» para que exista una real vinculación. Por otro lado, lo idóneo es que el árbitro comunique su aceptación no sólo a la parte que lo nombró, sino también a quien no lo designó. De esta forma, sólo con la aceptación habrá una relación jurídicamente relevante que vincule a las partes con él. Finalmente, la posibilidad de un pacto en contrario hace que este tema sea irrelevante y

admira distinta regulación por los actores del arbitraje.

Por estos argumentos, creemos que el inciso cuarto debería ser suprimido del texto actual de la Ley de Arbitraje, ya que sin él la aceptación del árbitro (tal como se establece en la teoría general de los contratos) bastará para vincularlo jurídicamente con las partes.

Para mayor abundamiento, remitimos al lector a lo señalado en el apartado 5 del análisis de este precepto.

7.4. *Respecto al inciso 5*

Recordemos que el inciso 5 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje establece que: «Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23».

Pensamos que el contenido del inciso 5 resulta reiterativo, ya que sus supuestos también se encuentran regulados (en detalle) en otros numerales del Capítulo III de nuestra Ley de Arbitraje.

Así, el artículo 23 ya regula la libertad de procedimiento que pueden adoptar las partes para el nombramiento de los árbitros. Dicha norma establece cómo es que se debe proceder en caso que alguna de las partes no proceda con

realizar la designación.

De otro lado, respecto al tercero encargado para realizar el nombramiento, debemos recordar que aquí se presupone la existencia de una solicitud (manifestación de voluntad) dirigida a un tercero para que desempeñe tal función. Así, este tercero podrá ser, o bien una persona natural, o bien una persona jurídica (sobre este punto la ley no hace distinciones).

Sin embargo, el tema también se encuentra regulado en otro precepto de la propia ley: el artículo 24. De esta forma, lo contenido en el inciso 5 del numeral 22 (respecto al tercero encargado de realizar la designación del árbitro) tampoco resultaría necesario.

Finalmente, en caso el tercero no cumpla con su tarea, la ley faculta, a través del literal d) del artículo 23, que «a solicitud de cualquiera de las partes, el nombramiento será realizado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. Asimismo, se señala que de no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».

Es más, otro dispositivo (distinto al citado) se encarga de regular meticulosamente cómo es que la Cámara de Comercio procederá con el nombramiento.

Como se puede observar, todos los supuestos contenidos en el inciso 5 del artículo 22 de la ley se encuentran regulados por otros dispositivos. De esta forma, su existencia no se justifica, razón por la cual somos de la opinión que se debería proceder a derogarlo.



LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO

Artículo 23.- «Libertad de procedimiento de nombramiento

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

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

- demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.*
- d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.*
- e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d) de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje».*

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 23

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1918.- «Los árbitros deben ser designados por las partes [...]».

Es nulo el pacto de deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, contenida en el Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 18.- «Los árbitros son designados directamente por acuerdo de las partes.

Se exceptúa de lo anterior:

1. Cuando son nombrados judicialmente.
2. Cuando en el convenio arbitral las partes encomiendan expresamente a un tercero la designación.
3. Cuando las partes se someten al reglamento de una institución organizadora de arbitrajes, que contenga el procedimiento de designación. [...]».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 21.- *«Libertad de procedimiento de nombramiento*

Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez

(10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez. En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurridos diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez. En todo supuesto de falta de designación del Presidente del Tribunal Arbitral, asumirá tal condición el árbitro designado por los miembros del tribunal arbitral».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 23 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 3 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 33 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la Republica de Nicaragua de 2005, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 45 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 15 del Decreto Ley de Arbitraje panameño de

1999, el artículo 129 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1427 del Código de Comercio de México, el artículo 743 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, entre otros.¹⁶⁵

¹⁶⁵ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 11.- «Nombramiento de los árbitros

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo, a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6; b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.
- 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
- 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 3.- «Los árbitros serán nominados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación; o, en su defecto, designados por el Presidente de la Corte. En todos los casos se requerirá la conformidad del árbitro nominado, la que hará constar en escrito dirigido a la Corte en un término de cinco (5) días contados a partir de ser impuesto de su nominación.

Los árbitros nominados por las partes o, designados en su caso por el Presidente de la Corte, elegirán al presidente del tribunal arbitral, dentro de los diez días siguientes a la confirmación del segundo árbitro; o, en su defecto, se designará el mismo por el Presidente de la Corte.

Las partes podrán nominar un árbitro suplente para el caso de eventual ausencia o imposibilidad de actuación del árbitro nominado».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 33.- «Nombramientos de los árbitros

Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Juez Civil de Distrito.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Juez Civil de Distrito competente.

Cuando en un procedimiento de nombramiento de árbitros convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento; cuando las partes o dos árbitros no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento; o cuando un tercero, o el Centro de Mediación y Arbitraje, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento para efectuar ese nombramiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlos.

Toda decisión del tribunal o autoridad competente sobre las cuestiones encomendadas en el presente artículo será definitiva y no tendrá recurso alguno. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrán debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 11.- «Nombramiento de los árbitros.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 4) y 5) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes:

a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o

b) Las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o

c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 3) ó 4) de este artículo al Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones será inapelable.

Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar

el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 15.- «Nombramiento de los árbitros

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.

5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno».

(Este artículo se encuentra redactado conforme a la Ley 11/2011, de fecha 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado).

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 13.- «Nombramiento de los árbitros

Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

a) salvo acuerdo en contrario de las partes, ni la nacionalidad ni el domicilio serán obstáculos para el nombramiento de los árbitros. Para el ejercicio de su función los árbitros extranjeros serán admitidos al país como extranjeros no residentes, por el plazo de seis meses, pudiendo éste ser prorrogado por períodos similares y percibirán remuneración por las tareas desempeñadas.

b) sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos d) y e) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

c) A falta de tal acuerdo:

1. en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días, contados desde su nombramiento, la designación será hecha por el juez, a petición de cualquiera de las partes, en el plazo de siete días. El tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral.

2. en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.

d) cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que haga cumplir lo convenido por las partes adoptando las medidas necesarias, en el plazo de siete días, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

e) toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en los Incisos c) o d) del presente artículo será inapelable.

f) al nombrar un árbitro, el juez tendrá en cuenta las condiciones requeridas estipuladas entre las partes para un árbitro por el acuerdo y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Cuando se trate de un arbitraje internacional y el árbitro sea único o se trate del tercer árbitro, el juez tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 45.- «Nombramiento de los árbitros

Las partes podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros. A falta de acuerdo de las partes o de no designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes».

- Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999

Artículo 15.- «A falta de acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros en la forma que ha quedado expuesta en el artículo anterior y, si no existe regla precisa a este respecto en el reglamento, se procederá de la siguiente manera:

1. En el arbitraje integrado por tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán el tercero, quien actuará como árbitro presidente para dirigir e impulsar el procedimiento y para dirimir las discordias entre los miembros del tribunal.

2. En los arbitrajes con pluralidad de partes, éstas podrán actuar agrupadas en lo que concierne al nombramiento de árbitros como se indica en el numeral anterior, y siempre que no exista conflicto de intereses entre ellas. De no ser así, cada parte elige un árbitro y los nombrados, a su vez, eligen el árbitro presidente, en la forma y con las atribuciones previstas en esta Ley para los tribunales colegiados. Si no hubiera acuerdo entre las partes o los árbitros, en su caso, procederá la autoridad de designación en la forma prevista en este artículo.

3. El tribunal arbitral una vez constituido y si así lo estime conveniente nombrará un Secretario en la forma que determine el reglamento aplicable o, en su defecto, determine el propio tribunal.

4. Si alguna de las partes no nombrara árbitro dentro del plazo de los veinte días a partir de su requerimiento por la otra parte o, si los árbitros designados no se pusieran de acuerdo sobre el tercer árbitro, dentro del plazo de veinte días a partir de su aceptación, la autoridad de designación hará el

nombramiento directamente a petición de una de las partes, en el término de otros veinte días a partir de esa petición.

5. La autoridad de designación tendrá en cuenta, en el nombramiento de los árbitros criterios de especialización en la materia objeto del arbitraje y de imparcialidad e independencia. Para el caso de que el arbitraje sea internacional tendrá en cuenta la nacionalidad de las partes, procurando nombrar árbitros de nacionalidad distinta a las de éstas.

6. En el caso de un tribunal arbitral unipersonal, si las partes no se han puesto de acuerdo para el nombramiento del árbitro único, en el plazo de veinte días a partir del requerimiento que haga una a la otra, el árbitro será nombrado de conformidad con el reglamento aplicable y, en su defecto, será nombrado por la autoridad de designación de análoga manera a lo establecido en el párrafo anterior. De manera análoga se procederá cuando, en un procedimiento de nombramiento pactado por las partes, ni éstas ni los árbitros actúen de conformidad con lo allí establecido.

7. Tratándose de arbitraje ad-hoc, si una de las partes incumple la designación en el plazo establecido, el arbitraje se desarrollará con el árbitro que haya sido designado por una de las partes.

8. Cuando el árbitro por cualquier causa cesare en el ejercicio de sus funciones se nombrará un sustituto n la forma prevista por las partes o por el reglamento aplicable para el nombramiento de los árbitros y, en su defecto, mediante la intervención de la autoridad de designación conforme al presente Decreto Ley.

9. La sustitución de los árbitros no dará lugar a una retroacción de actuaciones practicadas, salvo en lo que concierne a las pruebas, a no ser que el árbitro sustituto se dé por instruido, a la vista de las actuaciones documentadas».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 129.- «Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el Director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 16.- «Designación de árbitros

De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el Director del centro de arbitraje notificará a las partes a

fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 17.- «Número de árbitros

I. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que necesariamente será impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres.

II. En el arbitraje con árbitro único, cuando las partes no logren ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado por la autoridad judicial a petición de cualquiera de las partes.

III. A falta de acuerdo en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. La autoridad judicial competente designará los árbitros en los siguientes casos:

1. Cuando una de las partes no designe su árbitro dentro de los (8) días del requerimiento escrito de la otra para que lo haga.

2. Cuando los dos árbitros designados por las partes no logren ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de su nombramiento.

IV. Los árbitros que conforman el tribunal arbitral podrán designar un Secretario del Tribunal de conformidad con las partes.

El Secretario tendrá el expediente bajo su responsabilidad y coadyuvará al Tribunal en los actuados propios del procedimiento».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 15.- «Nombramiento de los árbitros

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente o someter al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

2. A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; luego, entre los tres árbitros, designarán a quien fungirá como presidente del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como Presidente el de mayor edad. Si una parte no nombra al árbitro dentro de un plazo de quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días siguientes contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

b. En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro luego de transcurridos quince días desde que se hizo el primer requerimiento para ello, éste será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

c. Una vez designado un árbitro, éste deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de las dos semanas siguientes a su designación. Vencido dicho plazo, a falta de manifestación expresa, se tendrá como aceptada tácitamente la designación. Una vez recaída la aceptación del árbitro único o la del último árbitro, si el tribunal arbitral estuviere compuesto por más de un árbitro, dicho tribunal arbitral considerará legalmente constituido.

3. Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, ya sea:
 - a. Una parte no actúa conforme a lo estipulado en dicho procedimiento.
 - b. Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento.
 - c. Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, entonces, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente conforme al artículo 9 que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
4. Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo, al tribunal competente conforme al artículo 9, será definitiva, y por consiguiente no cabrá recurso, remedio procesal o impugnación alguna en contra de dicha decisión. Al nombrar un árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, si el arbitraje fuera internacional.
5. Los árbitros no representarán los intereses de ninguna de las partes, ejercerán el cargo con absoluta imparcialidad e independencia».

- Código de Comercio de México

Artículo 1427.- «Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

I.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

II.- Sin perjuicio de lo dispuesto en las fracciones IV y V del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.

III.- A falta de tal acuerdo:

- a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;
- b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;

IV.- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una Institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo, y

V.- Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en las fracciones III o IV del presente artículo, será inapelable. Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina

Artículo 743.- «*Nombramiento*

Los árbitros serán nombrados por las partes, pudiendo el tercero ser designado por ellas, o por los mismos árbitros, si estuviesen facultados. Si no hubiese acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez competente. La designación sólo podrá recaer en personas mayores de edad y que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles».

— ANÁLISIS

1. REGLA GENERAL

El artículo 23 de la Ley de Arbitraje del Perú señala que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad».

Ya realizamos un análisis de los alcances y limitaciones del principio de la autonomía privada en el arbitraje. De esta forma, y para no repetir conceptos, sólo señalaremos que la ley ha optado por establecer el espectro más amplio posible, para permitir que las partes determinen la composición del tribunal arbitral. En virtud de ello, se podrá establecer cualquier fórmula, tradicional o novedosa, para el nombramiento del tribunal.

Cabe señalar, de la misma manera, que existe un temor generalizado en el medio arbitral, en el sentido de que hay quienes dicen que las partes, con la enorme libertad que tienen para la designación de los árbitros, en realidad buscarán nombrar a personas que se encuentren a favor de sus intereses, vale decir árbitros (abogados) de parte.

En ese sentido, y para evitar posibles malas interpretaciones, una de las

fórmulas a las que podrán recurrir las partes es la referida a que el tribunal se encuentre conformado por árbitros en cuya designación hayan participado las partes a través del acuerdo sus voluntades.

Éste constituiría un punto de partida teóricamente mejor que el caso en el que el tribunal arbitral sea designado por las partes de manera separada. No obstante ello, reconocemos que esa ventaja se podría producir solamente en determinados y poquísimos casos. Decimos ello, porque será muy difícil que se presente una situación en la cual, una vez que surja el conflicto, las partes se pongan de acuerdo en la composición del tribunal arbitral. Y es que una disputa trae consigo la existencia de recelo y desconfianza.

Sin embargo, está claro que esta fórmula «ideal» de composición tendría la ventaja de que ninguno de los árbitros se sentiría con alguna cercanía mayor a una de las partes, en la medida en que no habría sido designado por una en particular, sino por las dos.

Sin perjuicio de lo señalado, lo usual en materia de designación de los tribunales arbitrales, es recurrir al mecanismo tradicional de nombramiento.

La ley, que desarrolla este mecanismo tradicional en el artículo 23, no obstante, indica que cualquier fórmula a la que las partes recurran no podrá vulnerar el principio de igualdad (cabe señalar que este principio será analizado en el punto 2 del análisis de este precepto).

De más está señalar que en caso no sean las partes quienes nombren a la terna arbitral, el organismo que vaya a realizar dicha tarea deberá tener en cuenta y respetar los principios de independencia e imparcialidad.

En efecto, las partes no deberán tener injerencia ni en el organismo ni en los órganos decisorios del organismo, ya que en la medida en que una de las partes tenga injerencia en el Consejo Directivo del organismo que se encargue de la designación supletoria de los árbitros, en esa misma medida la parte que se considere afectada tendrá posibilidades de alegar la violación del debido proceso y plantear la anulación del laudo ante el Poder Judicial.

Ahora bien, a manera ejemplificativa cabe citar algunos de los sistemas más comunes para designar a los árbitros:

- Sistema de nombramiento directo por las partes sin limitación alguna.
- Sistema de nombramiento mediante el método en el que cada parte nombre a un árbitro y éstos últimos designen al presidente del tribunal arbitral.
- Sistema de nombramiento directo de los árbitros por la institución de arbitraje.
- Sistema de nombramiento de árbitros mediante el método de listas.

Aquí hay varias modalidades, a saber:

- o Sistema de nombramiento de árbitros sobre listas preestablecidas por las instituciones de arbitraje.

- Sistema de nombramiento directo por la institución de arbitraje de entre una lista propuesta por las partes.
- Sistema de designación directa por las partes entre una lista unificada, elaborada por diversas instituciones de arbitraje, como consecuencia de acuerdos interinstitucionales.
- Sistema de designación de árbitros mediante el intercambio entre las partes de una lista de «X» número de potenciales árbitros.¹⁶⁶
- Sistema de designación automática de los árbitros sobre listas alfabéticas por orden cronológico.
- Sistema de designación de árbitros por un tercero. Aquí, se puede encomendar la tarea a:
 - Una entidad gremial.
 - Una entidad profesional.
 - En general, a una persona natural o jurídica cualquiera.
- Sistema de designación de árbitros por el Poder Judicial.

Ahora bien, retomando el contenido de la primera parte del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, debemos señalar que en caso las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del tribunal arbitral, podrán someterse al

¹⁶⁶ Sobre este método, Erik Schäfer señala que: «este proceso [se refiere, naturalmente, al de elección del árbitro] es muchas veces contaminado por la situación conflictiva en la cual ninguna parte quiere ceder para no mostrar inseguridad o debilidad. Intercambiar nombres de candidatos muchas veces no lleva a un acuerdo. Una alternativa es el intercambio simultáneo de listas con candidatos. Cada parte ordena la lista recibida de la otra parte por preferencias. Luego se comparan las listas para establecer si hay un acuerdo o si existen por lo menos unos candidatos que todas las partes están dispuestas a considerar seriamente» (SCHÄFER, Erik. «Elección y nombramiento de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 6, p. 97).

procedimiento contenido en un reglamento arbitral. Como sabemos, dicho reglamento, de acuerdo a la entidad ante la que nos encontremos, también podrá albergar una serie de fórmulas que servirán para elegir a los árbitros. En ese sentido, creemos que este punto no merece mayores comentarios, pues los que ya hicimos en torno a las formulas existentes sobre este particular, también son aplicables *mutatis mutandis* a este extremo de la norma.

2. SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS CONSECUENCIAS DE SU VULNERACIÓN

Ninguna de las partes puede tener algún tipo de ventaja con respecto a la otra en el nombramiento de los árbitros. Este principio es fundamental para el desarrollo del arbitraje, y es que lo elemental es que el tribunal arbitral sea un tribunal imparcial y que su designación sea equitativa.

En ese sentido, están vedadas las cláusulas que asignan a una de las partes mayores prerrogativas que la otra para el nombramiento de los árbitros, ya sea en el nombramiento de más de un árbitro, en el nombramiento del presidente, o en el nombramiento supletorio, en defecto de su señalamiento por la parte contraria.

Bachmaier Winter, citado por Cantuarias Salaverry,¹⁶⁷ sobre este punto

¹⁶⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Libertad de procedimiento de nombramiento». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 303.

sostiene que:

Aunque en el arbitraje no se desarrolla una potestad estatal, como es el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional también han de ser respetados en el proceso arbitral, y en particular en la designación de los árbitros, puesto que los laudos arbitrales, una vez firmes, revisten eficacia de fuerza de cosa juzgada [...]. Por ello, la ley prevé un límite a la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de los árbitros, con el fin de que el modo en que ésta se realiza no se traduzca en una merma de la garantía de imparcialidad. La exigencia del respeto al principio de igualdad entre las partes en el procedimiento de designación tiene como objetivo evitar que una de las partes decida unilateral o arbitrariamente quién ha de desarrollar la función arbitral, con el consiguiente riesgo para la posición imparcial del árbitro. En definitiva, esta norma constituye una concreción del principio de imparcialidad del tribunal arbitral, y ésta sólo queda adecuadamente garantizada si en la conformación del órgano decisor han intervenido ambas partes en igual medida.

Por su parte, Merino y Chillón¹⁶⁸ sostienen que existen principios y condiciones que deben en todo caso ser aplicados. Así, el principio de igualdad en la designación de los árbitros. Cualquier mecanismo de designación que comportase una posición de privilegio en la designación de los árbitros sería rechazable, haciendo valer en la vía correspondiente el faltar al orden público

¹⁶⁸ Cfr. MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Op. cit., pp. 1353 y 1354.

procesal o a la regularidad de la constitución del tribunal arbitral, y muy particularmente la vulneración de los derechos de defensa. La garantía del debido proceso o del orden público procesal exige en todo momento la igualdad de las partes tanto en lo que se refiere a la constitución del tribunal como al desarrollo del procedimiento».

Debemos tener en cuenta que si bien es cierto la Ley de Arbitraje otorga muchísimas libertades a las partes para que puedan regular sus relaciones, ello no debe ser entendido como una licencia para que alguna de ellas se aproveche y nombre un tribunal arbitral sin la intervención de su adversario. El principio de igualdad importa siempre una participación en similares condiciones de las partes en el arbitraje.

Sin embargo, si es que estuviésemos ante un hecho como este, ¿cuál deberá ser la sanción? ¿Será nulo todo el convenio de arbitraje o será nula la estipulación que otorgó esta injusta ventaja?

La Ley General de Arbitraje del año 1992, estipulaba que un pacto como éste importaba la nulidad del convenio arbitral. Sin embargo, su sucesora, la Ley General de Arbitraje del año 1996, declaraba nula la estipulación.

Lamentablemente, la ley vigente no se pronuncia sobre el particular. Sin embargo, creemos que existen poderosos argumentos para inclinarnos por señalar que la nulidad deberá recaer sobre la estipulación y no sobre el convenio.

En primer lugar, recordemos que un principio general de derecho es el referido a la conservación de los actos jurídicos.

Messineo¹⁶⁹ sostiene sobre este tema que:

Cuando sea dudoso si el contrato en su conjunto (o también ciertas de sus *cláusulas individuales*) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda ser productor de *algún efecto* (y no en el sentido distinto, en que no podría tener ningún efecto). [...] El *fundamento* común de las aplicaciones del *principio* de conservación reside en considerar que el empleo del instrumento práctico “contrato” por parte de los contratantes, tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio) y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantizado siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, *utilitatis causa*, deben escapar a las razones de invalidez, de rescisión o de resolución.

De esta forma, al existir duda respecto a cómo es que se solucionará la eventual aparición de una cláusula que otorgue mayores beneficios y prerrogativas a una parte para el nombramiento del tribunal arbitral, se deberá entender que en aras de la conservación del convenio o contrato, la nulidad

¹⁶⁹ MESSINEO, Francisco. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de R.O. Fontarrosa y otros. Lima: Ara Editores, 2007, pp. 547 y ss.

deberá recaer sobre la estipulación, vale decir, únicamente sobre parte del convenio.

Por otra parte, también cabe señalar que con esta solución se asegurará el desarrollo del arbitraje, ya que al conservarse el convenio, nada obstará a las partes para que puedan iniciar la tramitación y actuaciones propias de todo arbitraje.

Lo señalado en el último párrafo se explica mejor a través del principio pro-arbitraje. González de Cossío¹⁷⁰ lo explica señalando que en el contexto del acuerdo arbitral el principio pro-arbitraje puede observarse como agudización del principio de validez o conservación de los actos jurídicos al establecerse, por un lado, el deber de reconocer y ejecutar los mismos mediante la remisión al arbitraje, y, por el otro, lo escueto de las causales de no remisión. Al interpretar un acuerdo arbitral no debe tomarse a la ligera la posibilidad de que sea inválido. Las causales de invalidez (sea por nulidad, ineficacia o su imposible ejecución) deben interpretarse como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral. Por consiguiente, además de interpretarlas de forma restrictiva, debe exigirse un umbral de prueba alto. De lo contrario se violaría el principio de validez de los actos jurídicos (*favor negotii*) y el principio pro-arbitraje.

Ahora bien, la práctica arbitral es tan rica que es capaz de mostrarnos casos realmente inverosímiles. Así, no sería descabellado estar frente a un tribunal arbitral que se haya compuesto violando este elemental principio.

¹⁷⁰ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 127.

Teniendo en cuenta que esta garantía es de carácter imperativo, mal haríamos en hablar de una posible dispensa de la parte perjudicada ante un caso como el señalado. De esta forma, lo que cabría hacer aquí será que el afectado recuse a uno o más árbitros, según el caso. Sin embargo, si es que el tribunal o el árbitro deniegan esa solicitud, la parte podrá recurrir a la anulación del laudo a través de la causal prevista en el literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, relativo al hecho de que «el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo».

3. CONSIDERACIONES GENERALES Y REGLAS ESPECÍFICAS

Antes de iniciar los comentarios a las normas contenidas en los diversos literales del artículo 23, debemos recordar la distinción entre arbitrajes institucionales y arbitrajes *ad hoc*. Así, cabe señalar que las partes podrán encomendar a una institución arbitral que se encargue de realizar una serie de actuaciones, entre las que se encuentra, obviamente, la de nombrar al tribunal arbitral. De esta manera, el reglamento arbitral de dicha institución se aplicará en primer orden para regular las actuaciones arbitrales. Sólo cuando en dicho reglamento existan vacíos o deficiencias, o alguna de sus normas colisione con preceptos de orden

público, se aplicará lo establecido por la Ley de Arbitraje o la voluntad de las partes, según sea el caso.

De la misma forma, un tema recurrente a lo largo de estos incisos es el referido a si los plazos que se establecen son de prescripción o de caducidad. Entendemos, por los argumentos que detallaremos a continuación, que éstos son plazos de caducidad; por ende, no admiten interrupciones.

El artículo 1989 del Código Civil señala que: «La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo». Por su parte, el numeral 2003 del mismo cuerpo normativo señala: «La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente».

Sobre el particular, Vidal Ramírez subraya que:

La caducidad, como la prescripción extintiva, produce su efecto por el mero transcurso del tiempo [...].

La prescripción extintiva no extingue el derecho subjetivo ni a la acción, entendida esta como el derecho subjetivo o poder jurídico que faculta recurrir a los órganos jurisdiccionales para lograr la tutela jurisdiccional efectiva, sino a la pretensión, entendida como el ejercicio de la facultad que el derecho otorga a su titular y que se hace valer mediante la acción. [...] La prescripción es, en esencia, y desde su origen románico, una excepción oponible a la pretensión para enervarla o neutralizarla. Por eso, es acertada la doctrina que ve en la

prescripción no una causa de extinción de la pretensión, sino el fundamento de un medio de defensa, como es la excepción. [...] La caducidad, al extinguir el derecho, extingue también la acción que genera o, para mayor claridad, la pretensión que ha debido hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley. [L]a norma debe entenderse no referida propiamente a la acción sino a la pretensión, que es la expresión de la exigibilidad del derecho que se quiere hacer valer mediante el ejercicio de la acción.

[E]n la caducidad el orden público está más acentuado que en la prescripción extintiva, pues el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica se aprecia con mayor rotundidad, haciéndolo prontamente mediante sus plazos prefijados.

Sin perjuicio de lo expuesto, nótese que generalmente los plazos establecidos por las normas para la caducidad son bastante cortos (sesenta días, tres meses, seis meses), a diferencia de los plazos estipulados para la prescripción (dos, tres, siete y diez años). Por otro lado, al tratarse de un plazo tan breve, lo idóneo es que no pueda ser interrumpido ya que, precisamente, existe una urgencia, una necesidad de nombrar al árbitro. No sería lógico ni coherente con el texto de toda la ley que, por ejemplo, una institución arbitral, pasado el plazo y vulnerando los derechos de una parte que lo protestó, nombre a un árbitro bajo el fundamento de que el plazo es de carácter supletorio o señalando que éste admite interrupción por las más diversas circunstancias. En ese sentido, y teniendo en cuenta que se debe hacer lo posible para otorgar seguridad jurídica a las partes, creemos que los plazos son de caducidad.

Por otro lado, lo idóneo será que la persona requerida para el nombramiento envíe una carta de designación al árbitro con copia a la otra parte o partes, a efectos de que exista un medio de prueba que avale su proceder y demuestre que ha cumplido con el requerimiento.

Finalmente, lo regulado por este numeral deberá leerse en concordancia con lo establecido por el artículo 27 de la propia ley, ya que allí se regula el tema de la aceptación de la persona propuesta para ejercer la función de árbitro.

Ahora bien, señala el artículo 23 de la ley de arbitraje que, a falta de acuerdo, se aplicarán una serie de reglas. A continuación, el desarrollo de cada una de ellas.

3.1. Nombramiento de común acuerdo de un árbitro único, de todos los árbitros o del presidente del tribunal arbitral

La primera regla, contenida en el literal a), señala que: «En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo».

Creemos que este precepto constituye un absurdo y no tiene sentido.

Recordemos que un requisito para que se pueda recurrir a alguna de las

fórmulas propuestas en los cinco incisos del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, es que no exista acuerdo entre las partes para nombrar al tribunal arbitral.

Así, para demostrar lo irrisorio que resultan los supuestos de este primer inciso, pongámonos en cada uno de ellos.

El primero está referido al hecho de que nos encontremos frente al nombramiento de un árbitro único. El ejemplo más claro será aquél mediante el cual las partes no se ponen de acuerdo en nombrar al árbitro. Así, y según lo señalado por la norma, éstas tendrán un plazo de quince días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.

Aquí caben tres posibilidades, las cuales serán explicadas mediante ejemplos:

- (i) «A» envía una carta solicitando a «B» que nombre al árbitro único. «B» lo nombra y comunica la designación a «A», pero «A» no se encuentra conforme. Aquí existe desacuerdo.
- (ii) «A» envía un requerimiento a «B» para que nombre al árbitro único. «B» no contesta el requerimiento dentro del plazo otorgado por la ley (quince días). Sigue existiendo el desacuerdo.
- (iii) Ni «A» ni «B» envían requerimiento alguno. Tampoco hay acuerdo.

Cabe señalar que no podremos estar ante un caso en el cual «A» envía el

requerimiento a «B» quien nombra a un árbitro que también es aceptado por «A», debido a que aquí sí hay un acuerdo y el presupuesto de este inciso, y los demás, es que, precisamente, no haya acuerdo.

Lo mismo se podrá decir de los otros supuestos de hecho contenidos en el inciso a), vale decir, los referidos a cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas. Decimos esto debido a que aquí no hay acuerdo. La norma está redactada de manera contradictoria y confusa, y mal hace en hablar de un acuerdo entre las partes.

Así, pues, en lo que respecta al árbitro único, este inciso no soluciona nada. De hecho, retrasa el inicio de las actuaciones arbitrales y contradice de esta forma otro de los principios emblema del arbitraje: la celeridad.

3.2. Nombramiento de un tribunal colegiado, en el que cada parte nombra a un árbitro y estos nombran al presidente

En segundo lugar, tenemos el supuesto señalado en el literal b), el cual establece que: «En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral».

Este supuesto constituye el mecanismo más recurrido y usual en la

práctica.

Cabe señalar que la parte que realice el requerimiento tendrá un plazo, si así lo desea, mayor al de quince días que la ley confiere a su contraparte. Ello, debido a que no existe un plazo establecido (salvo aquellos referidos a la prescripción y caducidad) para que la parte inicie el procedimiento arbitral. Supongamos que el conflicto surgió en enero del año 2013 y las partes no se pusieron de acuerdo sobre el nombramiento del árbitro. Aquí, la parte interesada podrá tomarse, de hecho, más de quince días para nombrar a su árbitro y enviar el requerimiento a su contraparte, quien, luego de recibirlo contará con quince días para proceder a nombrar a su árbitro.

Por otra parte, señala la norma que entre los dos árbitros ya elegidos tendrán un plazo de quince días para elegir al presidente del tribunal arbitral.

3.3. Pluralidad de demandantes y/o demandados

El literal c) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje señala que: «En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral».

Antes de hacer notar las imprecisiones en las que incurre este literal, explicaremos la razón por la que este precepto ha sido concebido.

Se trata, pues, de solucionar un tema que no estaba contemplado en la normativa anterior: el de pluralidad de personas que integren una parte procesal.

En este caso, el vacío de la normativa anterior era aprovechado por los demandados cuando, en efecto, había pluralidad de personas en la parte demandada, a efectos de dilatar la conformación del tribunal arbitral.

La excusa que generalmente empleaba alguno o, en general, todos los codemandados, era que ellos no podían designar en conjunto a una persona para que fuese su árbitro. Ello, en la medida de que los intereses, los argumentos y los medios de defensa de todos los codemandados no eran los mismos. Entonces, este hecho daba pie a que estas partes dijeran algo así como: «Señor, si es que nosotros somos dos demandados y hay un demandante, lo justo es que cada uno de los demandados designe a un árbitro y —de esta manera— se componga el tribunal arbitral».

Situaciones como ésta planteaban cuestionamientos de orden teórico, en la medida en que, efectivamente, podría sostenerse lo que acabamos de transcribir.

Sin embargo, no podría admitirse una postura de esta naturaleza, debido

a que los árbitros no van a representar a las partes; lo que van a hacer es resolver una controversia, ni más ni menos.

Creemos que el espíritu (mas no la redacción) de la norma es muy positivo y resuelve con una fórmula —en principio— idónea muchos de los problemas que usualmente se presentaban en los tribunales arbitrales peruanos.

Sin embargo, una fórmula como la que venimos analizando no resolvería todos los problemas que en la práctica se podrían presentar.

Decimos ello, debido a que cabría la posibilidad de que, por ejemplo, la parte demandada esté formada por un número par de personas. Aquí puede que haya acuerdo, pero también puede que no. Entonces, ¿qué pasaría si no llegan a un acuerdo?

Sin duda, seguirá abierta la posibilidad de que se recurra al literal d) del propio artículo 23 de la ley. Pero ello constituiría el camino más largo.

Tal vez se hubiera podido solucionar el problema si es que la norma hubiese establecido que la parte procesal conformada por más de una persona nombre a un árbitro con la decisión de la mayoría de sus integrantes. Es decir, que sea la mayoría quien decida quién deberá ser designado como árbitro.

Ahora bien, dentro del mismo supuesto de falta de acuerdo de los integrantes de una parte para nombrar un árbitro, se podría presentar el caso de

las mayorías relativas. Es decir, estar frente a, por ejemplo, cinco codemandados de los cuáles dos formarían un sub grupo, otros dos formarían otro sub grupo y el quinto tendría una posición distinta a la de estos dos sub grupos. ¿Qué pasaría en este caso? Creemos que aquí necesariamente se deberá recurrir a la fórmula establecida por el literal d) o e), según corresponda, del propio artículo 23 de la ley.

Una vez aclarado el sentido de la norma, creemos que su redacción podría pulirse para no estar frente a problemas de aplicación como los ya señalados, e interpretaciones disímiles sobre sus alcances y limitaciones.

En ese sentido, proponemos la siguiente fórmula legislativa: «La parte que se encuentre conformada por más de una persona, deberá nombrar por mayoría absoluta un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga. En caso exista pluralidad de demandantes o demandados, cada parte nombrará a su árbitro por mayoría absoluta. Quien lo haga primero requerirá a la otra parte para que en el plazo de quince (15) días de recibida la solicitud nombre otro árbitro. Ambos árbitros nombrarán a un tercero, quien presidirá el tribunal arbitral, dentro de quince (15) días de comunicada la aceptación del último de los árbitros nombrados».

De esta forma, se delimitaría de manera contundente los supuestos que se pueden presentar cuando estemos frente a un parte conformada por varias personas. La norma actual no distingue los supuestos en que exista una sola parte integrada por varias personas o ambas partes conformadas por varias

personas.

Por otro lado, se establece que el nombramiento deberá ser llevado a cabo por mayoría absoluta, evitando así los problemas que identificamos con respecto a las voluntades no puestas de acuerdo, así como el de mayorías relativas.

Asimismo, se señala que el plazo para el nombramiento del tercer árbitro se contabilizará a partir de la comunicación, y no de la aceptación, del último de los árbitros nombrados.

Finalmente, se elimina esa absurda frase que dice: «salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable», y es que si efectivamente se hubiese dispuesto algo distinto, no tendríamos que recurrir a este literal.

3.4. Nombramiento por la Cámara de Comercio

El literal d) de la norma bajo estudio regula, de manera general, el tema del nombramiento del árbitro por las Cámaras de Comercio. Dicho precepto establece que: «Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el

nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».

En primer lugar trataremos de realizar algunos comentarios sobre el objeto que tiene este literal para luego, como se hizo en los casos anteriores, pronunciarnos sobre su pertinencia o no en el texto de la Ley de Arbitraje.

Mantilla Serrano¹⁷¹ señala que:

La intervención de la entidad nominadora residual de árbitros se dará sólo para evitar la inoperatividad o ineficacia de un procedimiento de designación (ya sea, por ejemplo, por mala redacción del convenio arbitral o por carencia o inexistencia de la institución arbitral designada) que impida la puesta en marcha del arbitraje o aun porque el procedimiento acordado vulnere la igualdad de las partes.

En efecto, el literal bajo análisis establece claramente que el mecanismo en él contenido sólo se activará si en los casos anteriores no se llega a un acuerdo.

Por otro lado, cabe precisar que lo señalado por la norma constituye una gran innovación con respecto a las anteriores leyes de arbitraje peruanas. Antes de la entrada en vigencia de nuestra Ley de Arbitraje, las cuestiones de imposibilidad de acuerdo entre las partes para el nombramiento de uno o varios

¹⁷¹ MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 105 y 106.

árbitros eran resueltas por los jueces ordinarios.

Este sistema no era del todo idóneo. Se le criticaba, principalmente, porque era demasiado lento, ya que el tiempo que el órgano jurisdiccional encargado se tomaba para nombrar al árbitro era de más o menos medio año, tiempo absolutamente desproporcionado para un trámite procesal de esta naturaleza.

En aquellas ocasiones, lo que los jueces argumentaban en su defensa frente a las críticas, era la existencia de demasiada carga procesal.

Con la modificación realizada por la Ley de Arbitraje del año 2008, se suple esta deficiencia y se cambia de actor en la tarea del nombramiento supletorio del árbitro. Ahora la tarea recae en las Cámaras de Comercio.

Debemos dejar en claro que esta regla sólo surte efectos y es de aplicación a todos los arbitrajes en donde no se haya logrado un acuerdo para el nombramiento del tribunal arbitral o de alguno de sus miembros.

Ahora bien, un problema que podría presentarse con esta nueva regulación estaría referido a la falta de confianza que la o las partes tendrían en la Cámara de Comercio.

Si nos centramos específicamente en los convenios arbitrales que se celebren a partir del día en que entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º

1071, creemos que no habría problema alguno de orden constitucional a efectos de entender que la designación supletoria de árbitros se hará por parte de las Cámaras de Comercio, por lo siguiente: al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes debían conocer la existencia de la disposición contenida en Ley de Arbitraje (principio de que no se puede alegar el desconocimiento de la ley) y si querían sustraerse a su aplicación tendrían que haber convenido alguna otra fórmula de solución de nombramiento de los árbitros con carácter supletorio, como podría ser el caso de recurrir a algún otro centro de arbitraje distinto a las Cámaras de Comercio, establecer una lista previa de nombres entre los cuales se haría un sorteo en presencia de notario público con o sin colaboración de la parte contraria u otros mecanismos que podrían idearse para evitar que se recurra a la competencia de la Cámara de Comercio.

Sobre este tema es necesario abordar un punto que resulta trascendente, y es que no existe en la Ley de Arbitraje ninguna disposición que establezca la prohibición de que los miembros de los Consejos Superiores de Arbitraje de las Cámaras de Comercio del Perú, o los funcionarios o empleados de cualquier rango de éstas, puedan ser designados como árbitros con carácter supletorio. Aquí se presenta un serio problema, porque al no existir esta prohibición, el órgano decisorio de la respectiva Cámara de Comercio podría designar como árbitro —con carácter supletorio— a alguno de sus miembros, naturalmente, en la medida en que el Reglamento de la propia Cámara no lo prohíba.

Que algo así pase sería lamentable. Sin duda, esta posibilidad de vicio es una realidad y pensamos que debería plasmarse una prohibición al respecto en

una eventual modificación al Decreto Legislativo n.º 1071.

Por otra parte, se podría presentar el supuesto en el que la Cámara de Comercio designe al árbitro siguiendo el mecanismo del sorteo. Lamentablemente, aquí también se podrían presentar algunos inconvenientes.

Sabemos que la designación de los árbitros por sorteo hecha por las Cámaras de Comercio tiene que revestir ciertas características de transparencia.

Sin embargo, la verdad es que la Ley de Arbitraje no establece mecanismo alguno que garantice y asegure transparencia y honestidad al momento de designar al árbitro por este u otro mecanismo aleatorio.

Nosotros pensamos en la posibilidad de que la designación pueda ser supervisada por un notario público, quien oficiaría de garante en este procedimiento. Caso contrario, simplemente se podría preferir la designación de algunas personas como árbitros para proceder a un intercambio de favores arbitrales.

Los denominados favores arbitrales son, sin duda, uno de los elementos que más perjudican al arbitraje, por cuanto ya se está apreciando en algunas Cámaras de Comercio el mecanismo por el cual los funcionarios encargados de decidir o de proponer la designación de árbitros con carácter supletorio, proponen y designan a personas que no tienen mayor experiencia arbitral y que no poseen un prestigio profesional adecuado. Dichos funcionarios designan a

esas personas para que luego éstas los propongan como presidentes de tribunales arbitrales.

Estos círculos viciosos ya son conocidos en algunas Cámaras de Comercio, por ello se hace necesaria una modificación inmediata de la ley para que se prohíba que estas personas (directivos de la Cámara, personas que formen parte del Consejo Superior de Arbitraje, funcionarios y demás empleados), integren —directa o indirectamente— los tribunales arbitrales.

3.5. Nombramiento por la Cámara de Comercio en un arbitraje internacional

Para terminar nuestros comentarios al artículo 23 de la Ley de Arbitraje, corresponde abordar el contenido de su literal e), el cual señala lo siguiente: «En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d) de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje».

Como se observa, lo que hace esta norma es modificar la fórmula establecida por el literal d) de la ley cuando estemos en presencia de un arbitraje internacional.

Así, suprime la actuación de la Cámara de Comercio del lugar de la celebración del convenio arbitral, así como la Cámara de Comercio de la

localidad más cercana. En su lugar, señala el citado literal, sólo podrán actuar como entidades nominadoras supletorias de árbitros, la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o, en su defecto, la Cámara de Comercio de Lima.

Sobre este punto, creemos que el contenido de este inciso es innecesario. De hecho, hace más engorroso el procedimiento de nombramiento del árbitro en caso estemos frente a un arbitraje internacional.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, al adoptar la teoría monista, señala expresamente que sólo se harán distinciones entre arbitrajes nacionales e internacionales cuando la naturaleza de las circunstancias así lo exija. En este supuesto, no existe un argumento que fundamente y explique este doble tratamiento y, en realidad, no asoma por ningún lado esa necesidad. De esta forma, pensamos que tranquilamente se puede recurrir a la fórmula propuesta por el literal d) en caso estemos en presencia de un arbitraje internacional, con lo que el contenido del literal e) podría ser suprimido del artículo bajo estudio.

INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO

Artículo 24.- «Incumplimiento del encargo

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

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 24

Este artículo no registra antecedentes en el Código Civil de 1984 ni en la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935.

La derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, sí regulaba el tema en los siguientes términos:

Artículo 22.- «*Incumplimiento del encargo*

Si el tercero a que se refiere el Artículo 20, encargado de efectuar la designación de él o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de él o los árbitros».

— **FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS**

Concuerdan con el artículo 24 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 33 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la Republica de Nicaragua de 2005, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 45 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 15 del Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999, el artículo 129 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 19 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo

15 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1427 del Código de Comercio de México, entre otros.¹⁷²

¹⁷² El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 11.- «Nombramiento de los árbitros

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo, a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6; b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o

c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 33.- «Nombramientos de los árbitros

Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Juez Civil de Distrito.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Juez Civil de Distrito competente.

Cuando en un procedimiento de nombramiento de árbitros convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento; cuando las partes o dos árbitros no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento; o cuando un tercero, o el Centro de Mediación y Arbitraje, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento para efectuar ese nombramiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlos.

Toda decisión del tribunal o autoridad competente sobre las cuestiones encomendadas en el presente artículo será definitiva y no tendrá recurso alguno. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrán debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial».

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 13.- «Nombramiento de los árbitros

Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

a) salvo acuerdo en contrario de las partes, ni la nacionalidad ni el domicilio serán obstáculos para el nombramiento de los árbitros. Para el ejercicio de su función los árbitros extranjeros serán admitidos al país como extranjeros no residentes, por el plazo de seis meses, pudiendo éste ser prorrogado por períodos similares y percibirán remuneración por las tareas desempeñadas.

b) sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos d) y e) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

c) A falta de tal acuerdo:

1. en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días, contados desde su nombramiento, la designación será hecha por el juez, a petición de cualquiera de las partes, en el plazo de siete días. El tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral.

2. en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.

d) cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que haga cumplir lo convenido por las partes adoptando las medidas necesarias, en el plazo de siete días, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

e) toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en los Incisos c) o d) del presente artículo será inapelable.

f) al nombrar un árbitro, el juez tendrá en cuenta las condiciones requeridas estipuladas entre las partes para un árbitro por el acuerdo y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Cuando se trate de un arbitraje internacional y el árbitro sea único o se trate del tercer árbitro, el juez tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 45.- «Nombramiento de los árbitros

Las partes podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros. A falta de acuerdo de las partes o de no designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes».

- Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999

Artículo 15.- «A falta de acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros en la forma que ha quedado expuesta en el artículo anterior y, si no existe regla precisa a este respecto en el reglamento, se procederá de la siguiente manera:

1. En el arbitraje integrado por tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán el tercero, quien actuará como árbitro presidente para dirigir e impulsar el procedimiento y para dirimir las discordias entre los miembros del tribunal.

2. En los arbitrajes con pluralidad de partes, éstas podrán actuar agrupadas en lo que concierne al nombramiento de árbitros como se indica en el numeral anterior, y siempre que no exista conflicto de intereses entre ellas. De no ser así, cada parte elige un árbitro y los nombrados, a su vez, eligen el árbitro presidente, en la forma y con las atribuciones previstas en esta Ley para los tribunales colegiados. Si no hubiera acuerdo entre las partes o los árbitros, en su caso, procederá la autoridad de designación en la forma prevista en este artículo.

3. El tribunal arbitral una vez constituido y si así lo estime conveniente nombrará un Secretario en la forma que determine el reglamento aplicable o, en su defecto, determine el propio tribunal.

4. Si alguna de las partes no nombrara árbitro dentro del plazo de los veinte días a partir de su requerimiento por la otra parte o, si los árbitros designados no se pusieran de acuerdo sobre el tercer árbitro, dentro del plazo de veinte días a partir de su aceptación, la autoridad de designación hará el nombramiento directamente a petición de una de las partes, en el término de otros veinte días a partir de esa petición.

5. La autoridad de designación tendrá en cuenta, en el nombramiento de los árbitros criterios de especialización en la materia objeto del arbitraje y de imparcialidad e independencia. Para el caso de que el arbitraje sea internacional tendrá en cuenta la nacionalidad de las partes, procurando nombrar árbitros de nacionalidad distinta a las de éstas.

6. En el caso de un tribunal arbitral unipersonal, si las partes no se han puesto de acuerdo para el nombramiento del árbitro único, en el plazo de veinte días a partir del requerimiento que haga una a la otra, el árbitro será nombrado de conformidad con el reglamento aplicable y, en su defecto, será nombrado por la autoridad de designación de análoga manera a lo establecido en el párrafo anterior. De manera análoga se procederá cuando, en un procedimiento de nombramiento pactado por las partes, ni éstas ni los árbitros actúen de conformidad con lo allí establecido.

7. Tratándose de arbitraje ad-hoc, si una de las partes incumple la designación en el plazo establecido, el arbitraje se desarrollará con el árbitro que haya sido designado por una de las partes.

8. Cuando el árbitro por cualquier causa cesare en el ejercicio de sus funciones se nombrará un sustituto en la forma prevista por las partes o por el reglamento aplicable para el nombramiento de los árbitros y, en su defecto, mediante la intervención de la autoridad de designación conforme al presente Decreto Ley.

9. La sustitución de los árbitros no dará lugar a una retroacción de actuaciones practicadas, salvo en lo que concierne a las pruebas, a no ser que el árbitro sustituto se dé por instruido, a la vista de las actuaciones documentadas».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 129.- «Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el Director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 16.- «Designación de árbitros

De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el Director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 19.- «Designación por tercero

I. Las partes podrán facultar a un tercero la designación de uno o todos los miembros del Tribunal Arbitral.

II. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a entidades o asociaciones especializadas a través de centros de arbitraje, de acuerdo con los reglamentos de dichas instituciones».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 15.- «Nombramiento de los árbitros.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente o someter al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

2. A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; luego, entre los tres árbitros, designarán a quien fungirá como presidente del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como Presidente el de mayor edad. Si una parte no nombra al árbitro dentro de un plazo de quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días siguientes contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

b. En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro luego de transcurridos quince días desde que se hizo el primer requerimiento para ello, éste será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 9.

c. Una vez designado un árbitro, éste deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de las dos semanas siguientes a su designación. Vencido dicho plazo, a falta de manifestación expresa, se tendrá como aceptada tácitamente la designación. Una vez recaída la aceptación del árbitro único o la del último árbitro, si el tribunal arbitral estuviere compuesto por más de un árbitro, dicho tribunal arbitral considerará legalmente constituido.

— ANÁLISIS

-
3. Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, ya sea:
- Una parte no actúa conforme a lo estipulado en dicho procedimiento.
 - Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento.
 - Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, entonces, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente conforme al artículo 9 que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
4. Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo, al tribunal competente conforme al artículo 9, será definitiva, y por consiguiente no cabrá recurso, remedio procesal o impugnación alguna en contra de dicha decisión. Al nombrar un árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, si el arbitraje fuera internacional.
5. Los árbitros no representarán los intereses de ninguna de las partes, ejercerán el cargo con absoluta imparcialidad e independencia».
- Código de Comercio de México
- Artículo 1427.- «Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:
- Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.
 - Sin perjuicio de lo dispuesto en las fracciones IV y V del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.
 - A falta de tal acuerdo:
 - En el arbitraje con árbitro único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;
 - En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;
 - Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una Institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo, y
 - Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en las fracciones III o IV del presente artículo, será inapelable. Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

1. INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO

En la práctica, esta norma resulta de gran ayuda, ya que completa el tratamiento del tema relacionado a la intervención de carácter supletorio de las Cámaras de Comercio.

La manera cómo el numeral 24 opera es la siguiente:

- En primer lugar, se decide que será una institución arbitral (como, por ejemplo, un centro de arbitraje), o un tercero, el encargado de la designación del árbitro.
- Para realizar esta tarea, hay un plazo establecido por las partes o, en su defecto, existe un reglamento arbitral aplicable para tal fin. En todo caso, a falta de estos dos, el plazo que se tiene para lograr tal fin será de quince días de solicitada su intervención.
- La institución arbitral, o el tercero, no cumple con el nombramiento del árbitro dentro del plazo que corresponda.
- Se considera que el encargo es rechazado.
- Si existe acuerdo entre las partes sobre cómo proceder en este caso (vale decir, en el supuesto en el que la persona designada no cumple con el encargo), se sigue con lo convenido.

- Si no existe acuerdo, se procede conforme al inciso d) del artículo 23, vale decir, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Como es claro, y en aplicación supletoria de las normas pertinentes del Código Civil, los quince días se computarán desde la fecha en que la institución o el tercero reciben la solicitud.

Cabe señalar que el dispositivo bajo estudio constituye una novedad a nivel de la legislación comparada, ya que su contenido se aparta de las leyes arbitrales más representativas y que, precisamente por tener ese carácter, han sido fuente de inspiración para muchos dispositivos de la vigente ley (es el caso de la Ley Modelo CNUDMI y la Ley de Arbitraje española del 2003, entre otras).

Asimismo, cabe recordar que la antigua Ley General de Arbitraje otorgaba un plazo de diez días y que, además, era un juez quien, en última instancia, nombraba al árbitro o árbitros. Sobre este punto, Chocrón¹⁷³ señala

¹⁷³ Cfr. CHOCRÓN GIRALDES, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 198.

que dicha intervención «constituye un favor legal de la propia ley a la institución que ella misma regula con el fin de evitar su frustración por un mero desacuerdo de voluntades».

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ENCARGO

El encargo da origen a un contrato de prestación de servicios en la modalidad de locación de servicios, ya que según lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil: «Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución». Por otro lado, también resulta pertinente citar lo señalado por el artículo 1765 del mismo cuerpo normativo: «Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales o intelectuales».

De la definición establecida en la norma transcrita, es posible identificar, en palabras de Wilfredo Sanguinetti,¹⁷⁴ tres elementos que individualizan esta figura contractual: «la obligación del locador de prestar sus servicios al comitente, la obligación de éste de pagar al primero una retribución, y la ausencia de un vínculo de subordinación entre ambos contratantes».

El primer elemento, implica que el deudor se encuentra obligado a

¹⁷⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco, 1988, pp. 245 y ss.

proporcionar al acreedor su fuerza o energía, su actividad, con independencia del resultado que con ella pueda producirse. Los términos «por cierto tiempo o para un trabajo determinado» no contradicen lo anterior en tanto estos supuestos no hacen referencia sino a la duración del contrato. Lo que le interesa al comitente del locador es finalmente que éste le suministre su actividad laborativa durante cierto tiempo y no que le proporcione un resultado de trabajo. Lo que particulariza a esta modalidad es solamente, en primer lugar, el estar sometida a un término final de carácter esencial. Dicho término se caracteriza por ser incierto respecto del cuándo, ya que la duración del contrato depende del tiempo que sea necesario para concluir el trabajo determinado. En segundo lugar, se diferencia en que supone una mayor precisión respecto de los servicios requeridos, toda vez que éstos serán solamente los que se precisen para realizar aquel trabajo determinado.

Como segundo factor constitutivo se acentúa el carácter oneroso de este contrato. Rezzónico¹⁷⁵ señala que, por definición, este contrato es a título oneroso, pues «las ventajas que cada una de las partes obtiene del contrato tiene su contrapartida o correlativo en las que a su vez obtiene la otra parte, y resultan de una prestación que cada uno de los contratantes ha hecho o se obliga a hacerle al otro: el locatario recibe el servicio pero paga su precio; el locador hace el servicio, pero recibe su precio».

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que constituye un grave error

¹⁷⁵ REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: ALEA, 1950, p. 486.

conceptual por parte del legislador de 1984 el haber establecido como esencial el carácter oneroso de este contrato, pues, de la lectura de los preceptos generales de los contratos de prestación de servicios, ello ha conducido a sostener erróneamente que un contrato de estas características, pero en el que no se pactara una retribución, no tendría la naturaleza jurídica de un contrato de prestación de servicios.

No compartimos este parecer, por considerar que los contratos de prestación de servicios no son —por esencia— onerosos, sino sólo lo son por naturaleza. Ello significa que sería absolutamente normal que las partes convinieran un contrato de estas características que se celebrara a título gratuito, conservando dicho contrato la referida naturaleza jurídica. Negar la existencia de la locación de servicios gratuita equivaldría a sostener que, por ejemplo, un abogado que se obliga a llevar gratuitamente un proceso judicial a favor de un familiar suyo, no estaría celebrando un contrato de locación de servicios propiamente dicho, sino un contrato atípico.

Por último, el tercer elemento de la definición está referido a que el locador debe prestar sus servicios sin estar subordinado al comitente, con lo cual se alude a la necesaria existencia de autonomía para su configuración. Tal autonomía distingue a la locación de servicios del contrato de trabajo.

Evidentemente, encontramos aquí una concepción amplia del dominio de la locación de servicios, según la cual ésta es capaz de abarcar cualquier prestación de servicios y no siquiera

únicamente a las que son consideradas como las representativas de esta categoría por los teóricos del «Modelo Doctrinario Alemán». Esto se debe a que, desde la definición misma que se hace del contrato no se reconoce la existencia de vinculación alguna entre el contenido de la promesa (la propia actividad del deudor) y la existencia de subordinación o autonomía. La dependencia aparece así como una «cualidad» que puede o no estar presente en las prestaciones de servicios y cuya existencia no depende del contenido mismo del trabajo que se adeude.¹⁷⁶

Ahora bien, Arias Schreiber¹⁷⁷ hace una importante distinción al señalar que el principio que inspira el artículo 1765 no es exclusivo de la locación de servicios, y se da en todos los casos en que exista un compromiso de energía humana. También en el mandato, por ejemplo, hay una contribución mixta (material e intelectual) por parte del mandatario. La diferencia evidentemente — según el citado profesor— está en la finalidad perseguida, la que en el mandato se reduce a la celebración de actos jurídicos.

En efecto, al encargarse a un tercero o a una institución arbitral el nombramiento del o de los árbitros, lo que se hace es contratar sus servicios para dicha labor que, principalmente, será una de carácter intelectual. Aquí, no existirá acto jurídico entre el encargado y el futuro árbitro, sino más bien entre las partes y éste. De la misma forma, y como ya hemos señalado, el hecho de que este «encargo» sea o no remunerado, no impide que hablemos de un

¹⁷⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Op. cit., pp. 247 y 248.

¹⁷⁷ Cfr. ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano 1984. Contratos nominados*. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo II, p. 450.

contrato de locación de servicios.

3. CASUÍSTICA RELEVANTE

El artículo 24 no plantea la solución a algunos problemas que en la práctica se pueden presentar.

En caso estemos frente a un arbitraje administrado, ¿qué pasará si el centro de arbitraje no nombra al árbitro dentro de quince días? ¿Se podrá recurrir a la Cámara de Comercio, a pesar de que se trate de un arbitraje administrado?

Sobre este punto la norma es clara al establecer que vencido el plazo (sea el otorgado por la partes, el contenido en el Reglamento del Centro de Arbitraje, o los 15 días) se puede recurrir a la Cámara de Comercio para que cumpla dicha labor.

Siguiendo esta línea crítica, Enrique Ferrando Gamarra¹⁷⁸ da cuenta de algunos otros problemas que podrían suscitarse. Así, señala que:

Existen varios aspectos que bajo la antigua ley eran solucionados por aplicación supletoria del Código Procesal Civil al proceso de designación judicial, que ahora ya no son aplicables. En tal

¹⁷⁸ FERRANDO GAMARRA, Enrique. «Incumplimiento del encargo». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 314.

sentido, la no aplicación del Código Procesal Civil a dicho proceso nos lleva a hacernos las siguientes preguntas: i) ¿Qué ocurriría en caso de conflicto de competencia? Si tenemos en cuenta que una de las reglas es el sometimiento a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana, podría darse el caso en que más de una Cámara de Comercio se considere competente en razón a su proximidad geográfica. A ello se suma el interés que podría tener alguna de las partes en generar un conflicto de competencia o en hacer que éste se resuelva a favor de sus intereses. Para tales supuestos no resultarían aplicables las normas del Código Procesal Civil sobre conflicto de competencia, lo cual entraparía ostensiblemente el proceso de designación. Téngase presente al respecto que las Cámaras de Comercio no están regidas por normas especiales, ni están sujetas a supervisión alguna, por lo que no existe garantía de idoneidad y profesionalismo en el cumplimiento de este importante encargo legal, más allá de la seriedad y conocida reputación de algunas Cámaras de Comercio.

En efecto, aquí surge un problema que es más común de lo que puede parecer. Claro, en primer lugar debemos tener presente que el nombramiento no se pudo realizar por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o, a falta de ésta, del lugar de celebración del convenio arbitral.

En este caso sólo quedaría que el nombramiento lo realice la Cámara de Comercio de la localidad más cercana. Así, pensamos que una alternativa para solucionar este problema sería tener en cuenta el cuadro de distancias entre las

principales ciudades del país, elaborado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.¹⁷⁹ Con él se podría resolver de manera preliminar el inconveniente en el supuesto en el que nos apeguemos literalmente a la norma y entendamos por localidad más cercana aquella que geográficamente se halle más próxima a la ciudad del lugar del arbitraje. Nótese que no estamos hablando del lugar donde se celebró el convenio arbitral, sino más bien del lugar del arbitraje.

Ahora bien, no estamos de acuerdo con lo sostenido por Gamarra cuando señala que el problema no podrá solucionarse, como sucedía con la anterior legislación, a través de una aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil.

Es cierto que la vigente Ley de Arbitraje no contiene un precepto como la anterior ley, en el sentido de que permitía recurrir a este cuerpo adjetivo cuando fuese necesario, pero también es cierto que lo regulado por un Código no sólo son preceptos jurídicos sino también figuras e instituciones jurídicas, e incluso, en muchos casos, llegan a ser principios generales del Derecho. De otro lado, no se debe dejar de lado la doctrina que —como fuente de Derecho— puede servir para fundamentar cualquier decisión que un tribunal arbitral pueda emitir.

Ferrando Gamarra¹⁸⁰ plantea otro supuesto al preguntarse: «¿Qué pasaría

¹⁷⁹ Se puede acceder a esta información visitando la siguiente dirección electrónica: <http://www.mtc.gob.pe/estadisticas/index.html>.

¹⁸⁰ FERRANDO GAMARRA, Enrique. «Incumplimiento del encargo». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 315.

si alguna de las partes cuestionara la decisión de la Cámara y decidiera ventilar su cuestionamiento ante el Poder Judicial? La protección al derecho de defensa podría llevar al Órgano Jurisdiccional a dar trámite a este pedido, lo cual nos colocaría exactamente en la posición que la nueva ley pretendía evitar».

Creemos que esta posibilidad ya se encuentra resuelta por la actual Ley de Arbitraje. El inciso 1 del artículo 25 señala que la decisión que tome la Cámara de Comercio es definitiva e inimpugnable. Ello se da con el objeto de evitar caer en el fuero ordinario de manera innecesaria, ya que, como se dijo, el sentido de esta norma es, precisamente, evitar que el órgano jurisdiccional tenga algo que ver con el nombramiento del o de los árbitros.

Sin perjuicio de las propuestas formuladas, está claro que no todas las interrogantes son resueltas por el artículo 24. Se deberá, entonces, realizar una lectura sistemática del contenido de toda la Ley de Arbitraje, y también se podrá recurrir, sin problema alguno, a la aplicación de diversas figuras, instituciones jurídicas y principios generales de Derecho para resolver cualquier problema que se pueda presentar.

Finalmente, será la práctica arbitral, en cada caso, la encargada de dilucidar los problemas que acabamos de mencionar.

Pese a los inconvenientes que hemos resaltado en el contenido del artículo bajo análisis, sin duda, la nueva Ley de Arbitraje contiene considerables ventajas con respecto a su predecesora.

NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Artículo 25.- «Nombramiento por las Cámaras de Comercio

- 1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.*
- 2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.*
- 3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.*
- 4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los*

supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23° y en el artículo 24°, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

5. *La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.*
6. *En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.*
7. *En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».*

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 25

Este artículo no registra antecedentes en el Código Civil de 1984, en la Ley General de Arbitraje del año 1992 contenida en el Decreto Ley n.º 25935, ni en la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572.

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 25 de la Ley de Arbitraje peruana el artículo 45 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 19 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, entre otros.¹⁸¹

¹⁸¹ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 45.- «Nombramiento de los árbitros

Las partes podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros. A falta de acuerdo de las partes o de no designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 16.- «Designación de árbitros

De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el Director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 19.- «Designación por tercero

I. Las partes podrán facultar a un tercero la designación de uno o todos los miembros del Tribunal Arbitral.

II. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a entidades o asociaciones especializadas a través de centros de arbitraje, de acuerdo con los reglamentos de dichas instituciones».

— ANÁLISIS

Esta norma constituye una de las novedades de la vigente Ley de Arbitraje, ya que anteriormente, ante casos como éste, se establecía que el órgano jurisdiccional debía ser quien designe el tribunal arbitral.

Aparte de las concordancias extranjeras que sobre el particular hemos encontrado, Rubio Guerrero¹⁸² hace referencia al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial, firmado en Ginebra en el año de 1961, como fuente primaria de nuestro artículo 25. Dicho cuerpo normativo contemplaba en su artículo IV la intervención del Presidente de la Cámara de Comercio correspondiente en determinados supuestos relativos al nombramiento y sustitución de árbitros, entre otros. El mismo Rubio Guerrero, además, aborda la importancia de esta innovación al señalar que:

[...] existen al menos 2 importantes razones para depositar las designaciones residuales en las Cámaras de Comercio y no en los tribunales ordinarios: i) porque las Cámaras de Comercio se han encargado de desarrollar arbitrajes entre los comerciantes y hombres de negocios durante siglos; y ii) porque estas designaciones reducen costos de transacción para las partes que ya no tienen que soportar la carga procesal de los tribunales ordinarios para conseguir el nombramiento de un árbitro.

¹⁸² RUBIO GUERRERO, Roger. «Nombramiento por las Cámaras de Comercio». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 318 y ss.

Ahora bien, debemos reconocer que todo el contenido del numeral 25 podría entenderse como el establecimiento de un monopolio a favor de las Cámaras de Comercio, hecho que conllevaría a sostener que, entre otras cosas, los precios o tarifas señalados por las Cámaras no van a tener competencia con respecto a otros organismos, con lo que estas entidades podrían abusar de su posición.

Sin embargo, y junto a Rubio Guerrero,¹⁸³ no creemos que ello sea así, ya que no estamos hablando del universo de las designaciones de árbitros, sino únicamente de las designaciones residuales, es decir, cuando las partes no hayan cumplido con efectuar una designación que les corresponde y no hayan designado una autoridad nominadora para estos efectos o cuando ésta no cumpla con el encargo. Las partes tienen la posibilidad de designar a sus árbitros o designar a una autoridad nominadora que los designe, sin ninguna restricción.

Dicho esto, a continuación realizaremos el análisis del contenido de cada uno de los incisos del artículo 25 de nuestra Ley de Arbitraje.

1. NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO POR UNA CÁMARA DE COMERCIO

El inciso 1 del artículo 25 de la Ley de Arbitraje establece que: «Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un

¹⁸³ *Cfr.* ÍDEM, p. 319.

árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable».

En primer término, este inciso es el punto de llegada de todos los dispositivos de la Ley de Arbitraje que contienen una norma que establece que será una Cámara de Comercio la encargada de nombrar al árbitro, incluso si esta labor es realizada de manera supletoria por dicha entidad.

De esta forma, los casos en los que será una Cámara de Comercio la encargada de nombrar a uno o varios árbitros, son los siguientes:

- Cuando una o más partes no designa al árbitro que le corresponde.
- Cuando no hay acuerdo entre las partes para designar al árbitro único, a todos los árbitros, o al presidente del tribunal arbitral.
- Cuando dos árbitros no se ponen de acuerdo al momento de designar al árbitro que será el Presidente del Tribunal Arbitral.
- Cuando un tercero, a quien se le encargó esta tarea, no cumple con efectuarla.

En segundo término, y ya teniendo claro que estamos en un escenario en

el que será una Cámara de Comercio la encargada del nombramiento de el o los árbitros, la ley establece dos opciones, a saber:

- El árbitro o árbitros serán nombrados por la persona u órgano que la propia Cámara determine.
- A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.

La primera regla que se debe tener en cuenta es que, en caso una Cámara de Comercio tenga esta labor, deberá designar a una persona o a un órgano para que cumpla con el requerimiento.

Surge aquí una primera interrogante: ¿esta persona u órgano debe necesariamente ser parte de la Cámara de Comercio? Vale decir, ¿la Cámara podrá designar a una persona u órgano ajeno a ella?

Creemos que en vista de que el texto de todo este artículo se dedica a regular cómo es que una Cámara de Comercio debe designar a un árbitro, el sentido de la norma debe entenderse como que esta persona u órgano debe ser parte de esta entidad.

Ahora bien, la norma no establece límites en cuanto a la persona u órgano que la Cámara pueda designar. Sin embargo, y como veremos más adelante, existen ciertas pautas que esta persona u órgano deberá tomar en

cuenta (aparte de las ya estudiadas exigencias legales).

De otro lado, este inciso señala que en caso no exista una determinación previa (entendemos que esta «determinación previa» se refiere a que la Cámara debe tener en su estatuto o en algún reglamento interno una estipulación que establezca que en casos como éste será tal o cual persona la encargada de elegir al árbitro), la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.

Normalmente, sabemos que una Cámara de Comercio tiene como máximo órgano a su Asamblea General. A esta le sigue el Consejo Directivo que tiene, además, un Presidente.

Empero, y para citar un ejemplo representativo, ello no siempre es así. Tenemos, pues, que la Cámara de Comercio de Lima posee, aparte de su Asamblea General, un órgano especializado que se denomina Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el cual, a su vez, tiene un ente llamado Consejo Superior de Arbitraje, el mismo que, de acuerdo a sus reglamentos y conforme a lo que establece el inciso 1 del artículo bajo estudio, sería el encargado de nombrar de manera supletoria al árbitro, en defecto de nombramiento y conforme a lo dispuesto por los artículos 23 y 24 de la Ley de Arbitraje.

Es importante recordar que estas normas son, evidentemente, de carácter dispositivo, ya que podría haberse convenido algo distinto en el convenio arbitral.

El inciso bajo estudio concluye señalando que la decisión que adopte la Cámara de Comercio a través de la persona u órgano competente —a efectos de designar de manera supletoria al árbitro—, es una de carácter definitiva e inimpugnable.

Esta precisión es bastante importante, en la medida en que no sería correcto proceder a efectuar una revisión de lo señalado a través del establecimiento de una segunda instancia vía una apelación.

Claro está que si la designación del árbitro vulnera algún derecho de las partes o de alguna de ellas, ésta podrá hacerlo saber de inmediato al órgano que efectuó dicho nombramiento, a efectos de dejar constancia de que el arbitraje se inicia con un vicio de origen. Esta situación podría permitir que esta parte interponga, posteriormente, un recurso de anulación, en virtud de las disposiciones que establece la propia Ley de Arbitraje.

Somos de la opinión que, efectivamente, sería poco eficiente que la norma haya planteado que la decisión de la Cámara de Comercio pueda ser apelada. Sin embargo, si bien es cierto resulta idónea una estipulación como ésta en vista de que otorga seguridad jurídica a todas las partes (incluida la Cámara), lo cierto es que hubiera sido sensato establecer que esta decisión pueda ser impugnada vía recurso de reconsideración, ya que, en el estado actual de las cosas, la petición o malestar de la parte solamente tendrá por objeto dejar constancia de lo ocurrido y no representará, de modo alguno, la posibilidad de

abrir un camino a efectos de que se pueda remediar el error.

Un típico caso puede ser observado en el hecho de que, por ejemplo, la Cámara de Comercio designe a un árbitro que tenga una vinculación directa con la otra parte. En este caso, la parte que se sienta vulnerada tendría que recurrir al mecanismo de la recusación, pero todo este trámite podría evitarse, en la medida en que el órgano de la Cámara de Comercio que hubiese nombrado el árbitro pudiese volver a analizar esa decisión vía un recurso de reconsideración. De ahí que sea importante que se repiense este extremo de la norma y que, en una eventual reforma legislativa, se establezca que esta decisión pueda ser impugnada vía recurso de reconsideración.

Como vemos, las facultades que se están otorgando a las Cámaras de Comercio son bastante amplias, notorias e importantes. Pero nos queda la interrogante en el sentido de si estas facultades constituyen una ventaja para alimentar la celeridad de las actuaciones arbitrales o más bien son un arma de doble filo.

Como en todo, estas prerrogativas serán una ventaja en la medida de que la Cámara de Comercio funcione adecuadamente, se guíe por criterios de moralidad y decencia, y respete siempre los principios generales de Derecho, así como la legislación vigente. *A contrario*, constituirá un instrumento pernicioso en la medida de que dicha Cámara se aleje de estos valores y principios éticos.

2. REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA SOLICITUD

El inciso 2 del artículo 25 de la ley señala que: «Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte».

En principio resulta obvio que tiene que existir una solicitud a la Cámara de Comercio, a efectos de que ésta proceda a realizar el nombramiento supletorio del árbitro.

En este plano, dicha solicitud deberá contener una serie de datos que permitan, entre otras cosas, identificar a la contraparte, así como comprobar de manera preliminar que la vía arbitral es la acordada por las partes para resolver su conflicto de intereses.

Así, en primer lugar se debe señalar el nombre o la denominación social de la otra parte, con el objeto de verificar la identidad de la persona natural o jurídica con la que se va a iniciar el procedimiento.

En segundo lugar, se tiene que señalar el domicilio de la otra parte, con el objeto de que se le pueda notificar de una manera adecuada y fehaciente.

En tercer lugar, la norma hace referencia a una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje. Aquí es necesario subrayar que se trata sólo de eso, una breve y genérica descripción de lo que será materia de un futuro arbitraje. Es decir, no resulta necesario señalar los elementos que sí son necesarios desarrollar en el documento de solicitud de arbitraje, donde se debe establecer de manera detallada cuáles serían las eventuales pretensiones de la parte demandante en el arbitraje cuyo inicio está solicitando, qué fue lo que exactamente ocasionó la controversia, entre otros.

Por otro lado, esta exigencia resulta adecuada, ya que la designación con carácter supletorio del árbitro tendrá que recaer en una persona que revista condiciones de idoneidad, a efectos de ejercer con propiedad el cargo para el cual va a ser nombrada. Si se tratara, por ejemplo, de un arbitraje en materia de contratación pública, se entenderá que deberemos estar en presencia de una persona que debería tener cierta experiencia en ese rubro. De la misma forma, si por ejemplo se trata de un arbitraje sobre una materia contractual, sería ideal que el árbitro sea una persona entendida en materia de contratos. Ésta es, pues, la razón por la cual el inciso 2 del artículo 25 de la ley exige esa breve referencia a la futura controversia.

En cuarto lugar, este inciso exige que se acredite la existencia del convenio arbitral.

Como se sabe, es de vital importancia que el convenio arbitral conste por escrito. De hecho, y con el objeto de favorecer la existencia del arbitraje, la

propia ley establece en su artículo 13¹⁸⁴ diversos preceptos que otorgan la calidad de convenio arbitral a una serie de actos.

Sin embargo, estos preceptos podrían conducir a que exista una duda en la Cámara de Comercio ante la que se solicite el nombramiento con carácter supletorio del árbitro, acerca de si se cumple o no con el requisito de que el convenio conste por escrito.

Imaginemos, por ejemplo, el caso en el cual la parte que solicita el nombramiento supletorio del árbitro presenta ante la Cámara de Comercio un intercambio facsimilar o un intercambio de correos electrónicos como convenio arbitral. En ese caso, ¿existirá convicción en la Cámara de Comercio acerca de la existencia de ese convenio arbitral? Creemos, en principio, que no, siendo éste

¹⁸⁴ Artículo 13.- «Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano».

uno de los problemas que se podrían derivar de la amplitud en materia de forma establecida por la Ley de Arbitraje.

En todo caso, se tendrá que estar frente a cada caso para que la Cámara pueda, de manera preliminar, acoger como un convenio arbitral determinado documento presentado por la parte.

Finalmente, el inciso 2 exige que, de ser el caso, también debe acompañarse la solicitud de arbitraje formulada a la otra parte.

Respecto a este punto, entendemos que la ley se refiere solamente a los casos en los cuales ambas partes no recurran de común acuerdo para que se nombre al presidente, sino que sea la parte (o la futura parte) demandante la que recurra a la Cámara de Comercio, a efectos de que la contraparte a quien se ha solicitado el inicio de un arbitraje nombre un árbitro ante, precisamente, la omisión del cumplimiento del deber de nombramiento de dicho árbitro.

3. NOTIFICACIÓN DE LA SOLICITUD A LA CONTRAPARTE

En el inciso 3 del artículo 25 de la ley se establece que: «Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento».

Esta norma está delineando cuál es el procedimiento aplicable para la designación por parte de la Cámara de Comercio.

Resulta evidente que la solicitud de nombramiento tiene que ser puesta en conocimiento de la contraparte, a efectos de que exprese lo que convenga a su derecho.

En principio, la contraparte podría, por ejemplo, negar la existencia de la cláusula arbitral y considerar que aquello que se presenta como convenio arbitral es un convenio inexistente o falso, que se trata de un convenio que no reúne las formalidades requeridas por la ley, que el convenio arbitral haya señalado algo distinto en relación al nombramiento supletorio, o, en suma, lo que considere conveniente.

Luego de vencido ese plazo, con contestación o sin ella de la futura parte demandada, la Cámara de Comercio procederá a efectuar el nombramiento.

Ahora bien, cabe plantearnos algunas cuestiones sobre la forma en que esta norma ha sido concebida. Este inciso se caracteriza por poseer una estructura condicional, ya que subordina la segunda oración a la primera. En ese entender, de una lectura literal de éste, podríamos concluir que si la Cámara respectiva tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud no será puesta en conocimiento de la otra parte. Así, nos preguntamos, ¿resulta esto conveniente?

Creemos que lo idóneo es que tenga o no tenga la Cámara previsto un procedimiento aplicable, deberá notificar la solicitud a la otra parte para que exprese lo que considere conveniente. Es decir, el inciso tercero debería tener una redacción como la que sigue: «La solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento».

De esta forma, se estará otorgando las mismas condiciones a la contraparte para que no sienta vulnerado su derecho de defensa, pues, al igual que la parte que solicita la intervención supletoria de la Cámara, la contraparte también podría someter a consideración de la Cámara algunas exigencias en cuanto a las cualidades del árbitro o, incluso, cuestionar de alguna forma el convenio arbitral presentado.

Además, y siguiendo lo señalado por Rubio Guerrero,¹⁸⁵ la posibilidad de otorgar cinco días a la contraparte, podrá permitir que ésta «i) comunique que ha cumplido con la designación con anterioridad, en cuyo caso deberá acreditar esta situación; y, ii) designar al árbitro dentro de los cinco días. De esa forma, en ambos casos la finalidad de la designación del árbitro está cumplida y no corresponde la intervención de la Cámara de Comercio».

Por estos motivos es que creemos que la primera oración de este inciso debería ser eliminada, por cuanto no tiene sentido supeditar la notificación a la contraparte a la no existencia de un procedimiento aplicable para estos casos.

¹⁸⁵ RUBIO GUERRERO, Roger. «Nombramiento por las Cámaras de Comercio». *Op. cit.*, tomo I, p. 322.

4. OBLIGATORIEDAD DEL NOMBRAMIENTO

Por su parte, el inciso 4 del artículo 25 de la ley señala que: «La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23° y en el artículo 24°, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral».

Este inciso establece una obligación para la Cámara de Comercio de efectuar la designación. Esta obligación parte de un mandato legal. Por ello, se entiende que aquí no hay un contrato, sino un mandato de la ley sobre las Cámaras de Comercio.

En segundo término, conviene hablar de la responsabilidad que origina el incumplimiento de esta tarea por las Cámaras de Comercio.

Evidentemente, al no señalar qué tipo de responsabilidad traerá este hecho, entendemos que el inciso bajo estudio hace alusión a la responsabilidad civil, la misma que se regiría por las normas de los artículos 1969 y siguientes, al tratarse de un supuesto extracontractual. Sin embargo, también se podría sostener que (teniendo en cuenta que la fuente de una obligación también puede originarse en la ley) estamos frente a una inejecución de obligación, razón por la

cual serían aplicables los numerales 1314 y siguientes del Código Civil peruano.

En tercer lugar, y luego de hablar de la naturaleza de la obligación y la responsabilidad de la Cámara, cabe hacer mención al «plazo razonable» que la ley establece para el cumplimiento de esta obligación.

Recordemos que, en principio, la designación de los árbitros de manera supletoria se rige por los reglamentos de las Cámaras, de tal manera que mientras se cumpla con los plazos reglamentarios, no habrá ninguna posibilidad de que se le reclame el pago de daños y perjuicios.

Empero, en la medida en que la Cámara exceda sus propios plazos reglamentarios, los daños y perjuicios que cause su demora podrán ser reclamados vía acción de indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, cabe señalar que cuando la Cámara haya sobrepasado sus propios plazos, se entenderá que rechazó el encargo; ello, en virtud de lo señalado por el artículo 24 de la ley.

Por otro lado, si la Cámara de Comercio no estableciese un plazo en su Reglamento, regirá lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 25 de la ley, es decir, la resolución donde se nombre supletoriamente a los árbitros sea emitida y notificada dentro de un plazo razonable.

Como se puede observar, la expresión «plazo razonable» es ambigua, lo que implica que esa situación lleve en algunos casos a conflictos de

interpretación en torno a los alcances y a la posibilidad de haber excedido ese plazo.

Aquí la ley debió establecer que el plazo será de quince días, de manera que esta ambigüedad desaparezca y se uniformice el tema de los plazos que en materia de nombramiento de árbitros posee la ley.

En cuarto lugar, la última parte de esta norma indica que la Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral.

Sobre este punto, cabe hacer algunas precisiones en torno a la forma del convenio arbitral.

Como sabemos, la regla general en relación a la forma del convenio arbitral era, hasta hace unos años, muy clara: sólo podrá considerarse como convenio arbitral todo documento que contenga la voluntad de las partes por escrito y que se encuentre firmado por ellas. Hoy, sin embargo, esta exigencia es bastante relativa y hasta cierto punto se ha convertido en un eufemismo.

Roca Martínez¹⁸⁶ señala que «si bien hay libertad formal del convenio arbitral, no puede decirse que haya desaparecido la forma como requisito del convenio arbitral. La forma escrita debe entenderse de una manera amplia

¹⁸⁶ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch editor S.A., 1992, p. 147.

(cuando resulte del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje)».

Recordemos que el artículo 144 del Código Civil establece que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

De esta manera, cuando se establezca el seguimiento de una determinada formalidad, pero —a su vez— el no seguimiento no se sanciona con nulidad, estaremos en presencia de un acto *ad probationem*. Entonces, de acuerdo a la normativa general, puede sostenerse que el convenio arbitral escrito es un acto *ad probationem* y no solemne. «Un convenio arbitral que no hubiera sido formalizado por escrito no estaría viciado de nulidad, no obstante, podría presentar graves inconvenientes. Sin embargo, la escritura o no del convenio arbitral tendrá escasa importancia, por cuanto lo verdaderamente relevante es la existencia de la voluntad de las partes».¹⁸⁷

De tal manera que con la adopción de esta fórmula, nuestro país pasa a integrar las leyes de arbitraje que han ido flexibilizando la forma del convenio arbitral.

Así, son precisamente estas excepciones —contenidas en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje—, las que podrían suscitar algunos inconvenientes al

¹⁸⁷ ÍDEM, p. 148.

momento de que la Cámara evalúe los documentos aportados por la parte y dude sobre la existencia de un convenio arbitral.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, somos de la idea de que cuando el inciso 4 se refiere a la posibilidad de que la Cámara no nombre supletoriamente al árbitro ya que verifica la no existencia de un convenio arbitral, se debe entender que ésta es una inexistencia material, vale decir, que la Cámara de Comercio no tiene constancia sobre la realidad física de este documento.

Ante un convenio arbitral presentado por una de las partes, una Cámara de Comercio no podrá, en ningún caso, deducir la inexistencia como si fuera tribunal de justicia. Lo único que podría hacer es verificar la no existencia del convenio arbitral dentro de la documentación aportada por la parte que solicita el nombramiento supletorio del árbitro. Lo contrario sería entrar a sustituir las funciones que, de acuerdo a la Constitución y la ley, son propias de los tribunales ordinarios y de los propios tribunales arbitrales, a efectos de declarar nulidades e inexistencias (éstas últimas, como se sabe, reciben en el Derecho peruano el tratamiento de una nulidad).

Ahora bien, ¿qué pasará cuando la Cámara rechace intervenir en el nombramiento de un árbitro? ¿Qué camino tiene que seguir el interesado en llevar adelante el arbitraje? Recordemos que el inciso 1 del artículo 25 de la ley establece que las decisiones de las Cámaras de Comercio son definitivas e inimpugnables.

En ese sentido, el camino que tendrá la parte interesada será el de iniciar un litigio judicial (ya que no va a poder iniciar el arbitraje) a través de un proceso ordinario de declaratoria de convenio arbitral, en donde su contraparte tendrá que exponer sus argumentos. Sólo al término de este proceso, y si la demanda es declarada fundada, vale decir, si el órgano jurisdiccional ordinario declara que existe convenio arbitral, las partes podrán regresar al fuero arbitral.

De otro lado, y en este mismo escenario, si la parte que vio frustrada la designación del árbitro (debido a que la Cámara resolvió que no existía convenio arbitral) inicia un proceso en sede judicial, es evidente que como demandante no podrá deducir la excepción de convenio arbitral a su favor. Lo que sí puede ocurrir es que la otra parte, que pueda tener interés en que el problema se ventile ante tribunales arbitrales, deduzca dicha excepción. Es sólo en este caso en donde cabría la excepción de convenio arbitral.

Finalmente, cabe señalar que el incumplimiento de esa obligación podría obedecer a diversas circunstancias, entre otras, a un tema de conflicto de intereses, por ejemplo.

Podemos imaginar el caso en que una de las partes del arbitraje sea la Cámara de Comercio en donde se tramita, precisamente, la designación supletoria del árbitro. Es evidente que esa designación (si es que antes no se estableció la nulidad de la cláusula del convenio arbitral que establecía ello) sería nula, ya que la propia Cámara de Comercio estaría actuando como juez y parte.

En casos como éste, se debería entender que la Cámara de Comercio ha rechazado el encargo y no cabría hablar de una responsabilidad, ya que su actuar no obedece a una falta de diligencia, sino que la omisión se debe a causas debidamente justificadas.

Una alternativa para solucionar este problema sería que recién en casos como éste (que difícilmente existirán), la ley faculte a un juez civil para que sea él quien realice el nombramiento del árbitro.

5. EXIGENCIAS QUE LA CÁMARA DEBERÁ TENER EN CUENTA AL MOMENTO DEL NOMBRAMIENTO

Por su parte, el inciso 5 del artículo 25 de la ley, señala que: «La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad».

En principio, debemos señalar que lo contenido en este inciso resulta de suma importancia, por cuanto las partes o la propia ley podrían haber establecido algunos requisitos para quien sea designado como árbitro. Por ejemplo, las partes decidieron que los árbitros revistan necesariamente la condición de especialistas en Derecho Mercantil. En ese sentido, la Cámara debería cuidar que la elección se realice dentro de una terna de expertos en dicha

materia.

No está demás dejar en claro que las ternas o listas de especialistas que las Cámaras de Comercio posean, deberán reflejar la verdadera especialidad y experiencia de dichos árbitros. Decimos esto, porque podrían presentarse casos en los cuales la experiencia en la relación de árbitros expertos en una materia específica no sea la suficiente.

Ahora bien, cuando el inciso 5 del artículo 25 se refiere a los requisitos establecidos por la ley, naturalmente hace referencia al caso de un arbitraje de derecho. En este caso, los árbitros necesariamente tendrán que ser abogados, independientemente de si están colegiados o no y si son peruanos o no.

Por otro lado, este inciso establece que las Cámaras de Comercio tomarán las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad del árbitro que vayan a nombrar.

Esto se refiere al hecho de que en la designación no deberán participar como candidatos personas que puedan tener —de manera manifiesta— algún conflicto de interés con las partes, con sus representantes o encontrarse, en general, dentro de las incompatibilidades señaladas por la propia Ley de Arbitraje, y que haga que el nombramiento se encuentre viciado o pretenda favorecer los intereses de una de las partes.

En ese caso, la Cámara de Comercio deberá tener en cuenta y analizar la

información que maneje preliminarmente para evitar que se produzcan situaciones como ésta.

Ahora bien, nosotros creemos que tranquilamente pudo haberse prescindido de este inciso, en la medida de que la Ley de Arbitraje establece en todo el Título III, las cualidades y exigencias que deberá cumplir toda persona que sea designada como árbitro.

6. FORMA DE LA ASIGNACIÓN

De otro lado, el inciso 6 del artículo 25 de la ley establece que: «En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad».

Como se sabe, los mecanismos de elección de árbitros son de lo más variados, en la medida en que se trate de una asignación aleatoria y no una asignación por méritos. Decimos ello, debido a que una asignación por méritos —por más que se diga lo contrario— siempre va a ser subjetiva y va a permitir la posibilidad de que la Cámara de Comercio manipule el resultado.

Respecto a los criterios de especialidad, sólo quisiéramos reiterar que el mecanismo de designación tendrá que ser lo suficientemente transparente, e, incluso, para tenerse la certeza y garantía de ello, se debería requerir la presencia

de un notario público para que dé fe de la imparcialidad y legalidad del sorteo.

De hecho, creemos que si una de las partes exige la presencia de un notario público para que verifique que el mecanismo de designación aleatoria sea transparente, la Cámara deberá aceptar el pedido. Por el contrario, si dicha solicitud no fuera amparada, dicha entidad se vería en una situación que podría dar lugar a diversos cuestionamientos, ya que posteriormente podría ser demandada por la parte que cuestionó la transparencia por la vulneración a un trato igualitario y a su derecho de defensa.

7. NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO POR UNA CÁMARA DE COMERCIO EN UN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Por último, en el inciso 7 del artículo 25 de la Ley de Arbitraje se señala que: «En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

En principio, debemos expresar que esta norma tiene carácter dispositivo, ya que se habla de «tener en cuenta la conveniencia» de nombrar a un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Creemos que el sentido de este precepto se orienta a garantizar la equidad al interior del procedimiento arbitral, en la medida de que, si bien es

cierto el criterio de nacionalidad no implica parcialidad, el compartir la nacionalidad con alguna de las partes podría hacer que el árbitro tenga una situación de mayor cercanía que un árbitro de nacionalidad distinta.

Sin embargo, y teniendo esto claro, creemos que este inciso no debió incluirse en la Ley de Arbitraje, por tres motivos: primero, porque no cabe hacer distinciones innecesarias entre arbitrajes nacionales y arbitrajes internacionales (debido a que nuestro país adoptó la tesis monista); segundo, porque al ser esta norma de carácter dispositivo no obliga a las partes a que cumplan con ella; y tercero, porque esta exigencia podría entenderse como discriminatoria. En suma, creemos que este requisito «funciona más como una apariencia que como una garantía de independencia e imparcialidad del árbitro».¹⁸⁸

8. ¿EXISTE UN MONOPOLIO A FAVOR DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO PARA EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS?

Si leemos aisladamente los artículos 23 y 25 de la Ley de Arbitraje, podríamos pensar en la existencia de un monopolio legal establecido por dicha ley a favor de las Cámaras de Comercio para el nombramiento de los árbitros cuando se configuren los supuestos de hecho establecidos esos artículos.

Sin embargo, creemos que este monopolio legal no existe, en vista de que la Ley de Arbitraje, de manera clara y explícita, consagra el principio de

¹⁸⁸ RUBIO GUERRERO, Roger. «Nombramiento por las Cámaras de Comercio». *Op. cit.*, tomo I, p. 324.

autonomía privada para que las partes sean quienes tengan la primera opción de moldear sus relaciones y, en este caso, establecer la forma en que el árbitro que solucionará su conflicto será elegido.

Así, cabe poner énfasis en el hecho de que la Ley de Arbitraje establece de manera residual la actuación de las Cámaras de Comercio para tal fin. Y creemos que ello es correcto, en vista de que estas instituciones, a diferencia de muchas otras, son las que poseen cierta reputación en el ámbito comercial y han ido ganando, a través de los años, respeto y reconocimiento por la labor que vienen desarrollando.

Con lo señalado no queremos decir que no existan instituciones arbitrales serias y responsables en nuestro país que puedan cumplir esta labor de manera satisfactoria, pues de hecho sí las hay.¹⁸⁹

Lo que deseamos es poner de manifiesto el hecho de que no tiene sentido modificar esta norma, pues debemos reconocer que las instituciones arbitrales serias y reconocidas en nuestro medio son pocas, y no tendría sentido que la ley permita a cualquier institución tener la importante tarea de elegir al árbitro, pues de él dependerá, en última instancia, el éxito del arbitraje.

Es decir, si no se encomendaría —en última instancia— a las Cámaras de Comercio esta labor, y se dejaría que ésta sea cumplida por, por ejemplo, una

¹⁸⁹ Ejemplos de instituciones arbitrales serias, confiables y responsables en el Perú, son el «Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú», el «Centro Internacional de Arbitraje de la AmCham Perú», entre otros.

institución que existiese en el lugar del arbitraje o por una que se encuentre en el lugar de celebración del convenio arbitral, podría suceder que ésta no tenga la suficiente experiencia para ello, o que, incluso, nos encontramos ante una institución que sólo se ha creado con fines que no obedezcan al sentido de la norma, sino que más bien se deban a intereses particulares.

El carácter residual de esta fórmula legislativa, aplicable sólo en casos extremos, se puede observar en lo establecido por el ya analizado artículo 24 de la propia Ley de Arbitraje, cuando señala que «si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23».

En ese entender, se deberá leer y entender de manera sistemática el derecho-deber que poseen las Cámaras de Comercio para nombrar árbitros de manera residual, interpretando conjuntamente los numerales 23, 24 y 25 de la Ley de Arbitraje peruana.

PRIVILEGIO EN EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Artículo 26.- «Privilegio en el nombramiento

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula».

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 26

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1918.- «[...]».

Es nulo el pacto de deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 9.- «[...]»

Es nulo el convenio arbitral que concede a una de las partes derecho exclusivo para la designación de los árbitros, para la fijación de la materia objeto de arbitraje, o para establecer las reglas del proceso arbitral».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 14.- «[...]»

Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 26 de la Ley de Arbitraje peruana el artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje española de 2003, entre otros.¹⁹⁰

¹⁹⁰ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 18.- «*Trato equitativo de las partes*»

— ANÁLISIS

Yañez Velasco¹⁹¹ sentencia que «la ley concede total libertad para determinar el sistema de designación de los árbitros, con un único límite: el principio de igualdad. En efecto, el procedimiento que diseñen las partes debe respetar el principio de igualdad que es un principio de orden público, por lo que un procedimiento que no lo respetase conllevaría la nulidad de la designación».

Cualquier situación que constituya una inequidad en el nombramiento de los árbitros por las partes, sea cual fuere ésta, determina automáticamente la nulidad del convenio arbitral. De esta forma, si se constituye un tribunal arbitral con estos vicios estructurales, la parte que vea perjudicada sus intereses podrá exigir la anulación del laudo.

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

- Ley de Arbitraje española de 2003.

Artículo 15.- «Nombramiento de los árbitros

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

[...].»

(Este artículo se encuentra redactado conforme a la Ley 11/2011, de fecha 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reformó de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado).

¹⁹¹ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Op. cit., p. 359.

De la misma forma, Castillo Freyre¹⁹² sostiene que:

La doctrina coincide en señalar que una de las condiciones fundamentales para el ulterior desarrollo del proceso, consiste en que el tribunal arbitral tenga una conformación absolutamente idónea e imparcial. [...] En el contexto de la constitución de un tribunal arbitral *pluri-membre*, la designación por cada parte de su árbitro es uno de los pasos estratégicos más determinantes del éxito de un procedimiento arbitral [...]; se debe garantizar la igualdad de las partes. Dicha igualdad se manifiesta en dos ámbitos, a saber: la designación de los árbitros y la determinación de las reglas procesales. En relación a la designación de los árbitros, será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros. La conformación imparcial del tribunal arbitral es tan importante, que el referido principio se encuentra recogido de manera expresa en la ley.

Debemos recordar que esta prohibición también se encuentra establecida en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, razón por la cual remitimos al lector a lo allí señalado.

De otra parte, resulta interesante subrayar la interrogante planteada por González de Cossío,¹⁹³ quien cuestiona el hecho de si alguna «ventaja

¹⁹² CASTILLO FREYRE, Mario. «Imparcialidad en la conformación del tribunal arbitral. Alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 2. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, p. 46.

¹⁹³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 173.

estratégica» debe interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación de los árbitros.

Ante esta interrogante, el mismo autor señala que sí, y que este hecho causaría la invalidez del laudo, ya que se estaría dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes.

En efecto, no debemos confundir estrategia con fraude, pues toda actuación debe enmarcarse, siempre, dentro de lo establecido por la Constitución Política y las leyes especiales, en nuestro caso, la Ley de Arbitraje.¹⁹⁴

Otro aspecto que debe tenerse muy en cuenta es el tema de la apariencia de determinadas estipulaciones. Decimos ello, debido a que de manera a veces sutil, algunos convenios esconden lo que precisamente la norma bajo análisis desea prohibir.

¹⁹⁴ González de Cossío cita un ejemplo bastante ilustrativo sobre este tema. Se trata del caso Dutco; un caso francés consistente en un arbitraje multipartes en el que habían tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco), quienes celebraron un contrato para la construcción de una fábrica de cemento. En dicho instrumento, del que las tres empresas eran partes, se incluyó un acuerdo arbitral CCI que contempló un tribunal arbitral de tres miembros. Dutco inició el arbitraje demandando en conjunto a las otras dos empresas y nombró su árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó a los demandados que designen un árbitro, hecho que fue rechazado por éstos argumentando que sus diferencias les impedían ponerse de acuerdo sobre un mismo árbitro. En vista de lo anterior, la Corte de Arbitraje CCI designó al árbitro y continuó el procedimiento llegándose a emitir el laudo, el cual fue cuestionado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados consideraron que se trató de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara a su árbitro en el cual confiara y que, por consiguiente, cada uno participara en forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación rechazó la solicitud sosteniendo que no había habido violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, dado que el acuerdo arbitral podría interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designaran un árbitro único entre ellos. La Corte de Casación estuvo en desacuerdo y anuló el laudo, sosteniendo que el principio de igualdad de las partes en la designación del árbitro es un aspecto de orden público que no puede ser renunciado. (GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 174).

Castillo Freyre¹⁹⁵ aborda el tema explicándolo a través de algunos ejemplos:

El problema fundamental se encuentra cuando las reglas establecidas para la determinación de los miembros de un tribunal arbitral, las cuales se hallan —aparentemente— en concordancia con la ley y con sus presupuestos de imparcialidad, en realidad sólo tienen la apariencia de serlo.

Nos referimos a aquellos casos en los cuales se guarda las formas y se establece que cada parte designará a uno de los árbitros y que entre los dos escogerán al presidente del tribunal arbitral, pero, en defecto de señalamiento o de nombramiento por una de las partes, será un tercero el que suplirá dicho nombramiento o designación.

Por ejemplo, que se establezca en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le corresponda, dicha designación será hecha por la madre de su contraparte. [...] Es claro aquí que se estaría cumpliendo con el requisito de que la designación supletoria de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, estaría siendo hecha por un tercero, pues no cabe duda alguna de que la madre de una de las partes no es, precisamente, parte en el proceso, en ningún sentido jurídicamente aceptable.

Otro ejemplo sería el caso en el cual se estableciera en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le corresponda, o en caso los árbitros de las partes no logren

¹⁹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario. «Imparcialidad en la conformación del tribunal arbitral. Alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje». *Op. cit.*, volumen 2, pp. 48-51.

ponerse de acuerdo en quién presidirá el tribunal arbitral, dicha designación será hecha por una institución vinculada —de alguna manera— con alguna de las partes. [...]

Ahora bien, si nos ciñéramos estrictamente a las formalidades, tendríamos que sostener que esa designación supletoria del árbitro, o del presidente del tribunal arbitral, sería una designación válida, con el correlato de que ese tribunal arbitral podría conocer el futuro proceso y resolver todas las cuestiones relativas a su propia competencia.

Sin embargo, el Derecho no puede limitarse a este tipo de formalidades, pues todos sabemos que en un caso como el de nuestros ejemplos hipotéticos, una de las partes tendría todo a su favor, en la medida de que, dentro de un orden normal de las cosas, será ella la que pueda influir de una manera mucho más eficaz, con respecto a su propia madre o con respecto a la institución, para que haga una designación supletoria del árbitro o del presidente del tribunal arbitral, que se ajuste a la medida de sus intereses, es decir, a los intereses del propio hijo de quien hará tal designación o de la parte vinculada a la institución. [...] Esto significa que el procedimiento de designación del tribunal arbitral no solamente debe ser idóneo en el aspecto formal, es decir, que no solamente debe revestir criterios de imparcialidad, en lo que respecta al cumplimiento de las formas. [...] Resultará indispensable que las partes hayan adoptado un mecanismo que, además del aspecto formal, en el aspecto de fondo también deba serlo.

En efecto, si bien es cierto el aspecto formal debe encontrarse blindado por la igualdad, la independencia e imparcialidad, no es menos cierto que el

aspecto sustancial, es decir, el objeto mismo de dicho acuerdo también tenga que estarlo. De nada sirve tener un cascarón limpio que enseñar para cumplir con la exigencia de la ley, cuando dentro de él encontramos elementos que hagan que la balanza se incline notablemente a favor de los intereses de una de las partes.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá si una de las partes solicita el inicio de un arbitraje en base a una cláusula que establezca una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a su favor?

En principio, lo que tendrá que hacer la futura parte demandada, en la contestación de la petición de arbitraje, será deducir la nulidad.

Lamentablemente, dicha nulidad no será conocida previamente por el Poder Judicial y el tribunal arbitral se tendrá que instalar en base a las pautas establecidas por el convenio arbitral, no importando si su conformación es injusta, arbitraria, sesgada, etc.

Así, pues, la deducción de esta nulidad sólo servirá para dejar sentado tal hecho en la respuesta a la solicitud del arbitraje y, posteriormente, si el arbitraje concluye con un laudo que no favoreciera a la parte que ha deducido dicha nulidad, recién se podrá tener la posibilidad de recurrir al Poder Judicial para que se anule el laudo en virtud del artículo 63, inciso c, de la propia Ley de Arbitraje, el cual establece que «el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe 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».

Por lo demás, nada impide que una de las pretensiones del demandado cuando reconvenga sea deducir la nulidad del convenio arbitral, la cual, como se dijo, tendría que ser deducida necesariamente, a efectos de poder recurrir posteriormente (si es que ella fuese declarada infundada) a la anulación del laudo ante el Poder Judicial.

Éste podría ser el camino para solucionar este gravísimo problema que ocasionará en la práctica no pocos dolores de cabeza.

Por otra parte, cabría preguntarse si sería posible que las Cámaras de Comercio, en virtud de las facultades que la ley establece en su artículo 25, inciso 4, puedan considerar que el convenio nulo es un convenio inexistente; y que, por ende, se nieguen a designar al árbitro para el inicio del arbitraje. No olvidemos que la segunda parte del inciso 4 del artículo 25 señala que «la cámara de comercio únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral».

Creemos que esta facultad no podría ser ejercida por las Cámaras de

Comercio en lo que respecta al artículo 26, ya que nuestro Código Civil no ha desarrollado la teoría de la inexistencia del acto jurídico. De hecho, la inexistencia se asimila en el Derecho nacional, en cuanto a sus consecuencias, a la nulidad.

Un acto jurídico es nulo cuando se encuentra inmerso dentro de alguna causal contenida en el artículo 219 del Código Civil o alguna de las normas que regulan casos específicos de nulidad.

Por su parte, la doctrina señala que un acto jurídico es inexistente cuando carece de la manifestación de voluntad del o los agentes (como ya se dijo, la legislación nacional sanciona este hecho con nulidad). De la Puente y Lavalle,¹⁹⁶ sobre este particular, señala que «cuando falta la declaración de voluntad no se produce la nulidad del acto jurídico, como, equivocadamente, lo dice el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, sino la inexistencia del acto. En realidad, la manifestación de voluntad mencionada en el artículo 140 es necesaria para la existencia del acto jurídico, mientras que los cuatro requisitos exigidos por el mismo artículo 140 (o sea, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad) son necesarios para la validez del acto jurídico, no obstante lo cual el artículo 219 otorga la misma sanción a la falta de una y otros, esto es, la nulidad, ignorando que un acto inexistente no puede ser declarado nulo».

¹⁹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Conversión del acto jurídico». En *Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, pp. 499 y 500.

Los casos de inexistencia, como se recuerda, se empezaron a tratar de manera distinta a los de nulidad en la jurisprudencia francesa. Así, en un caso muy antiguo se presentó el problema en el que una pareja de homosexuales quiso contraer matrimonio y los tribunales se los impidieron. La pareja sostenía que el Código francés señalaba que el matrimonio es la unión libremente contraída por dos personas que desean casarse y que la ley no distinguía si estas personas debían ser un hombre y una mujer. Por lo tanto, no cabía distinguir donde la ley no distingue. Los tribunales de justicia, a su turno, consideraron que en este caso, si bien no había un supuesto de nulidad contemplado por la ley (habida cuenta de que las causales de nulidad tienen que estar contempladas expresamente por el ordenamiento jurídico), sí había un supuesto de inexistencia, dado que era implícito que personas del mismo sexo no podían contraer matrimonio.

En suma, entendemos que las Cámaras de Comercio no podrán hacer uso de la facultad contemplada en el inciso 4 del artículo 25, invocando la inexistencia del convenio arbitral cuando se trate de un supuesto de nulidad manifiesta, es decir, en los casos del artículo 26, por cuanto, en los supuestos de nulidad la ley establece que ésta debe ser declarada judicialmente (entiéndase también, arbitrariamente). En conclusión, se prohíbe a una Cámara de Comercio que pueda declarar la nulidad de un convenio arbitral a través de un simple trámite administrativo.

ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Artículo 27.- «Aceptación de los árbitros

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

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 27

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1919.- «Otorgado el compromiso las partes lo presentarán a los árbitros para que acepten el cargo. De la

aceptación o de la negativa se extenderá acta que firmarán los árbitros y las partes».

Posteriormente, ni la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, ni la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, abordaron lo regulado por el artículo 27 de la actual Ley de Arbitraje.

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 27 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 3 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 46 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 129 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 24 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 744 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, entre otros.¹⁹⁷

¹⁹⁷ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 3.- «Los árbitros serán nominados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación; o, en su defecto, designados por el Presidente de la Corte. En todos los casos se requerirá la conformidad del árbitro nominado, la que hará constar en escrito dirigido a la Corte en un término de cinco (5) días contados a partir de ser impuesto de su nominación.

Los árbitros nominados por las partes o, designados en su caso por el Presidente de la Corte, elegirán al presidente del tribunal arbitral, dentro de los diez días siguientes a la confirmación del segundo árbitro; o, en su defecto, se designará el mismo por el Presidente de la Corte.

Las partes podrán nominar un árbitro suplente para el caso de eventual ausencia o imposibilidad de actuación del árbitro nominado».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 16.- «Aceptación de los árbitros.

Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 46.- «Notificación del nombramiento.- Reemplazo.

El nombramiento debe ser comunicado a los árbitros designados, de manera personal, y quienes tendrán cinco (5) días para manifestar si lo aceptan o no. La falta de respuesta durante el término referido se tendrá como no aceptación y permitirá proceder al reemplazo».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 129.- «Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el Director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 17.- «Constitución del tribunal arbitral

El tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes de la lista de secretarios del centro de arbitraje. Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 24.- «Notificación y aceptación del cargo

I. La designación de los miembros del Tribunal Arbitral efectuada por las partes, un tercero, una institución especializada o una autoridad judicial competente, será notificada a cada uno de los árbitros designados.

II. Si dentro de ocho (8) días computables a partir de la fecha de su notificación la persona designada como árbitro no aceptare por escrito la designación, se entenderá que renuncia a su nombramiento y se procederá a nombrar uno nuevo».

- Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina

Artículo 744.- «Aceptación del cargo

Otorgado en compromiso, se hará saber a los árbitros para la aceptación del cargo ante el secretario del juzgado, con juramento o promesa de fiel desempeño. Si alguno de los árbitros renunciare, admitiere la

— ANÁLISIS

Antes de iniciar el análisis del artículo 27 de la Ley de Arbitraje, es necesario señalar que ésta constituye una norma de carácter dispositivo, ya que empieza su redacción con la frase «salvo acuerdo distinto de las partes». De esta forma, una vez más se reitera e impone el principio a través del cual, en uso pleno del ejercicio de la voluntad de las partes, los actores de un arbitraje son quienes tienen toda la libertad posible para regular las actuaciones arbitrales.

1. PLAZO PARA LA ACEPTACIÓN DEL NOMBRAMIENTO PARA SER ÁRBITRO

El inciso primero del artículo bajo estudio establece que: «Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento».

En principio, vamos a referirnos al plazo otorgado por la ley para que la persona designada como árbitro comunique su aceptación. Dicho plazo, en

recusación, se incapacitare o falleciere, se lo reemplazará en la forma acordada en el compromiso. Si nada se hubiese previsto, lo designará el juez».

opinión nuestra, resulta excesivo.

La práctica arbitral enseña que normalmente se estipulan plazos mucho menores para este tipo de situaciones. Concretamente, la Cámara de Comercio de Lima establece en su reglamento un plazo de cinco (5) días para que el árbitro comunique su aceptación.¹⁹⁸

De esta forma, creemos que no es necesario un plazo tan largo para un acto como éste, pues con él se desnaturalizan los principios de celeridad e inmediatez que un arbitraje, por ser tal, debe tener.

Quince días son exagerados para una operación que —básicamente— implica el que un árbitro pueda recibir, analizar, tomar una decisión y manifestar a las partes si desea o no formar parte del tribunal arbitral para el cual se le ha propuesto.

En ese sentido, la ley debió establecer en cinco días, a lo mucho, el plazo en el que el árbitro deberá comunicar su aceptación al encargo.

¹⁹⁸ Artículo 26.- Procedimiento de designación del Tribunal Arbitral

1. Si las partes hubieran establecido el procedimiento a seguir para el nombramiento del Tribunal Arbitral, la Secretaría General verificará su cumplimiento, pudiendo complementarlo en lo que fuere necesario.

2. En defecto de lo previsto por el numeral anterior, el procedimiento de designación del Tribunal Arbitral, se regirá por las siguientes reglas:

[...]

c) Si el árbitro designado rechazara su designación o no manifestara su conformidad dentro de los cinco (5) días de notificado, la Secretaría General otorgará a la parte que lo designó un plazo igual a fin de que nombre a otro árbitro.

[...].

Otro tema que merece comentario es el referido a que la comunicación de aceptación del árbitro deba hacerse por escrito.

En este punto cabe preguntarnos si ¿esa referencia a la aceptación escrita podría asimilarse a todas aquellas excepciones que la propia Ley de Arbitraje hace en cuanto a la forma escrita del convenio arbitral?

Aquí cabrían dos interpretaciones.

La primera (y con la que comulgamos porque nos parece razonable) favorece el arbitraje, en el sentido de que es posible asimilar estas otras formalidades a la forma escrita, las cuales incluso podrían considerarse como escritas pero no en soporte físico (léase, papel).

En esta línea de pensamiento, cabe citar a Natale Amprimo,¹⁹⁹ quien señala que «la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial que se viene produciendo al adaptar la normativa y su interpretación a la realidad social ha suprimido tales formalismos (se refiere al hecho de comunicar la aceptación por escrito y en papel) equiparando al documento escrito tradicional cualquier soporte óptico, electrónico o informático que permita su ulterior consulta».

A su turno, la segunda interpretación se inclina por no asimilar estas otras formalidades a la forma escrita, por cuanto lo que realmente se está

¹⁹⁹ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Aceptación de los árbitros». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 331.

haciendo es establecer supuestos que harán que excepcionalmente se entienda por escrito el convenio arbitral. Y en este caso, al no establecerse expresamente dicha excepción con la comunicación del árbitro, entender que ésta se podrá hacer de cualquier otra forma desnaturalizaría el mandato legal.

Como ya dijimos, nos inclinamos por la primera interpretación, debido a dos razones: la primera, por cuanto debe primar el principio de conservación del arbitraje, y la segunda porque con esta interpretación no se está vulnerando ningún derecho de tercero o, incluso, de las mismas partes del arbitraje. Esta norma no restringe derechos; por ende, se le puede atribuir el significado contenido en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, referido a la forma y contenido del convenio arbitral.

Por otro lado, es importante recordar que cuando la Ley de Arbitraje hace referencia en el inciso 1 de su artículo 27 al deber de comunicar la aceptación por escrito, se entiende que dicha comunicación debe llegar a destino, es decir, por lo menos, a la parte que designó al árbitro, dentro de esos quince (15) días.

En ese orden de ideas, se presume que la declaración es conocida por el destinatario cuando llega a destino. No rigen para tal efecto la teoría de la expedición, ni la teoría de la declaración. Es decir, sería de plena aplicación lo

señalado por el artículo 1374 del Código Civil,²⁰⁰ norma que contiene la teoría de la recepción con presunción de cognición en los contratos celebrados entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata.

Por otro lado, un punto que hubiese sido importante señalar en el inciso 1 del artículo 27 de la ley, es el relativo ¿a quién hay que dirigir la aceptación de nombramiento de árbitro?

A diferencia de lo señalado por la ley española en su artículo 16, la normativa peruana no establece ante quién se debe realizar la aceptación. La ley del citado país señala que la comunicación debe realizarse a quien lo designó. En nuestro caso existe un vacío que, entendemos, será llenado por la práctica arbitral.

En esa misma línea, y así como la ley no dice algo, entendemos que la comunicación debería ser efectuada, al menos, a la parte que designó al árbitro.

Sin embargo, creemos que más allá de cumplir con este requisito mínimo, el árbitro debería adoptar una consideración adicional, y es que no basta con que el árbitro acepte y dirija la carta de aceptación solamente a la parte que lo nombra, sino que lo ideal sería que envíe una copia de esa carta de aceptación a la contraparte y, en todo caso, al árbitro ya nombrado por la otra

²⁰⁰ Artículo 1374.- «La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo».

parte, a efectos de que tome conocimiento de su aceptación.

De todas formas, si ello no ocurriera así, la parte que designó al árbitro tiene el deber de poner en conocimiento de su contraparte y del otro árbitro, la aceptación formulada por el árbitro designado.

De otra parte, respecto al inciso 1 del artículo 27, es necesario señalar que si el árbitro no comunica la aceptación en el plazo establecido, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Lo establecido allí concuerda perfectamente con las normas generales sobre acto jurídico y las declaraciones de voluntad en ellas contenidas, ya que el artículo 142 del Código Civil señala que: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado». En este caso, es la propia Ley de Arbitraje la que otorga a la no comunicación de la aceptación un efecto negativo, vale decir, de rechazo al nombramiento.

Sobre este último punto, no compartimos la opinión de Roque Caivano²⁰¹ cuando sostiene que «parece que una persona a quien se le comunica su designación como árbitro, aunque no exprese de manera formal su aceptación, si pone claramente en ejecución sus atribuciones, deberá ser considerado como tal, en virtud de haber expresado mediante signos inequívocos su consentimiento en ese sentido».

²⁰¹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 198.

Consideramos que dicha afirmación resulta contradictoria en sí misma, pues una persona que no acepte la designación de árbitro y, pese a ello, actúe como tal, iría en contra de sus actos, de lo deseado por las partes y de lo estipulado por la ley al no tener en cuenta el requisito antes señalado.

Con todo, cabe hacer la salvedad en el sentido de que, como indica Amprimo,²⁰² «si el árbitro fue nombrado por ambas partes de común acuerdo, nada impedirá que éstas den por válida su aceptación, aun cuando la misma se comunique extemporáneamente. Si eso ocurriese, creemos que ninguna de las partes podría solicitar la anulación del laudo bajo el argumento que (sic) la aceptación del árbitro fue extemporánea».

Finalmente, quisiéramos mencionar un tema que nos parece relevante, y es el referido a los factores que debe tener en cuenta una persona al momento de aceptar una designación para ser árbitro.

Sobre este punto, cabe señalar que el artículo 5 del Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima (norma que tomamos a título ilustrativo) precisa lo siguiente:

El futuro árbitro aceptará su nombramiento sólo: (a) Si está plenamente convencido de que podrá cumplir su tarea con imparcialidad e independencia; (b) si está plenamente convencido de que podrá resolver las cuestiones controvertidas

²⁰² AMPRIMO PLÁ, Natale. «Aceptación de los árbitros». *Op. cit.*, tomo I, p. 333.

o litigiosas y que posee un conocimiento adecuado del idioma del arbitraje correspondiente; (c) si es capaz de dedicar al arbitraje el tiempo y la atención que las partes tienen derecho a exigir dentro de lo razonable.

Sobre este último punto, Lorenzo Zolezzi²⁰³ realiza una interesante reflexión. Señala el citado profesor que:

He observado en nuestro medio que hay abogados que son designados en un número significativo de casos arbitrales, o que teniendo una carga de trabajo importante en su ejercicio profesional habitual, aceptan un número de casos que un observador independiente no puede entender cómo puede manejarlos. A pesar de que es un tema del que no se habla, me parece que recurren a otros abogados de su Estudio para que los ayuden en la lectura de los escritos, la redacción de proyectos de resoluciones de mero trámite y, lo que es más grave, la redacción de proyectos de resoluciones que resuelven aspectos sustantivos y aun la parte del laudo que, eventualmente, le encargan los otros árbitros cuando se hace una división del trabajo para redactar el mismo. No debe olvidarse que la designación de un árbitro se hace en función de sus cualidades personales y nada garantiza que sus ocasionales colaboradores sepan mantener la confidencialidad y otros aspectos éticos a los que se ha comprometido únicamente el árbitro.

²⁰³ ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. «Ética de los árbitros». En *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, pp. 26 y 27.

Sobre este punto, nos parece acertada la solución que otorga al tema el Código de Ética de la ABA, ya que establece en el acápite B del Canon VI que: «Un árbitro puede obtener ayuda de un asociado, un asistente de investigación u otras personas que le permitan arribar a su decisión, si el árbitro informa a las otras partes del uso de tal asistencia y si dichas personas aceptan ceñirse a las provisiones de este Código».

La práctica arbitral enseña que, en efecto, la labor que vaya a desempeñar un árbitro muchas veces excede, sin que ello haya sido previsto, el esfuerzo y el tiempo de los que éste dispone. De esta forma, y teniendo pleno conocimiento de las cualidades personales y profesionales de determinada persona, el árbitro solicita su ayuda y colaboración en el trabajo encomendado. Claro está, la fórmula propuesta por el Código de Ética de la ABA resulta mucho más transparente, ya que obliga a que el árbitro informe de esta situación a las partes, quienes decidirán aceptarla o no.

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A su turno, el inciso 2 del artículo 27 de la Ley de Arbitraje señala que: «Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido».

Este precepto tiene por finalidad habilitar al tribunal arbitral para, entre otras cosas, poder tomar acciones en cuanto a la eventual solicitud de medidas

cautelares.

La redacción del inciso 2 del artículo 27 se relaciona directamente con lo establecido por el artículo 47 de la misma ley, cuando señala en su inciso 1 lo siguiente:

Artículo 47.- «Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. [...]».

Ahora bien, es necesario establecer que el momento de la constitución del tribunal arbitral no coincidirá, necesariamente y en la inmensa mayoría de casos, con el de su instalación.

La instalación del tribunal arbitral supone el hecho de que se haya llevado a cabo la audiencia en la cual se establezcan todas las reglas del arbitraje que se inicia, además de otras estipulaciones que configurarán un contrato celebrado entre las partes y los árbitros.

Es necesario, además, señalar que el hecho de que se complete la constitución del tribunal arbitral, en los términos establecidos por el artículo 27, inciso 2 de la ley, no significa necesariamente que el tribunal arbitral esté firme.

Decimos ello en la medida de que, independientemente de que recién se conozca la situación del árbitro, todos sabemos que contra esa aceptación cabría interponer recurso de recusación y, para tal efecto, sea que se trate de un arbitraje administrado, sea que se trate de un arbitraje *ad-hoc*, las partes tienen, generalmente (eso es lo que establece de manera supletoria la Ley), cinco (5) días para recusar al árbitro que haya aceptado desempeñar el cargo, desde la fecha en que se haya comunicado esta aceptación a la parte que decide recusarlo.

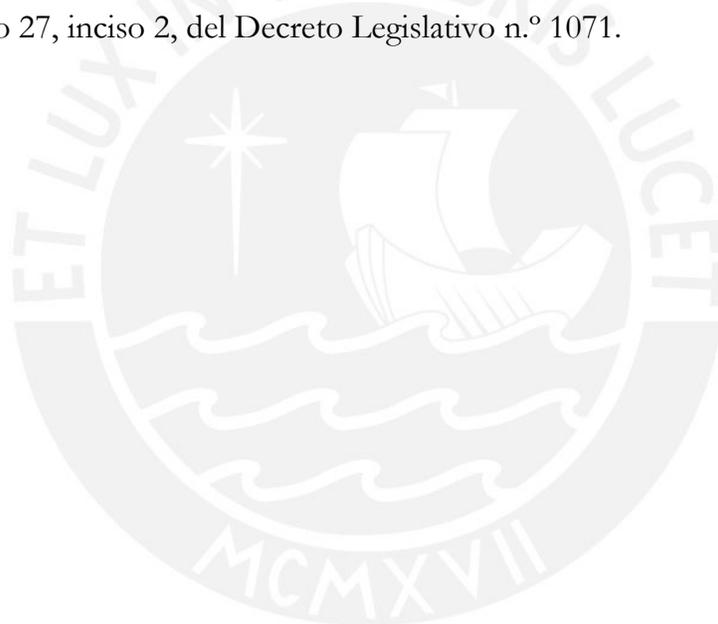
En este sentido, podría presentarse un eventual conflicto entre estimar constituir un tribunal arbitral desde el momento de la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros y no desde el momento en el cual quede firme la designación de los árbitros. Por ello, creemos que lo correcto sería constituir el tribunal arbitral una vez transcurrido el plazo establecido por la ley o el reglamento arbitral respectivo para poder recusar a los árbitros.

Además, si el tema de la constitución se toma en cuenta, como efectivamente sucede, a efectos de otorgar competencia al tribunal para conocer las medidas cautelares que eventualmente se interpongan, lo ideal sería que dichas medidas sean conocidas y resueltas por un tribunal que en su conformación no se encuentre cuestionado.

Si éste fuese el caso, la ley estaría permitiendo actualmente que este tribunal cuestionado en su conformación, conozca, resuelva y disponga lo relativo a las medidas cautelares que eventualmente le soliciten. Esto constituye, a todas luces, un despropósito y abre una brecha que podría traer grandes

problemas.

En ese sentido, lo correcto hubiera sido considerar constituido a un tribunal arbitral cuando quede firme la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, y que dichas medidas cautelares sean conocidas por el tribunal a partir de este momento. Caso contrario, éstas deberían ser resueltas por los tribunales ordinarios que, dicho sea de paso, eran quienes venían siendo competentes para conocer acerca de las mismas hasta el momento señalado en el artículo 27, inciso 2, del Decreto Legislativo n.º 1071.



MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN

Artículo 28.- «Motivos de abstención y de recusación

- 1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.*
- 2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.*
- 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.*
- 4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.*
- 5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento».*

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 28

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía dos artículos que sobre este tema señalaban lo siguiente:

Artículo 1915.- «Los árbitros deben fallar con arreglo a derecho o de acuerdo a su leal saber y entender actuando como amigables componedores. [...]».

Artículo 1917.- «No pueden ser nombrados árbitros quienes tengan, en relación con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las causales que determinan la excusa o recusación de un juez.

Si las partes, no obstante conocer dichas circunstancias, las dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 16.- «Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen

plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. [...]».

Artículo 22.- «El cargo de árbitro sólo puede renunciarse:

1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al Artículo 21;
2. Por causales pactadas al aceptarlo;
3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo;
4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas; o,
5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de treinta días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudarlo lo permite».

Artículo 23.- «Los árbitros nombrados directamente por las partes sólo pueden ser recusados por incompatibilidad conforme al Artículo 21 o por las mismas causas que los Jueces, siempre que éstas hayan sobrevenido al nombramiento.

Cuando el nombramiento hubiera sido efectuado por tercero o por entidad organizadora, el árbitro puede ser recusado dentro de los tres días de comunicado el nombramiento a las partes. En este caso, la recusación puede fundarse en cualquier causal que de acuerdo al reglamento al que las partes se hubieran sometido o a las circunstancias concretas, pueda motivar justificadas dudas sobre su imparcialidad o independencia».

Artículo 24.- «Las partes pueden dispensar expresamente las causas de recusación que conocieran, y el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 18.- «Disposición general

Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional. [...]».

Artículo 28.- «Causales de recusación

Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el Artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al Artículo 26.
2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

Artículo 29.- «Obligación de informar y dispensa

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de

responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión. Las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos».

Artículo 30.- «*Recusación de árbitro designado por las partes*

Los árbitros son recusables por la parte que los designó, sólo por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento, o por causas no conocidas al momento de la designación.

Los árbitros nombrados por la otra parte o por un tercero pueden ser recusados también por causa anterior al nombramiento».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 28 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL), aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 6 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 34 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la Republica de Nicaragua de 2005, el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 49 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 16 del Decreto Ley de Arbitraje panameño de

1999, el artículo 130 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, los artículos 25 y 26 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1428 del Código de Comercio de México, el artículo 746 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, entre otros.²⁰⁴

²⁰⁴ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 12.- «Motivos de recusación

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 6.- «De la recusación

Las partes podrán recusar a los árbitros nominados por la otra parte o designados por el Presidente de la Corte, si tuvieren dudas de su imparcialidad o motivos fundados para presumir que tienen personalmente interés directo o indirecto en la decisión del litigio. La recusación, en todos los casos, será decidida por el Presidente de la Corte.

La recusación de los árbitros deberá establecerse al momento de conocerse la nominación o designación de los mismos, con antelación al inicio de la substanciación del litigio por el tribunal. Si se procediera a ello posteriormente, la recusación será considerada solamente cuando el Presidente de la Corte estime que concurre causa justificada para la demora.

Cuando la recusación sea declarada con lugar, se elegirá un nuevo árbitro de conformidad con las presentes Reglas de Procedimiento».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 34.- «Motivos de recusación

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro, deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. En el caso que tales circunstancias sean sobrevivientes al nombramiento de árbitro, el mismo está obligado a revelarlas a las partes al momento que estas sean de su conocimiento.

A falta de Determinación de Caudales de Recusación de los Árbitros, estas serán las mismas que se aplican a los jueces y magistrados. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 12.- «Motivos de recusación.

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 17.- «*Motivos de abstención y recusación*

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas».

(Este artículo se encuentra redactado conforme a la Ley 11/2011, de fecha 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reformó de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado).

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 14.- «*Motivos de recusación.*

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella o en cuyo nombramiento haya participado, por causas que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 49.- «*Abstención y Recusación.*

Los árbitros podrán abstenerse de actuar como tales o ser recusados por las mismas causales establecidas por el Código de Procedimientos Civiles para los titulares del órgano jurisdiccional. De igual manera, podrán ser recusados por no reunir las condiciones que conforme a la ley o a lo acordado por las partes se haya establecido para el caso.

Los árbitros designados por las partes tan solo podrán ser recusados de manera inmediata y por causales que sobrevengan a su nombramiento».

- Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999

Artículo 16.- «Toda persona propuesta como árbitro deberá comunicar a las partes las causas de recusación.

Todo árbitro propuesto como tal, deberá rechazar el propuesto o abstenerse, tras haber aceptado el mismo, cuando reconozca que existen causas de recusación o que pueda haber dudas sobre su imparcialidad o independencia.

Los árbitros serán recusados por las mismas causas que los jueces. Una parte podrá recusar al árbitro nombrado por ella o, en cuyo nombramiento haya participado, sólo por cualquier causa que haya tenido conocimiento después de efectuado el nombramiento.

Los árbitros sólo serán recusables por causas sobrevenidas con posterioridad a su nombramiento, salvo cuando no hubieren sido nombrados por las partes, en cuyo caso también podrán ser recusados por causas anteriores o que se hayan conocidos con posterioridad.

Los árbitros recusados podrán aceptar la recusación, en cuyo caso deberán comunicarlo a las partes y separarse inmediatamente, o por el contrario declarar su decisión de no aceptar la recusación y proseguir con el desarrollo del proceso arbitral. En tal supuesto, la parte que haya alegado la causal de recusación podrá, dentro del plazo de tres días, promover incidente de recusación ante el propio tribunal, el cual establecerá plazos perentorios para la exposición de las razones de cada una de las partes en el incidente, y decidirá de forma inapelable de la misma.

No obstante, podrán ser producidas y alegadas las razones de recusación en el trámite correspondiente a la anulación del laudo o en el trámite de reconocimiento y ejecución de sentencia, en su caso».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 130.- «Impedimentos y recusaciones.

Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 21.- «Recusación de árbitros

Son causa de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces. Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada. La recusación deberá ser resuelta:

- a. En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación. Si estos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;
- b. En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;
- c. En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;
- d. Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,
- e. Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes solo podrán ser recusados por cuales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevivientes a la designación».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 25.- «Obligaciones de informar

I. La persona que fuere consultada para ser designada árbitro, tendrá la obligación de informar por escrito a las partes o a la institución administradora del arbitraje, sobre posibles causales de recusación u otras circunstancias que pudieren comprometer su imparcialidad.

II. Las partes podrán dispensar expresa o tácitamente las causales de recusación que fueren de su conocimiento. En este caso, el laudo no podrá ser impugnado invocando dicha causal. Se considerará, que existe dispensación tácita de una causal de recusación, cuando se omita plantearla dentro del término fijado al efecto».

Artículo 26.- «Causales de recusación

I. Un árbitro podrá ser recusado sólo en los siguientes casos:

- 1.- Por cualquiera de las causales establecidas en el Código de Procedimiento Civil.
 - 2.- Por inexistencia de los requisitos personales y profesionales convenidos por las partes o establecidos por la institución encargada de administrar el arbitraje.
- II. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella o en por las partes o establecidos por la institución encargada de administrar el arbitraje».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 16.- «Motivos de recusación.

1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El

— ANÁLISIS²⁰⁵

De manera preliminar diremos, junto a Ledesma Narváez,²⁰⁶ que «la recusación es la facultad reconocida a las partes durante el desarrollo de un proceso para cuestionar la idoneidad de quien o quienes tengan a su cargo la resolución de un específico conflicto jurídico. La razón de ser de la recusación radica en la desconfianza hacia el administrador de justicia. Para Vidal, la recusación es el acto por el cual una de las partes —o ambas— rechazan al árbitro nombrado

árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les hubiera informado de ellas.

2. Un árbitro solo podrá ser recusado, si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

- Código de Comercio de México

Artículo 1428.- «La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes.

Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

- Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina

Artículo 746.- «*Recusación*

Los árbitros designados por el juzgado podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces. Los nombramientos de común acuerdo por las partes, únicamente por causas posteriores al nombramiento. Los árbitros no podrán ser recusados sin causa. Sólo serán removidos por consentimiento de las partes y decisión del juez».

²⁰⁵ Luis-Andrés Cucarella establece como principio general para proceder a recusar a un árbitro el siguiente: «la recusación de un árbitro que no haya designado la parte recusante, puede hacerse tanto por causas anteriores como posteriores a la aceptación del nombramiento. Sin embargo, si la parte designó al árbitro o participó en su nombramiento, los motivos o causas de recusación deben ser sobrevenidas a la aceptación del nombramiento». (CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, p. 98). Sin embargo, como veremos más adelante, ello no necesariamente tendrá que ser así.

²⁰⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 86 y 87.

por dudar de su idoneidad, imparcialidad e independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. [...] Bajo dicha óptica, a través de la recusación, las partes rechazan tener por juez a uno o varios de los miembros del tribunal arbitral. Encuentra su origen en una circunstancia personal que conduce —a pedido de una parte— a solicitar que el árbitro sea desapoderado de sus funciones en el diferendo».

La recusación es, pues, la demanda que presenta una de las partes, o ambas, para que un árbitro sea excluido del tribunal arbitral. Dicha exigencia suele estar fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia, por sus vínculos con el litigio, con una de las partes o con algún abogado. Esta alegación de falta de imparcialidad o independencia puede estar basada en hechos revelados por el árbitro en aplicación de su deber de revelación o, al contrario, en hechos que el árbitro ha omitido revelar pero que la parte conoce.²⁰⁷

1. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

El inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje del Perú, en su primera parte, establece que todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial.

²⁰⁷ Cfr. CREMADES, Anne-Carole. «Recusación del árbitro». En *Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*. Jorge Luis Collantes González (Director). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, volumen 18, p.866.

Mucho se ha escrito sobre este tema; sin embargo, nos preguntamos si es que ¿es realmente necesario poner tanto énfasis en algo que debe ser presupuesto por todos los actores que participan en el arbitraje? No estamos, pues, frente a un simple supuesto, sino más bien ante algo que ya debe estar presupuesto por todos.

Pese a esto, al parecer sí resulta necesario y hasta imperativo hacerlo. Guillermo Lohmann²⁰⁸ lo cree así al expresar que:

La repetición no es vana. Y no es vana porque tras el enunciado se imponen las permanentes ansias humanas de querer superar nuestra también humana imperfección de juicio mental, que suele quedar desdibujada, afectada o nublada por nuestra inenajenable subjetividad. Lo que, entonces, hace [...] la Ley General de Arbitraje es simple y llanamente llamar la atención sobre nuestra débil naturaleza donde a la razón vienen aunados los sentimientos. El juez, el árbitro, es un ser humano y, por ende, no está inmune a espontáneos afectos, es sanamente influenciable, tiene inclinaciones, apegos, creencias y, en fin, tiene valores que a veces preceden o preexisten al caso sometido a su juzgamiento. Lo que nos pide, entonces la norma, es un doble sacrificio, consistente en vencer y ser impermeables a tendencias que podrían inclinar nuestros ánimos y nuestros

²⁰⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «Independencia e imparcialidad de los árbitros en la Ley General de Arbitraje. La subjetividad tras las palabras». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, pp. 26 y 27.

critérios, dejándonos llevar por los dictados de los traviesos e insumisos sentimientos, no por la razón pura desprovista de influencias de otra índole.

Sobre el particular, Alonso Puig²⁰⁹ señala que «frecuentemente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea».

Por su parte, Merino y Chillón²¹⁰ sostienen en la misma línea que:

La independencia es una situación de hecho, la imparcialidad una predisposición del espíritu. Asimismo, la independencia constituye una presunción de imparcialidad, y por ser susceptible de apreciación objetiva, le es exigida a los árbitros. Por otro lado, la imparcialidad es una predisposición de neutralidad que ha de guardar en todo momento el árbitro con respecto a la *litis* sobre la que ha de actuar. La razón de esta exigencia estriba en que se ha acabado por consagrar la práctica del llamado árbitro de parte, en los tribunales de composición colegiada, y en el que éste termina convirtiéndose si no en defensor de la parte que lo designó, sí en un promotor más o menos encubierto de la misma. Como es lógico suponer no

²⁰⁹ ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». *Themis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53, p. 162.

²¹⁰ MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Op. cit., pp. 507 y 513.

existe *a priori* una regla objetivo o medible para establecer la imparcialidad, por pertenecer ésta al mundo de lo subjetivo. Puede establecerse, no obstante, que el límite de la imparcialidad es justamente la parcialidad; y ésta comienza cuando sin motivación o con motivación notoriamente insuficiente o escasa, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes (normalmente aquella que ha propuesto o designado al árbitro) sobre una evidencia legal incontrovertible o cuando se considera como acreditado un hecho o un dato que no ha podido ser probado ni siquiera de forma indiciaria. En todo caso, la imparcialidad tiene su senda más segura como veladora de las garantías procedimentales y de la igualdad procesal entre las partes en el conflicto.

A su turno, Leon Trakman²¹¹ señala que ordinariamente, la independencia se refiere a una relación, por ejemplo, cuando un árbitro se encuentra profesional o personalmente relacionado con una de las partes, o tiene una conexión familiar o comercial con ésta. Existen relaciones profesionales, familiares, comerciales, personales. La independencia también depende del grado de esa relación. El grado de la independencia de un árbitro se mide objetivamente. La imparcialidad, por su parte, se relaciona con un estado mental que algunas evidencias conductuales pueden delinear. El test aplicable a la imparcialidad es subjetivo en el sentido de que se dirige al estado mental actual del árbitro. La independencia arbitral puede estar relacionada con algo inmaterial, mientras que una falta de parcialidad puede evidenciarse con un

²¹¹ Cfr. TRAKMAN, Leon. «The impartiality and independence of arbitrators reconsidered». *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4, pp. 127 y 128. (Traducción libre).

hecho material.

Como es evidente, el deber de independencia e imparcialidad es fundamental para el desarrollo de la función arbitral. Constituye uno de los pilares sobre el cual esta institución se desarrolla.

La Real Academia Española²¹² señala que el término «independencia» significa: «Cualidad o condición de independiente. Entereza, firmeza de carácter». En tanto que la palabra «independiente» está conceptuada como: «Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena».

La independencia significa que el árbitro no debe guardar con respecto a la parte que lo nombró y, evidentemente, tampoco con respecto a la otra, alguna relación de dependencia de tipo laboral, económica, financiera, afectiva, amorosa o de cualquier otra índole.

Por ejemplo, podría ocurrir que el árbitro designado sea trabajador de una de las empresas de propiedad del grupo que lo nombra como árbitro. Ése sería el caso de una dependencia de orden laboral. Una dependencia de orden profesional sería que brinde servicios profesionales externos, es decir, que no tenga contrato de trabajo, sino de asesoría profesional a la empresa que lo nombró o al grupo de empresas de las cuales forma parte la empresa que lo

²¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22ª edición *on line*. www.rae.es (Visitado el 1-11-2012).

nombró. De otro lado, una dependencia financiera sería aquella por la cual el árbitro dependa de fuentes de financiamiento: podría tratarse de varios contratos de crédito por celebrar o ya celebrados con la parte o grupo de empresas que lo nombró. Una dependencia de orden afectivo podría presentarse en el caso en el que exista una relación de enorme amistad y hasta de un sentimiento de familiaridad en base al afecto con respecto a la parte que la designa como árbitro. Finalmente, una dependencia amorosa podría ser aquella en virtud de la cual la empresa que lo nombra sea dirigida por la persona que constituye el centro de los afectos del árbitro nombrado.

De esta forma, en todos estos casos, así como en otros que sigan esta misma línea, podemos apreciar que el árbitro es dependiente; o sea, que su actuación está muy condicionada a la voluntad de la parte que lo nombró. Hacemos extensivas todas estas consideraciones a la parte que no lo nombró, en la eventualidad de que se produjera la situación —inusual, por cierto— en la que esa dependencia se apreciara con respecto a la otra parte.

La Ley de Arbitraje, en el inciso 1 del artículo 28, también trata acerca del deber de imparcialidad del árbitro.

Para la Real Academia Española,²¹³ la palabra «imparcialidad» significa: «Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

²¹³ IBÍDEM.

La imparcialidad implica que el árbitro debe apreciar el desarrollo de la controversia desde un punto de vista equitativo. Mirar por igual a ambas partes y a sus posturas, es decir, a no tener prejuicios positivos o negativos en relación a ninguna.

Asimismo, dentro de esta exigencia también se encuentra el tratar de desvincularse afectivamente de la causa de una de las partes. Es decir, el árbitro debe resolver en derecho, si se tratara de un arbitraje de derecho, como es la regla general hoy en día; o en conciencia, si se tratara de este supuesto de excepción.

Pero, ni en derecho ni en conciencia el laudo debe poder estar influenciado por estos condicionamientos afectivos, que podrían atacar la percepción que el árbitro tenga sobre los hechos o sobre el derecho, si fuera el caso.

En estos supuestos, si el árbitro se sintiera comprometido de la manera que venimos señalando, lo ideal sería que renuncie al cargo de árbitro y tenga que expresar la razón, o cualquier otra razón atendible de acuerdo a ley, a efectos de poder apartarse del conocimiento del arbitraje.

Sobre los términos independencia e imparcialidad, Fernando de Trazegnies²¹⁴ hace una precisión al señalar que estos dos grandes temas tienen

²¹⁴ Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Motivos de abstención y recusación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 336.

que ser examinados y precisados en el tribunal frente a cada caso concreto. Y notemos, dice el autor, que la ley exige que esa independencia (ausencia de relación objetiva) y esa imparcialidad (ausencia de relación subjetiva) deben existir no sólo al inicio del proceso sino que deben mantenerse a todo lo largo del proceso arbitral. Por consiguiente, como lo establece el artículo comentado de la ley, la recusación puede interponerse en cualquier momento del proceso, dentro de los diez días de conocida la causal. Sin embargo, se prohíbe interponer una recusación cuando comienza a correr el plazo de emisión del laudo, porque se supone que ya a estas alturas de la controversia las partes han tenido plenamente conocimiento de los árbitros y de sus relaciones.

Finalmente, sobre la independencia e imparcialidad, cabe señalar que algunas legislaciones han optado por incluir en su normativa sólo el término independencia, debido a que éste engloba un concepto más objetivo y verificable en el caso concreto.²¹⁵ Otros, a su turno, optan por hablar solamente de imparcialidad.²¹⁶

2. SOBRE EL DEBER DE REVELACIÓN

La segunda parte del inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje agrega que: «la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que

²¹⁵ Un claro ejemplo de este caso lo observamos en el contenido del artículo 7, inciso 1, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el cual establece que: «Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje».

²¹⁶ A mayor abundamiento, recomendamos la lectura de José María Alonso Puig (ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». En *Themis. Op. cit.*, p. 162).

puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia». En esa misma línea, el inciso 2 del artículo bajo estudio señala que: «El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados».²¹⁷

Según José María Alonso,²¹⁸ «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».

Por su parte, Mateo Sanz²¹⁹ señala que este deber «es de obligado cumplimiento, pues su contenido viene marcado por el ser y el permanecer. Así, para «ser» independiente e imparcial, el propuesto como árbitro revelará todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas. Para «permanecer» imparcial el nombrado árbitro revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida».

²¹⁷ Cabe resaltar que las causas de abstención y recusación, especialmente estas últimas, deben ser entendidas en relación con el árbitro de un modo mucho más amplio que en relación con el juez. «El juez puede ser recusado pero no tiene la obligación de comunicar a las partes posibles razones para ello. El árbitro por el contrario sí tiene tal obligación. La especial naturaleza del arbitraje basado en la sola y exclusiva voluntad de las partes, provoca que la opinión de las mismas sobre la aptitud del árbitro sea imprescindible. La importancia de la opinión de las partes sobre la aptitud del árbitro, determina que la elaboración de una lista tasada de causas que pueden generar parcialidad o dependencia del mismo, aunque sería deseable, no sea posible». ALONSO PUIG, José María. «El deber de revelación del árbitro». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p 324.

²¹⁸ ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, p. 99.

²¹⁹ MATEO SANZ, Jacobo B. «Motivos de Abstención y recusación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 324.

Lo señalado en la parte final del inciso 2 del artículo bajo estudio, se refiere, en términos de Mateo Sanz, al «ser» independiente e imparcial, ya que existen dos momentos en los que un árbitro debe revelar cierta información, a saber: antes de su nombramiento y después de éste.

Sobre el contenido del inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, Alonso Puig²²⁰ realiza una interesante reflexión al señalar que:

El deber de revelación es uno de carácter delicado, ya que su ejercicio no siempre es tarea fácil porque las circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere ponen en duda su imparcialidad o independencia, y que seguro le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones, también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia. Inmerso en este subjetivismo, el método más seguro que probablemente puede seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consiste en revelar lo que directamente crea que deba revelar y, además, lo que dude si debe revelar. Y es que por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la

²²⁰ ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». En *Themis*. *Op. cit.*, 163.

decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible, y además frecuente, que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido u olvidado en su momento no revelarla.

Ahora bien, también se debe tener en cuenta que este deber y derecho no debe ejercerse de manera indiscriminada vale decir, cayendo en el exceso. Alonso Puig²²¹ así lo recuerda al señalar que:

El exceso de revelación que puede originarse como consecuencia de anterior principio, el llamado *overdisclosure*, puede tener efectos negativos. En ocasiones, puede sembrar dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro cuando no hay razones para ello, y, en otros casos, ofrecerá a la parte que desee dinamitar el arbitraje elementos para poder intentar la recusación del árbitro y así dilatar el proceso. Además, el modo en que debe ser ejercido el deber de revelación está también intensamente condicionado por los valores culturales, morales y sociales de cada persona. Ambas cosas dificultan tremendamente la fijación de un alcance concreto e inamovible del deber de revelación. Así las cosas, el árbitro deberá ejercer su deber de revelación del modo más amplio posible pero evitando el *overdisclosure*. La consecución de este equilibrio, que deberá hacerse inevitablemente caso por caso, es dificultosa sin duda. El

²²¹ ALONSO PUIG, José María. «El deber de revelación del árbitro». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 324 y 325.

contenido del deber de revelación es claro y unánimemente aceptado: el árbitro debe revelar todo aquello que pueda generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad. Ahora bien, dicha definición es demasiado general y necesita ser concretada para permitir su efectiva consecución en la práctica.

Teniendo esto claro, es importante señalar que el deber de declaración no sólo se circunscribe a aquello que se debe declarar al momento en que uno es propuesto como árbitro y acepta la designación. El deber de declaración se extiende en el tiempo desde el momento en que esa aceptación se da hasta la finalización del propio arbitraje. El árbitro deberá revelar —en cualquier estado del arbitraje— cualquier hecho o circunstancia que corresponda a la naturaleza de los hechos o circunstancias que se deben revelar dentro de los alcances del inciso 1. Es decir, deberá «permanecer» independiente e imparcial.

Es decir, todas las consideraciones de aquello que amerita ser revelado en base al inciso 1, se extienden hasta la finalización del arbitraje, en base al inciso 2.

Lohmann²²² hace referencia a que la obligación de revelar se enfoca, por tanto, a todo aquello que por vínculo o relación humana, o por estado mental, puede influir. Hay que revelar o informar todo lo precedente y lo que sobrevenga, porque es la información la que da lugar a dudas si es que ellas no

²²² Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «El deber de declaración». En *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, pp. 51 y 52.

habían sido puestas ya de manifiesto o eran conocidas por las partes. Y aquí el árbitro no tiene manera de saber qué cosa conocen o desconocen las partes, de modo que en la duda, es preferible revelar que abstenerse de hacerlo. Cuando el artículo 28 alude a dudas justificadas, duda significa que cierta información, o incluso ocultamiento de ella, produce o provoca falta de seguridad o certeza porque hay opciones igualmente válidas en apariencia y no hay demostración firme. El árbitro propuesto o ya designado, tiene que declarar todo aquello que, desde su punto de vista, si fuera una de las partes del proceso, pudiera suscitar en el ánimo o intelecto de una o ambas partes una duda sobre su imparcialidad o independencia. Otro tema distinto es si el motivo o causa de esa duda, debe justificar o no el apartamiento del árbitro.

Por otro lado, y retomando la idea de que este deber de revelación debe permanecer a lo largo de todo el arbitraje, Miguel Temboury²²³ cita un interesante caso. Señala que:

El resultado de una sentencia dictada por la Corte de Apelación de París el pasado 12 de febrero de 2009 [...] ha anulado un laudo dictado en un arbitraje de la CCI por falta de independencia e imparcialidad del tribunal arbitral. Ocurrido este caso que enfrentaba a una empresa italiana y a otra griega, fue nombrado presidente del tribunal arbitral un abogado, *counsel* de un conocido despacho de abogados internacional con oficina

²²³ TEMBOURY REDONDO, Miguel. «Estándares de conflicto de interés». En *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, p. 81.

abierta en París y que reveló, al momento de ser nombrado, que su despacho había trabajado para la matriz de la empresa italiana en Washington y en Milán. Pero, he aquí que durante el arbitraje, ese mismo despacho, sin que se enterase el árbitro, trabajó en un asunto bastante sustancial para una empresa perteneciente al mismo grupo que la empresa italiana en Pekín y que el árbitro no lo reveló. La empresa griega cuando se enteró de esto, intentó recusar al árbitro sin éxito; la CCI rechazó la recusación y, posteriormente, se impugnó el laudo, y la Corte de Apelación de París anuló el laudo basándose en que debe existir, en todo despacho de abogados, un sistema de control de conflictos permanente durante el arbitraje, y que este sistema debe dar lugar a que posibilite, para los árbitros, poner de manifiesto las partes de cualquier momento o circunstancia que establezca o que pueda establecer alguna duda justificada sobre independencia e imparcialidad. Esta duda justificada es una duda de carácter objetivo y no subjetivo, es decir, prescinde del concepto de fuero interno de las partes para centrarse en el aspecto objetivo y en la apariencia de conflicto que pudiese existir.

Nótese el grado de exigencia en la experiencia europea sobre el tema bajo estudio. Sin duda, estos cánones deben ser tomados en cuenta cuando estemos frente a un caso de similares circunstancias y es que el deber de declaración, al igual que otros deberes que poseen los árbitros, debe mantenerse incólume a lo largo de todo el arbitraje.

Ahora bien, un aspecto sobre el cual es importante reparar, es que se

señala que este deber de revelación o de declaración, deberá ser efectuado sin demora. Sin demora implica, inmediatamente.

Lo señalado implica que apenas se tenga conocimiento de una circunstancia como ésta, el árbitro deberá declarar tal situación.

Pero, ¿cómo deberá entenderse esta disposición que hace referencia a la comunicación sin demora?

Creemos que ella deberá concebirse en los términos del artículo 1385 del Código Civil,²²⁴ relativo a la caducidad de la oferta, ya que el contenido de esta norma sustantiva es perfectamente aplicable a un caso como éste.

Así, y sobre el contenido de dicho numeral, De la Puente y Lavalle²²⁵ sostiene que se debe dar al término inmediatamente (vale decir, sin demora) «el sentido de inmediatez razonable, o sea lo más pronto que la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso lo permitan sin perjudicar los legítimos intereses de ambas partes».

En efecto, resultaría absurdo y poco práctico delimitar exactamente qué

²²⁴ Artículo 1385.- «La oferta caduca:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente».

²²⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 608.

se debe entender por dicha expresión. Lo idóneo en este caso es que frente a cada supuesto en particular se evalúe si el árbitro ha comunicado a las partes sin demora o con demora nuevas circunstancias que puedan poner en riesgo su independencia o imparcialidad. Este concepto debe ser entendido de manera flexible para no caer en exigencias jurídicas que serían imposibles de cumplirse, como sería el caso en el que se establezca que por inmediato, o sin demora, nos refiramos a un número determinado de minutos, horas o días.

De otro lado, la segunda parte del inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que «en cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados».

Para que se configure el supuesto contenido en esta norma, deberá ocurrir que el árbitro ha considerado que no se encontraba en el deber de declarar determinada información y, efectivamente, no lo hizo.

En ese sentido, esa ausencia de declaración de cierta información puede ocasionar que la parte no cuente con información suficiente para, por ejemplo, recusar a dicho árbitro. Es decir, la parte que eventualmente se considere en esa duda o sospecha, no cuenta con los elementos probatorios necesarios y con el conocimiento de causa suficiente como para poder recurrir a interponer la citada recusación, precisamente porque el árbitro no declaró determinados hechos.

De esta forma, creemos que lo señalado por la última parte del inciso 2

del artículo 28 de la Ley es adecuado, ya que a través de ella se faculta a que cualquiera de las partes solicite a los árbitros aclarar sus relaciones con alguna de las partes o sus abogados.

Y es que es precisamente luego de la información proporcionada por el árbitro (requerido para tal efecto), o, en su defecto, en ausencia de dicha declaración, que la parte podrá interponer o no una recusación, teniendo los elementos probatorios y el conocimiento de causa suficientes.

Estos requerimientos deberán conducir a que el árbitro aclare —de la manera más honesta y transparente— sus relaciones con respecto a la parte o las partes, sus representantes y abogados.

El requerimiento que le haga la parte no implicará, necesariamente, que el árbitro vaya a ser recusado, ya que tal vez las explicaciones que brinde sean lo suficientemente sólidas como para que no se produzca dicha recusación.

Con todo, y teniendo en cuenta lo señalado por Castillo Freyre,²²⁶ «el juego entre el deber de declaración y la recusación basado en lo declarado o en aquello que no se declaró —pero que fue de ulterior conocimiento por las partes—, debe ser apreciado con estrictos criterios de lógica y ponderación». En efecto, cada caso en particular deberá ser evaluado a la hora de resolver la

²²⁶ CASTILLO FREYRE, Mario. «El deber de declaración». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, p. 636.

recusación, ya que los mismos hechos rodeados por distintas circunstancias, no necesariamente deberán llevar a una misma conclusión.

3. CAUSALES DE RECUSACIÓN

El inciso 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que: «Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley».

La Real Academia Española²²⁷ conceptúa al término «recusar» como «poner tacha legítima al juez, al oficial, al perito que con carácter público interviene en un procedimiento o juicio, para que no actúe en él».

La primera parte del citado inciso señala que sólo se podrá recusar a un árbitro si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Sobre este tema, resulta importante recordar que sería poco serio establecer una lista taxativa de supuestos en los cuales estemos frente a una falta de alguno de estos dos requisitos. Como veremos más adelante, se han ideado algunos parámetros a partir de los cuales se puede recién sospechar de que el árbitro no se conduce con independencia o imparcialidad. En ese sentido, y

²²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición on line. www.rae.es

teniendo en cuenta estos lineamientos, también se debe observar los alcances y limitaciones de ambos conceptos, razón por la cual remitimos al lector a lo señalado en el punto 1 del comentario al artículo 28.

Carey y Gallagher²²⁸ sostienen, comentando el tema de la recusación por falta de imparcialidad en la experiencia inglesa, que «se podría decir que la ley permitirá la destitución de un árbitro parcial cuando se considere que se ha producido un peligro real o exista la posibilidad de que éste no sea imparcial. Sin embargo, esto deberá ser analizado con mucha cautela. Sólo en los casos más claros y extremos un árbitro será separado. En Inglaterra, la acción debe ser tan extraordinaria que constituya automáticamente una injusticia sustancial».

Por su parte, Rómulo Morales²²⁹ pone énfasis en la necesidad de incluir determinados supuestos que puedan permitir recusar a un árbitro, ya que la norma ha dejado de lado importantes causales que hoy por hoy son recurrentes. Así, señala el citado profesor que:

Hay dos hipótesis que pueden plantearse para analizar la causal de recusación por vínculos profesionales con otros estudios o clientes de otros abogados. Si el presidente del tribunal arbitral pertenece al mismo estudio de uno de los árbitros de parte, ¿hay imparcialidad? Si el árbitro pertenece a la misma *law firm* de un

²²⁸ CAREY Gearóid y Norah GALLAGHER. «Impartiality of arbitrators: English and Irish law contrasted». *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4, p. 166. (Traducción libre).

²²⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo. «Imparcialidad y recusación del árbitro». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, p. 649.

abogado o de la *firm* que, aunque con abogado de otro estudio, asiste a la misma parte, ¿hay imparcialidad? Pensamos que en ambos casos hay parcialidad. Existen razones objetivas para dudar de su neutralidad en el caso materia de la controversia. La Ley no ha regulado ni uno ni otro supuesto. Ello demuestra su insuficiencia en el tema de recusación del árbitro.

Con todo, creemos que se deberá estar atento a las circunstancias que cada caso plantea. No creemos que sea necesario plantear una lista exhaustiva de causales de recusación, ya que toda enumeración lleva consigo una exclusión.²³⁰

En segundo lugar, la ley establece que un árbitro podrá ser recusado si no posee las calificaciones exigidas por las partes.

Como se sabe, los requerimientos establecidos por las partes pueden ser de diversa índole. Aquí no existe límite, salvo que alguno de estos requerimientos colisione con alguna norma imperativa o vulnere las normas que importan el orden público o las buenas costumbres.

En tercer lugar, el inciso bajo estudio señala que el árbitro sólo podrá ser recusado si no posee las calificaciones exigidas por la ley.

²³⁰ En el mismo sentido se pronuncia José María Alonso al señalar que «la propia esencia de la institución arbitral, cuya razón de ser no es otra que la voluntad de las partes, hace que la ‘vara de medir’ la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, a partir de un *numerus clausus* de circunstancias, siempre corra el riesgo de ser inapropiada en un arbitraje, por defecto o incluso por exceso». (ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, p. 102).

Sobre este tema, y para no reiterar conceptos, hacemos extensivos los comentarios que realizamos con ocasión del análisis de los numerales 20 y 21 de la Ley de Arbitraje, referidos a la capacidad e incompatibilidad funcional de las personas designadas como árbitros. Pero, básicamente, se trata del hecho de que las personas nombradas como árbitros sean personas naturales con pleno ejercicio de sus derechos civiles y posean la calidad de abogado en determinados supuestos, entre otros.

4. DISPENSA DEL MOTIVO DE RECUSACIÓN

El inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que: «Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y, en tal caso, no procederá la recusación o impugnación del laudo por dichos motivos».

Como se sabe, existen situaciones que no constituyendo causales de impedimento para ejercer la función arbitral sí pueden constituir causales de recusación, como por ejemplo el vínculo que el árbitro tenga con alguna de las partes, con sus representantes, con sus abogados, etc.

Sin embargo, hay supuestos en los cuales, incluso conociéndose esta situación y dando ésta mérito a una eventual recusación, las partes prefieren efectuar una dispensa, es decir, una concesión o una excepción a la regla general de recusar. Los motivos pueden ser de los más variados y la ley no exige que sean fundamentados.

En casos como el descrito, la dispensa de la recusación se puede efectuar de manera expresa o tácita.

Será expresa cuando la parte señale, dentro del plazo para recusar, que procede a dispensar la causal existente. Vale decir, la parte, considerando, por ejemplo, la idoneidad y probidad que posee el árbitro, perdona la causal que subsiste a efectos de poder desarrollar las actuaciones arbitrales con normalidad.

De otro lado, la dispensa será tácita cuando la parte que tiene derecho a recusar al árbitro deja transcurrir el plazo respectivo a efectos de que el transcurso de éste haga que no resulte procedente la ulterior recusación. En este caso, bastará con que se deje pasar la fecha límite para recusar al árbitro para que se dé por entendido que ese silencio implica una dispensa tácita.

Es verdad que en este caso la ley no hace referencia a que el silencio tiene valor de manifestación de voluntad (en los términos señalados por el artículo 142 del Código Civil, al establecer que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado). Sin embargo, creemos que no habría problema en que se entienda como tal, en la medida en que si luego la parte que podría no haber dispensado la causal de recusación se decidiera a recusar, dicha petición debería ser declarada improcedente por extemporánea.

Ahora bien, debemos decir que en la práctica arbitral hay casos en los

cuales la persona designada como árbitro no solamente declara la existencia de alguna situación que pudiera ameritar una eventual recusación, sino que exige en su carta de aceptación al cargo de árbitro una dispensa expresa a alguna de las partes o, en general, a ambas.²³¹

En el caso citado, la dispensa tendría que efectuarse dentro del plazo de cinco días, ya que éste es el que establece la ley para poder recusar a un árbitro.

Finalmente, es necesario precisar que el inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que si las partes dispensaran los motivos de recusación que conocieren, evidentemente no procederá la recusación, pero tampoco procederá la impugnación del laudo.

Naturalmente, cabrá impugnar el laudo si es que la parte recusó al árbitro y esa recusación fue declarada infundada o improcedente.

Si no hubiese habido recusación, no habrá la posibilidad, al menos por esta causal, de impugnar el laudo vía anulación.

²³¹ En el caso citado, se podrá cuestionar dicha aceptación, ya que en realidad no se trataría de una carta de aceptación, en la medida de que la aceptación a una propuesta de designación de árbitro tiene que ser pura y simple. Sin embargo, no vamos a ahondar en el tema y sólo nos limitaremos a dejar en claro que, teniendo en cuenta cada caso en particular, no siempre dicha aceptación podrá ser considerada como tal, ya que dicha voluntad estaría condicionada a que alguna o ambas partes realicen o actúen de determinada manera.

5. RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO POR QUIEN LO NOMBRÓ

El inciso 5 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que: «Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento».

Lo señalado por este inciso resulta fundamental a efectos de evitar que la parte que nombre a un árbitro, o participe en su nombramiento, utilice luego alguno de los elementos de la relación que conocía del árbitro con el objeto de apartarlo del arbitraje.

Naturalmente, nos encontraremos sólo ante la posibilidad de recusar a ese árbitro por la parte que lo nombró, cuando se trate de hechos que comprometan de alguna manera la relación del árbitro nombrado con la contraparte, con sus abogados o con sus representantes.

Resulta evidente que aquí también podríamos encontrar un supuesto especial y es que uno podría descubrir, con posterioridad al nombramiento, determinados hechos o circunstancias que deterioren la relación entre el árbitro y la parte que lo nombró. Por ejemplo, descubrir que el árbitro, a pesar de haber declarado la existencia en el pasado de una relación con la parte que lo nombró, haya actuado en aquella oportunidad con deslealtad hacia esta persona, quien recién luego de nombrarlo como árbitro descubre este mal actuar. Esta circunstancia, evidentemente, haría perder la confianza que se tuvo en el árbitro

nombrado.

Por lo demás, toda circunstancia que afecte la relación entre el árbitro nombrado y la parte que lo nombró (que no haya sido revelada por el árbitro al momento de su aceptación), hará que se presuma que ha sido ocultada dolosamente por dicho árbitro.

No olvidemos que el deber de declaración no sólo implica la necesidad de revelar aquellos elementos o circunstancias que pudieran afectar, eventualmente, la relación con la parte que no lo ha nombrado, sino que también deben mencionarse todos los elementos o circunstancias que impliquen algún punto de contacto entre el árbitro, ambas partes y los abogados y representantes de las partes del arbitraje.

6. ¿RECUSACIÓN DEL SECRETARIO ARBITRAL?²³²

Un interesante supuesto se planteaba en Colombia antes de la entrada en vigencia de su actual ley arbitral.

Se señalaba que al procedimiento arbitral le era plenamente aplicable el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual el secretario del Tribunal también se podía declarar impedido y era recusable en los mismos

²³² Este tema es abordado por GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, pp. 62 y 63.

términos y por idénticas causales a las establecidas por dicho Código para los jueces.

Dentro del trámite de la recusación del secretario, los árbitros no eran recusables ni podían declararse impedidos, por cuanto en términos del inciso 4 del artículo 151 del Código de Procedimiento Civil colombiano, eran las personas encargadas de conocer de la recusación.

Finalmente, si se declaraba el impedimento o se declaraba probada la recusación, el tribunal debía proveer el nombramiento de un nuevo secretario, pues como no habían más funcionarios, no se daban los supuestos del inciso 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, que permitían encargar al oficial mayor designar a otro funcionario como secretario *ad hoc*.

No vamos a ahondar más en el tema, ya que éste no es materia de estudio del presente trabajo. Sin embargo, ello no quita que se pueda iniciar un debate respecto a él, ya que, como sabemos, la función que cumple un secretario arbitral resulta de suma importancia.

Y es importante, en vista de que en su figura descansa todo el engranaje procedimental de las actuaciones arbitrales, pues su labor será la de ser un asistente que se encargará de oficiar la documentación, elaborar documentos de mero trámite, hacer el seguimiento de diversas actuaciones, servir de nexo entre las partes y los árbitros para determinados fines, entre otros.

Se podría decir, incluso, que su tarea se asemeja en cierto modo a aquélla cumplida por el secretario de un juzgado. Ello, con las salvedades del caso.

De esta forma, debe quedar claro que la función de un secretario arbitral no implica la resolución o el análisis de conflicto alguno, ya que para eso ha sido designado el tribunal arbitral. Sin embargo, ello no quita que se deba reconocer la tremenda importancia que este actor cumple al interior de un arbitraje.

Sin embargo, creemos que no resultaría idóneo aplicar la figura de la recusación a un secretario arbitral. Ello, en vista de que ésta posee una construcción teórica y una aplicación práctica que sólo podría recaer en un árbitro.

Asimismo, y si tenemos en cuenta que no está prohibido aplicar supletoriamente alguna norma contenida en el Código Procesal Civil al arbitraje, tampoco se podrá recusar al secretario arbitral, en vista de que conforme a lo establecido por el numeral 761 del citado cuerpo de leyes, en un proceso ordinario es improcedente la recusación del secretario del juzgado.

7. LINEAMIENTOS DEL COLEGIO DE ABOGADOS INTERNACIONAL SOBRE CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL²³³

²³³ Se puede acceder a ellos a través de la siguiente dirección electrónica: www.ibanet.org

El Colegio de Abogados Internacional (más conocido por sus siglas en inglés como *International Bar Association* - IBA), aprobó en el año 2004 unas directrices sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional. Si bien es cierto este cuerpo normativo no es vinculante para el arbitraje peruano, creemos que constituye un esfuerzo importante por regular la materia que venimos analizando.²³⁴

Dentro de tal orden de ideas, pensamos que resulta interesante comentar de manera muy sucinta su contenido, y es que, como se sabe, la doctrina constituye una fuente de Derecho de suma importancia.

Así, pues, la parte Introdutoria de este documento señala, con acierto, que se ha incrementado el número de circunstancias, hechos e información que el árbitro debe revelar. Las partes reticentes al arbitraje, encuentran en la recusación de árbitros un medio para demorar los arbitrajes o privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Cuando el árbitro da a conocer cualesquiera hechos o circunstancias, no importa lo insignificante o lo grave de la cuestión, con demasiada frecuencia conduce a que se planteen objeciones, recusaciones y se origine la renuncia o sustitución de un árbitro.

Como se puede observar, en muchos casos la figura de la recusación ha servido no para cumplir el fin que persigue: ser un mecanismo para nombrar a un árbitro capaz, idóneo, competente, imparcial e independiente. Sino más bien,

²³⁴ Emmanuela Truli realiza una aguda crítica a este documento (TRULI, Emmanuela. «Liability v. quasi-judicial immunity of the arbitrator: the case against absolute arbitral immunity». *The American Review of International Arbitration*. Vol. 17, n.º 3, pp. 282 y ss.).

es muy usual que ahora se recurra a esta figura con el afán de retrasar y entorpecer el desarrollo del arbitraje.

De esta forma, por una parte hay una tensión entre el derecho que tienen las partes a que se den a conocer hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un arbitraje con las garantías debidas; y, por otra, el derecho de las partes a elegir al árbitro libremente. Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros.

Así, pues, este documento que contiene una serie de directrices, refleja lo que un grupo de trabajo entiende como la mejor y más reciente práctica internacional existente sobre el tema, la misma que queda recogida en una serie de principios. Cabe señalar que el grupo de trabajo redactó las Normas Generales²³⁵ y los Listados de Aplicación basándose en el Derecho y la

²³⁵ Las normas generales que plantean las directrices son siete. A continuación su texto:

(1) *Principio general*

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

(2) *Conflictos de intereses*

(a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro.

(b) Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4).

(c) Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.

(d) Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio.

(3) Revelaciones del árbitro

(a) Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la independencia o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.

(b) De la Norma General 1 y 2(a) se infiere que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado.

(c) Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer.

(d) Al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el arbitraje acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento.

(4) Renuncia de las partes

(a) Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias. Lo anterior está sujeto a los apartados (b) y (c) de esta Norma General.

(b) No obstante lo anterior, si hubiere hechos o circunstancias tales como los expuestos en la Norma General 2(d), no surtirá efecto la renuncia por una de las partes a su derecho a objetar, ni será válido el acuerdo entre las partes que permita a la persona involucrada desempeñar las funciones de árbitro.

(c) Cuando haya un conflicto de intereses como aquellos ejemplificados en el Listado Rojo Renunciable, la persona involucrada no deberá desempeñar funciones de árbitro. No obstante, dicha persona puede aceptar la designación como árbitro o puede continuar desempeñando funciones de árbitro si se cumplen las siguientes condiciones:

(i) Todas las partes, los demás árbitros y la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) deben estar plenamente informadas del conflicto de intereses; y

(ii) Todas las partes deben manifestar explícitamente su conformidad con que la persona involucrada desempeñe las funciones de árbitro, pese al conflicto de intereses.

(d) En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio,

jurisprudencia de diversas jurisdicciones, así como en el criterio y la experiencia de los miembros del Grupo de Trabajo y de otros interesados en el arbitraje comercial internacional.

Ahora bien, las normas generales, básicamente, contienen los principios que la Ley de Arbitraje peruana acoge. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los supuestos contenidos en los «Listados de Aplicación» de las directrices bajo

la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, se generan dudas que le impidan mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento.

(5) Alcance o ámbito de aplicación

Estas Directrices se aplican por igual a presidentes de tribunales arbitrales, árbitros únicos y a árbitros designados por las partes. Estas Directrices no se aplican a árbitros no neutrales, quienes no tienen el deber de permanecer imparciales e independientes de las partes, según sea permitido por algún reglamento de arbitraje o en algún Derecho nacional.

(6) Relaciones

(a) Al examinar la relevancia de determinados hechos o circunstancias para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelar en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo.

(b) De igual manera, si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de sociedades con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por sí solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente.

(c) Si una de las partes fuere una persona jurídica, se considerará que hay identidad entre ella y sus gerentes, administradores y miembros de su comité de vigilancia y cualesquiera otras personas que ejerzan control sobre la sociedad.

(7) El deber del árbitro y de las partes

(a) Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.

(b) En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.

(c) Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.

estudio.

Decimos ello, debido a que dicho documento considera que para que las directrices adquieran importancia e influencia práctica, deben reflejar situaciones factibles de presentarse en la práctica actual del arbitraje. De forma tal que las directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los tribunales estatales sobre el tipo de circunstancias que creen o no un conflicto de intereses y sobre aquellas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes.

Para dicho propósito, el documento analiza la práctica jurídica en diversos países y crea en los «Listados de Aplicación» categorías de supuestos de hecho que pueden presentarse en la realidad. Cabe resaltar que aunque las listas no abarcan todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones, ya que el grupo de trabajo que las ideó pretendió que fueran lo más detalladas posibles. En cualquier caso, deberá tenerse siempre en cuenta el contenido de las normas generales ya citadas, las mismas que, como dijimos, encuentran su correlato en la Ley de Arbitraje peruana.

A continuación el concepto y contenido de cada uno de estos «Listados de Aplicación».

7.1. Listado rojo irrenunciable

El listado rojo irrenunciable contiene una enumeración no exhaustiva de

situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso. Si se presentan tales hechos o circunstancias, cualquier persona prudente, con conocimiento de los hechos principales, considerará que existe un conflicto de intereses.

Dentro de este listado, existen cuatro supuestos que, sin admitir prueba en contrario, reflejan un claro conflicto de intereses. Éstos son los siguientes:

- a. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.
- b. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.
- c. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.
- d. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial, y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

7.2. *Listado rojo renunciabile*

El listado rojo renunciable incluye situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Por consiguiente, el revelar los hechos o circunstancias del caso no evitará el conflicto de intereses.

Este listado incluye situaciones serias, mas no tan graves como las contenidas en el primer listado. Dada su seriedad, se tendrán por renunciables sólo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro. En este caso, estamos hablando del ejercicio del derecho de dispensa que cada parte posee.

Teniendo esto claro, las hipótesis que conforman este listado son:

- a. Relación del árbitro con la controversia.
 - a.1. El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.
 - a.2. En el pasado el árbitro intervino en el asunto.

- b. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia.
 - b.1. El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.
 - b.2. Un pariente cercano (cónyuge, hermano o hermana, hijo o hija, padre o madre, o pareja de hecho) del árbitro tiene un interés

económico significativo en el resultado de la controversia.

b.3. El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.

c. Relación del árbitro con las partes o sus abogados.

c.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

c.2. El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

c.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

c.4. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre la filial de una de las partes y dicha filial interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.

c.5. Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.

c.6. El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

c.7. El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

c.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.

c.9. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.

7.3. Listado naranja

El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Así, el Listado Naranja refleja situaciones comprendidas en la Norma General 3(a) (referidas al hecho de que si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos).

En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo éste revelado los hechos o circunstancias que corresponda, no hacen

uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto.

Los posibles supuestos que dentro de este listado pueden presentarse son:

- a. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.
 - a.1. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.
 - a.2. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.
 - a.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas.
 - a.4. Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.
 - a.5. Actualmente el árbitro desempeña funciones de árbitro o lo

ha hecho dentro de los tres años anteriores en otro arbitraje relacionado con el de la causa en el cual también participa una de las partes o su filial.

b. Servicios profesionales prestados a una de las partes en la Actualidad.

b.1. El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

b.2. Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.

b.3. El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.

c. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado.

c.1. Los árbitros son abogados del mismo bufete.

c.2. Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales.

c.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.

c.4. Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje

donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.

c.5. Un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes sin que participe en el arbitraje.

c.6. Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.

c.7. En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados.

d. Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje

d.1. El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.

d.2. Dentro de los tres años anteriores el árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o una filial de éstas, por ejemplo como empleado o socio.

d.3. Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho que el árbitro y alguna de estas

personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales.

d.4. Si el árbitro hubiese sido antes juez y, dentro de los tres años anteriores, hubiera sido el juez de la causa en un pleito importante en el que intervino una de las partes.

e. Otras circunstancias.

e.1. El árbitro es accionista, directa o indirectamente, de una de las partes o de una filial de éstas cuando se trate de una sociedad pública que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades.

e.2. El árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

e.3. El árbitro tiene un cargo en una institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje en cuestión.

e.4. El árbitro es gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o ejerce un control similar sobre una filial de una de las partes que no interviene directamente en el asunto materia del arbitraje.

7.4. Listado verde

El listado verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. De esta forma, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca el listado verde.

Cabe señalar que se deben revelar hechos y circunstancias dentro de ciertos límites razonables. En algunos casos la prueba objetiva deberá prevalecer sobre la prueba meramente subjetiva que se basa en el punto de vista de las partes.

La enumeración de situaciones que contempla este listado es como sigue:

- a. Dictámenes anteriores al arbitraje.
 - a.1. Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).
- b. Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes.
 - b.1. El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.
- c. Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las

partes.

c.1. Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

d. Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes.

d.1. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social.

d.2. Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados.

e. Contactos entre un árbitro y una de las partes.

e.1. Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con la parte que lo designó o con una filial de ésta (o con sus respectivos abogados) pero el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre los nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se discutió el fondo del asunto de la controversia ni cuestiones de procedimiento.

e.2. El árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de éstas, siempre que se trate de sociedades públicas que coticen en

bolsa pero la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante.

e.3. El árbitro y el gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o quien ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas trabajaron juntos como peritos o trabajaron juntos como profesionales de alguna otra manera, incluso desempeñando las funciones de árbitro en un mismo asunto.

Creemos que el esfuerzo realizado por este documento resulta de suma importancia dentro de la práctica arbitral. Sin embargo, ocurre, de manera muy frecuente, que las líneas que separan las situaciones de cada caso en particular son muy delgadas y no siempre se tiene la certeza acerca de si una situación determinada encaja en un listado o en otro. Por ello es imperativo tener en cuenta todos los elementos de juicio, tanto objetivos como subjetivos, para emitir una opinión razonable, justa y que favorezca el desenvolvimiento del arbitraje.

8. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si bien es cierto la Ley de Arbitraje establece causales puntuales sobre las que se puede fundar un eventual pedido de recusación, no olvidemos que la realidad y los hechos concretos, muchas veces, harán que algo no sea lo que parece.

En un agudo comentario, el profesor Fernando de Trazegnies²³⁶ señala que «la noción de conflicto de interés es un concepto vivo; y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente».

Por otra parte, y respecto a los test que se han ideado para resolver los problemas de independencia e imparcialidad, creemos que si bien es cierto la mayoría de éstos buscan ser lo más objetivos posibles, todos ellos se aplican de manera subjetiva. Ello es entendible, debido a que el concepto mismo de imparcialidad es abstracto y su evaluación envuelve necesariamente un elemento de subjetividad. Sin embargo, los problemas que surjan de la aplicación subjetiva de los test pueden ser minimizados si las consideraciones objetivas detrás del uso de éstos se calibran de acuerdo a las circunstancias. El elemento subjetivo debe encontrarse balanceado con las circunstancias objetivas del caso en concreto.²³⁷

²³⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Motivos de abstención y recusación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 355.

²³⁷ En este mismo sentido SINGHAL, Shivani. «Independence and Impartiality of Arbitrators». *International Arbitration Law Review*. Vol. 11, issue 3, p. 132. (Traducción libre).

PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

Artículo 29.- «Procedimiento de recusación

1. *Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.*
2. *A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:*
 - a. *La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.*
 - b. *El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.*
 - c. *Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.*

- d. *Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:*
- i) *Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23°.*
 - ii) *Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23°.*
 - iii) *Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23°. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.*
3. *Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.*

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

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 29

Este artículo no registra antecedentes en el Código Civil de 1984.

La Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, sí regulaba el tema al establecer lo siguiente:

Artículo 25.- «Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificado debidamente las razones en que se basa.

Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez conforma el trámite indicado en el artículo 15, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro.

Si el arbitraje fuera colegiado, el tribunal resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad.

Contra la resolución que el Juez, la institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio.

El trámite de recusación no interrumpe la consecución del proceso arbitral».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 31.- *«Procedimiento de recusación*

Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme

al trámite indicado en el Artículo 23, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el Juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 29 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL), aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 6 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 35 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la Republica de Nicaragua de 2005, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 18 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 50 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000, el artículo 16 del Decreto Ley de Arbitraje panameño de

1999, el artículo 130 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, los artículos 27 y 28 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, al numeral 24 de la *Arbitration Act* del Reino Unido de 1996, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1429 del Código de Comercio de México, el artículo 747 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, entre otros.²³⁸

²³⁸ El texto de algunos de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 13.- «Procedimiento de recusación

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo».

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 6.- «De la recusación

Las partes podrán recusar a los árbitros nominados por la otra parte o designados por el Presidente de la Corte, si tuvieren dudas de su imparcialidad o motivos fundados para presumir que tienen personalmente interés directo o indirecto en la decisión del litigio. La recusación, en todos los casos, será decidida por el Presidente de la Corte.

La recusación de los árbitros deberá establecerse al momento de conocerse la nominación o designación de los mismos, con antelación al inicio de la substanciación del litigio por el tribunal. Si se procediera a ello posteriormente, la recusación será considerada solamente cuando el Presidente de la Corte estime que concurre causa justificada para la demora.

Cuando la recusación sea declarada con lugar, se elegirá un nuevo árbitro de conformidad con las presentes Reglas de Procedimiento».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 35.- «Procedimiento de recusación

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros o remitirse al reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje que administre la causa.

A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral mismo, un escrito en el que plantee la recusación del árbitro y exponga los motivos en que funda la recusación.

A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

El tribunal arbitral tendrá hasta quince días, contado a partir de la interposición de la recusación respectiva, para pronunciarse sobre la misma. Mientras no se resuelva la recusación presentada, el tribunal arbitral suspenderá sus actuaciones. En el acto de notificación de esta resolución o a más tardar en tercer día posterior a la notificación aludida, cualquiera de las partes podrán presentarse ante el tribunal arbitral recurriendo de la misma, para ante el tribunal de apelaciones competente. Si las partes no recurren de esta resolución, el tribunal arbitral continuará conociendo normalmente de la causa.

Salvo acuerdo en contrario, las partes que hayan hecho uso del derecho de recurrir de la resolución relativa a la recusación promovida ante el tribunal arbitral, podrán recurrir ante el tribunal de apelaciones competente para personarse y presentar sus alegatos en el mismo momento, dentro de los quince días siguientes de haber expresado su voluntad verbal o escrita de recurrir. En este caso el tribunal de apelaciones competente tendrá un plazo de quince días improrrogable para resolver. El tribunal arbitral suspenderá sus actuaciones hasta que el tribunal de apelaciones respectivo emita su resolución sobre el recurso presentado. De la resolución emitida por el tribunal de apelaciones no hay ulterior recurso.

Pasado este término y resuelta definitivamente la recusación, el tribunal arbitral, le dará cumplimiento a la misma, proseguirá con las actuaciones y dictará su laudo».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 13.- «Procedimiento de recusación.

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 3) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el numeral 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del numeral 2) de este artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 18.- «Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.

3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo».

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 15.- «Procedimiento de recusación.

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el Artículo 14 de esta ley, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del presente artículo, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los quince días siguientes

al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, que en el plazo de siete días resuelva sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable».

- Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000

Artículo 50.- «No aceptación de la recusación.

Si el árbitro no aceptare la recusación propuesta, la resolución de la misma se adoptará por la institución arbitral, en caso de tratarse de un arbitraje institucional o por los árbitros restantes, cuando fuere ad-hoc. En caso de árbitro único, si no es institucional, la decisión sobre la recusación se adoptará por el órgano jurisdiccional que hubiere resultado competente para conocer el proceso objeto del arbitraje.

Contra la decisión de los árbitros, de la institución arbitral o del juez, en su caso, mediante la cual se resuelve la recusación, no cabrá recurso alguno.

Si el árbitro se abstuviere de conocer del caso o aceptare la recusación, se procederá a su reemplazo en la misma forma en que hubiere sido designado el árbitro que deba sustituirse».

- Decreto Ley de Arbitraje panameño de 1999

Artículo 16.- «Toda persona propuesta como árbitro deberá comunicar a las partes las causas de recusación.

Todo árbitro propuesto como tal, deberá rechazar el propuesto o abstenerse, tras haber aceptado el mismo, cuando reconozca que existen causas de recusación o que pueda haber dudas sobre su imparcialidad o independencia.

Los árbitros serán recusados por las mismas causas que los jueces. Una parte podrá recusar al árbitro nombrado por ella o, en cuyo nombramiento haya participado, sólo por cualquier causa que haya tenido conocimiento después de efectuado el nombramiento.

Los árbitros sólo serán recusables por causas sobrevenidas con posterioridad a su nombramiento, salvo cuando no hubieren sido nombrados por las partes, en cuyo caso también podrán ser recusados por causas anteriores o que se hayan conocidos con posterioridad.

Los árbitros recusados podrán aceptar la recusación, en cuyo caso deberán comunicarlo a las partes y separarse inmediatamente, o por el contrario declarar su decisión de no aceptar la recusación y proseguir con el desarrollo del proceso arbitral. En tal supuesto, la parte que haya alegado la causal de recusación podrá, dentro del plazo de tres días, promover incidente de recusación ante el propio tribunal, el cual establecerá plazos perentorios para la exposición de las razones de cada una de las partes en el incidente, y decidirá de forma inapelable de la misma.

No obstante, podrán ser producidas y alegadas las razones de recusación en el trámite correspondiente a la anulación del laudo o en el trámite de reconocimiento y ejecución de sentencia, en su caso».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 130.- «Impedimentos y recusaciones.

Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro. (Artículo 12 Decreto 2279 de 1989 modificado en el inciso 2º por el artículo 120 de la Ley 446 de 1998)».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

Artículo 21.- «Recusación de árbitros

Son causa de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces. Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

La recusación deberá ser resuelta:

- a. En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.
Si estos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;
- b. En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;
- c. En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro.
Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;

- d. Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,
- e. Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes solo podrán ser recusados por cuales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevivientes a la designación».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 27.- «Procedimiento de recusación

I. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros o remitirse al reglamento de la institución que administra el arbitraje.

II. En ausencia de acuerdo o de determinación del reglamento, la parte recusante podrá acudir ante la autoridad judicial competente en la forma establecida en el artículo 29.

III. Tratándose de un sólo árbitro, el procedimiento arbitral se paralizará mientras se sustancie la recusación o si la misma alcanzare a la mayoría de los miembros del Tribunal».

Artículo 28.- «Trámite ante el tribunal arbitral

I. La parte recusante que opte por plantear la recusación ante el Tribunal Arbitral, presentará el pertinente memorial con exposición de las causales de recusación, dentro de los diez (10) días siguientes que tome conocimiento de la conformación del Tribunal Arbitral o de cualquiera de las causales mencionadas en el artículo 26.

II. El Tribunal Arbitral sin la participación del árbitro recusado, decidirá por mayoría absoluta sobre la procedencia de la recusación, salvo que se produjere previamente renuncia o conformidad con la recusación. En caso de empate, decidirá el Presidente del Tribunal y, en defecto de éste por ser el recusado, el árbitro de mayor edad.

IV. Contra la decisión adoptada, no corresponderá recurso alguno y la parte recusante no podrá hacer valer la recusación desestimada como causal al solicitar la anulación del laudo».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 17.- «Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros o remitirse al reglamento de la entidad que administre el arbitraje.

2. A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 16, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre la procedencia de la recusación, sin la participación del recusado, y por mayoría absoluta. Toda decisión que tenga que tomar el tribunal arbitral en este sentido, deberá estar resuelto a más tardar dentro de un plazo de quince días contados a partir de la fecha en que se presente la recusación.

Cuando se designe un solo árbitro, la recusación se formulará ante el tribunal competente conforme el artículo 9.

3. Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, La parte recusante podrá pedir, dentro de los quince días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal competente conforme el artículo 9, que decida sobre la procedencia de la recusación. La decisión a que arribe dicho tribunal será definitiva, y por ende, no susceptible de recurso, remedio procesal o impugnación alguna. Mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluido el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo».

- Código de Comercio de México

Artículo 1429.- «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad del árbitro o su independencia, o si no posee las cualidades convenidas, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el

— ANÁLISIS

1. LIBERTAD EN EL DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN O POSIBILIDAD DE SOMETERSE A UN REGLAMENTO ARBITRAL

En el inciso 1 del artículo 29 se establece que: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral».

Antes de comentar los alcances de esta norma, creemos que debemos tener en cuenta, de manera preliminar, lo que David Williams²³⁹ señala:

- (a) Primero, el arbitraje es un proceso de resolución de controversias consensuado. En esencia, es un proceso diseñado para permitir a las partes designar a un ciudadano privado para que ejerza funciones judiciales y determine la disputa de manera vinculante. El producto de la labor del tribunal arbitral, el laudo, puede luego ser ejecutado por la corte, ejerciendo el poder

árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

Si no prosperase la recusación incoada en los términos del párrafo anterior, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes de notificada la decisión por la que se rechaza la recusación, resuelva sobre su procedencia, decisión que será inapelable. Mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo».

- Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina

Artículo 747.- «Trámite de recusación

La recusación deberá deducirse ante los mismos árbitros, dentro de los CINCO (5) días de conocido el nombramiento. Si el recusado no la admitiere, conocerá de la recusación el juez ante quien se otorgó el compromiso o el que hubiese debido conocer si aquél no se hubiese celebrado. Se aplicarán las normas de los artículos 17 y siguientes, en lo pertinente. La resolución del juez será irrecurrible. El procedimiento quedará suspendido mientras no se haya decidido sobre la recusación».

²³⁹ WILLIAMS, David. «Recent developments in Arbitration in New Zealand». *International Arbitration Law Review*. Vol. 7, issue 5, pp. 132 y 133. (Traducción libre).

coercitivo del estado, como si ello fuera un juicio ordinario.

(b) Segundo, se desea que las partes depositen su confianza en sus árbitros designados.

(c) Tercero, sólo porque las partes son las afectadas con lo que el árbitro hace, es importante que evalúen el reclamo de una aparente parcialidad de manera justa e informada, lo cual se desprenderá de la conducta del árbitro.

[...]

El proceso debe ser objetivo, ya que algunas partes en un arbitraje pueden ser bastante sensibles, otras todo lo contrario.

En efecto, en principio pensamos que el proceso de recusación debe dejar de lado sentimentalismos y cuestiones personales que poco aportarán al desarrollo del arbitraje. Es cierto que las partes, al tener un conflicto de intereses, muchas veces dejan de ser objetivas en su actuar y ese velo que no les permite ver la realidad hace que actúen impulsadas por odios y rencores que les hacen perder de vista su objetivo. Por su parte, los miembros del tribunal arbitral deben tener la suficiente sensibilidad y acuciosidad para darse cuenta cuándo un proceso de recusación es realmente necesario, y cuándo se quiere dilatar el arbitraje o trabarlo sin real fundamento.

De la misma forma, es necesario recordar que «puede ocurrir que las partes tengan motivo para poner en duda la imparcialidad del juez, y en esa situación se comprende que el fallo que éste dicte, aunque las obligue legalmente, carezca de esa fuerza moral indispensable para imponerse en sus espíritus. Es necesario entonces prevenir esa situación que puede tornarse

irremediable, permitiendo a los litigantes eliminar de la relación procesal al juez sospechoso, y a ese efecto la ley autoriza su recusación, o sea el procedimiento mediante el cual se le aparte del conocimiento del pleito». ²⁴⁰ Es precisamente a ese procedimiento al que ahora me voy a referir.

Ahora bien, una vez más se reafirma la importancia que la ley desea darle a la autonomía privada, ya que el procedimiento de recusación podrá ser establecido por las propias partes con la más absoluta libertad.

Como se observa, la norma es de carácter enteramente supletorio y, a falta de una regulación expresa por las partes para este supuesto, se señala otras alternativas a las que se podrá recurrir. Se trata, sin duda, de la adopción del sistema de procedimiento de recusación más adecuado.

Sin embargo, y pese que se otorga esta libertad, el procedimiento particular de recusación tendrá que seguir, necesariamente, los criterios de absoluta imparcialidad y no contravenir principios imperativos.

Esto equivale a decir que no se concibe un procedimiento de recusación que establezca una inequidad en favor de una de las partes. A estos efectos, hacemos aplicables todas las consideraciones esgrimidas cuando analizamos la necesidad de que el procedimiento de designación de los árbitros sea absolutamente equitativo para las partes y las consecuencias de que tal situación

²⁴⁰ HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo I, p. 559.

no fuera así.

Sin embargo, y si nos encontrásemos en presencia de un procedimiento de recusación y de resolución de la recusación que fuese inequitativo, tal procedimiento deberá ser cuestionado por la parte que se sienta afectada.

En estos casos, si la contraparte no reconociera dicha inequidad y se continuara con el procedimiento de recusación y resolución de la recusación, está claro que la parte afectada tendrá expedito su derecho para una ulterior anulación del laudo ante el Poder Judicial.

Ahora bien, a falta de acuerdo entre las partes para la adopción de las reglas que permitan recusar y resolver la recusación de un árbitro, la ley faculta a que éstas se puedan «someter al procedimiento contenido en algún reglamento arbitral».

Por otro lado, si se trata de un arbitraje administrado por un centro de arbitraje, la recusación será resuelta de la manera establecida por su respectivo reglamento.

Cabe poner énfasis en lo señalado en los dos últimos párrafos, ya que la segunda parte del primer inciso del artículo bajo comentario hace referencia, en una misma afirmación, a dos supuestos distintos. El primero, relativo a que las partes de un arbitraje *ad hoc* se sometan a un reglamento arbitral cualquiera; y, el segundo, referido a que las partes de un arbitraje administrado resuelvan la

recusación conforme al reglamento de dicho centro de arbitraje.

Respecto a este segundo supuesto, y sólo por citar algunos ejemplos, cabe señalar que los centros de arbitraje establecen que las recusaciones de los árbitros no son resueltas por el propio tribunal, sino por el órgano administrativo del respectivo centro de arbitraje.

Así, en el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la recusación es resuelta por el Consejo Superior de Arbitraje; en el caso del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la Corte de Arbitraje; en el caso del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, por el Consejo Superior de Arbitraje; en el caso de la Cámara de Comercio Peruano-Americana (AMCHAM), por la Corte de Arbitraje; entre otros.

2. PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO A FALTA DE ACUERDO O REGLAMENTO ARBITRAL

En el inciso 2 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje se establece el procedimiento supletorio de recusación. Así, se señala que a falta de acuerdo o de disposición en el reglamento arbitral aplicable, se aplicarán una serie de reglas.

La primera de ellas, contenida en el literal a), señala que: «La recusación debe formularse tan pronto como sea conocida la causal que la motiva,

justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes».

Creemos que el literal a) incurre en un error al no señalar un plazo para interponer la recusación desde que se conoce la causal.

De esta forma, y de manera peligrosa, serían aplicables los plazos contenidos en el artículo 1385 del Código Civil, a los que ya hicimos referencia, los mismos que son muy breves, porque se establece para tal efecto la inmediatez.

Así, cabe preguntarse ¿qué pasa si uno no recusa el mismo día en que conoce la causal sino al día siguiente?

Con una regulación como la vigente en el literal a), esta situación ya podría ser cuestionada por la contraparte, quien podría tacharla y solicitar su improcedencia por extemporánea.

Por ello, creemos que aquí debió haberse estipulado que el plazo para interponer la recusación debería ser de un número de días preestablecido; particularmente pensamos que hubiese sido conveniente señalar que dicho plazo sea de cinco días.

Por otro lado, la ley establece en el literal a) del inciso 2 del artículo 29, que la recusación debe formularse justificando debidamente las razones en que

se basa y presentando los documentos correspondientes.

Con ello se señala que no basta con recusar al árbitro. Es necesario explicar y dejar en claro cuáles son las razones en que se basa dicha recusación. Es decir, cuáles son los hechos que la motivan.

Además, pensamos que se deben señalar, y ello a pesar de que no lo establece adecuadamente la norma, los argumentos jurídicos que conducen a recusar al árbitro. Esta petición, como cualquier otra, debe encontrarse debidamente fundamentada.

Está claro que la recusación no debe ser un acto caprichoso. Por ello, debe contar con el debido sustento probatorio, dada la importancia de la figura y la posibilidad de que una situación como ésta altere el desarrollo normal de un arbitraje.

Por ello, creemos que la ley ha procedido de manera adecuada al establecer en la parte final del literal a), que quien recuse deberá presentar los documentos correspondientes.

Así, se entiende por documentos correspondientes a los medios probatorios que acrediten que la recusación debe ser declarada fundada.

Cuando la ley hace referencia a documentos, podrá —en estricto— no tratarse de documentos propiamente dichos, sino —en general— de cualquier

medio probatorio que acredite la veracidad de la causal invocada, a efectos de sustentar la recusación.

Ledesma²⁴¹ hace un importante distingo entre ambos conceptos. Respecto a medio de prueba señala que:

Es un concepto jurídico y procesal que alude a la actividad para incorporar las fuentes de prueba al proceso. Son los instrumentos necesarios que deben utilizar los sujetos procesales para servirse de éstas en el proceso (se diferencia de la fuente de prueba porque éste es un concepto extrajurídico que se utiliza para referir a todo elemento de la realidad anterior al proceso). Los medios de prueba son instrumentos de los que se valen las partes para llevar al proceso las afirmaciones que han de corroborar lo vertido en sus escritos.

Como se sabe, los medios de prueba típicos se encuentran enumerados en el artículo 192 del Código Procesal Civil y son cinco: la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial.

Respecto al documento, nos dice la citada profesora que:

Es un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración,

²⁴¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 3ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo I, p. 439.

con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Los documentos contienen un mensaje. [...] Encajan dentro de este concepto las fotografías, las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas y videograbaciones, las contraseñas, radiografías, dibujos, planos, cuadros, esculturas, murales, discos, etc.²⁴²

Teniendo esto claro, somos de la opinión de que el texto de la ley debió ser más amplio y hacer referencia simplemente a medios probatorios en vez de limitar su alcance.

Sobre este punto, Palacios Pareja²⁴³ sostiene que no existe razón alguna para restringir el derecho fundamental de las partes a la prueba destinada a acreditar la existencia de la causal que siembra dudas sobre un aspecto tan importante como la imparcialidad e independencia del árbitro. Para la prueba de este trascendental extremo, debe admitirse cualquier medio probatorio, típico o atípico, de actuación inmediata o diferida; incluso podrá sustentarse la decisión también con algún sucedáneo de los medios probatorios, como los indicios o las presunciones.

A su turno, el literal b) del inciso 2 señala que: «El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez días siguientes de notificados con la recusación».

²⁴² IBÍDEM, tomo I, p. 525 y 526.

²⁴³ Cfr. PALACIOS PAREJA, Enrique. «Procedimiento de recusación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 361.

Es evidente que para poder resolver una recusación se necesitará escuchar la posición no sólo de quien la solicita, sino también de la parte o partes que no lo hacen y del propio árbitro recusado.

En ese entender, se tendrá que correr traslado a estos actores de la recusación interpuesta, los cuales podrán absolverla o expresar lo que consideren conveniente a sus intereses dentro de los diez días siguientes de que hayan sido notificados.

Debemos dejar en claro que la norma se refiere a que se «podrá» manifestar lo que se estime conveniente, por lo que no estamos frente a una obligación o un deber (en caso de que ello hubiese sido así, la norma debió contener la palabra «deberá» en su redacción). Esto último, como se verá, trae importantes consecuencias, las cuales serán mencionadas más adelante.

Ahora bien, pensamos que el plazo de diez días señalado en el literal b) resulta excesivo. Normalmente se otorga entre tres a cinco días para contestar cualquier requerimiento, excepción, recurso, etc. Por ello, creemos que el literal b) debió señalar que el plazo sea sólo de cinco días para que la parte afectada se pronuncie sobre el particular. Esto, en aras de colaborar con el principio de celeridad que, como se sabe, es uno de los más importantes de este medio alternativo de solución de controversias.

De otro lado, las consecuencias que se derivarán de la solicitud de recusación son detalladas en los literales c) y d) del inciso segundo del artículo

29 de la Ley de Arbitraje.

Así, el literal c) señala que: «Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto, en la forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente».

Como se puede observar, en este supuesto existen varias alternativas que se deben tener en cuenta.

La primera de ellas está referida al hecho de que la contraparte de aquella que interpone la recusación se encuentra de acuerdo con lo solicitado por ésta.

En este caso, y como es evidente, bastará esta aceptación, vale decir, esta convergencia de voluntades, para que sea irrelevante la opinión del árbitro a efectos de mantener su permanencia en el tribunal arbitral. Es decir, aceptando o no el árbitro la recusación, queda fuera del arbitraje.

De otra parte, una segunda posibilidad es que la contraparte de aquella que recusa no acepte la recusación (vale decir, la questione) pero el árbitro sí la acepte.

En esta hipótesis, las consecuencias serán similares a las del caso anterior: bastará la aceptación del árbitro, y será irrelevante la posición de la contraparte, a efectos de que aquél quede fuera del arbitraje.

En tercer lugar, podría ocurrir que tanto parte, contraparte y árbitro, acepten la recusación. En este caso es obvio que el árbitro queda apartado del procedimiento arbitral.

Asimismo, también podría ocurrir que contraparte y árbitro rechacen la recusación, caso en el cual el árbitro permanece como parte del tribunal arbitral y la recusación es resuelta por el órgano respectivo (este supuesto será analizado cuando abordemos el contenido del literal d) del inciso bajo estudio).

Ahora bien, si por cualquier motivo se produce la separación del árbitro, el árbitro sustituto deberá ser nombrado de la misma forma en que se nombró al árbitro recusado, salvo que ya exista un árbitro suplente nombrado.

Sin embargo, somos de la idea de que en este supuesto la norma debió haber sido más explícita en desarrollar el tema, ya que podría ocurrir que una de las partes nombre —a propósito— árbitros cuya presencia no pueda ser tolerada por la contraparte debido a que, por ejemplo, dicho árbitro posea estrechas vinculaciones con ésta.

En este caso, podríamos encontrarnos ante a una sucesión indefinida de recusaciones y de aceptación de estas recusaciones.

En ese sentido, consideramos que la ley debió establecer que si se produjeran dos supuestos en los que el árbitro recusado acepte la recusación o la

contraparte convenga en ella, pues, simplemente se podrá recurrir a la designación en defecto por parte de la Cámara de Comercio de la localidad. De lo contrario, esto podría convertirse en una sucesión interminable de nombramientos que, aun hayan sido efectuados dentro del plazo de ley, concluyan en el apartamiento del árbitro del procedimiento arbitral. Además, este hecho constituiría una forma perfecta —y poco ética— de dilatar el inicio del arbitraje por un lapso ilimitado.

En ese sentido, y para evitar estos contratiempos, también se debería repensar el hecho de instaurar en una futura reforma legislativa la necesidad del nombramiento de, por lo menos, un árbitro suplente.

Teniendo esto claro, cabe ahora ocuparnos del contenido del literal d) del inciso 2 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje. Esta norma establece tres consecuencias cuando la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón expuesta o no se pronuncia sobre el particular.

En principio cabe señalar que este supuesto sólo se presentará cuando la otra parte y el árbitro, vale decir ambos, se oponen a la recusación, o cuando la otra parte se opone a la recusación y el árbitro no se pronuncia sobre el particular. Nótese que aquí la ley otorga valor al silencio del árbitro, el cual, para estos efectos, deberá entenderse como una oposición a su recusación.

De esta forma, el primer supuesto contenido en el literal d) del inciso segundo establece que: «i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la

institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23».

En este caso tenemos el hecho de que este árbitro único es el que conforma el tribunal arbitral. En ese sentido, él no podrá resolver su propia recusación, pues sería juez y parte, y si ello llegase a ocurrir, se estaría vulnerando uno de los principios fundamentales de la administración de justicia arbitral y, en general, ordinaria, a saber: la imparcialidad.

Por ello, y con razón, se faculta a quien ha nombrado al árbitro, o a falta de éste a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23 ya estudiados, para que resuelva la recusación.

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

Esta norma resulta importante porque busca dar celeridad a cómo se resuelve la recusación, ya que ésta será resuelta por los árbitros del tribunal arbitral que no fueron recusados y no por un órgano administrativo de alguna Cámara de Comercio.

Cabe poner énfasis en el hecho de que la recusación será resuelta por mayoría absoluta, con lo que si, por ejemplo y como es habitual, el tribunal arbitral se encuentra conformado por tres árbitros y uno es recusado, la recusación tendrá que ser resuelta con el voto conforme de los otros dos árbitros. Por obvias razones no vota el árbitro recusado ya que, como se dijo, no se puede ser juez y parte a la vez.

La norma señala, además, que en caso de empate resuelve el presidente del tribunal arbitral.

Se debe tener claro que este extremo de la norma se pensó teniendo en cuenta que el árbitro recusado no es el presidente. De esta forma, la dirimencia por parte de la presidencia del tribunal arbitral no se dará —obviamente— cuando éste sea el recusado, en cuyo caso resolverá la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los literales d) y e) del inciso 2 del artículo 23 de la ley.

El tercer supuesto contenido en el literal d) del inciso bajo estudio señala que: «Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación».

En primer lugar debemos referirnos al supuesto en el que se recuse al tribunal arbitral en pleno. Aquí sería absurdo permitir que sea ese mismo tribunal quien resuelva su propia recusación. En ese sentido, hace bien la norma en establecer que será otro órgano quien se encargue de este pedido.²⁴⁴

Ahora bien, si los recusados son los dos árbitros de parte y no el presidente, será éste quien resuelva la recusación. Esto, en principio, podría resultar acertado, ya que el presidente es ajeno —por lo menos aparentemente— a los intereses y voluntad de dichos árbitros; es, pues, un tercero que posee una postura imparcial frente a ellos.

Sin embargo, y apoyándonos en el sentido común y la realidad que generalmente lo alimenta, se puede pensar en que a pesar de que se crea que el presidente tiene independencia respecto a los árbitros recusados, subsiste una deuda de éste, en su condición de tal, para con ellos. Es decir, este árbitro, como mínimo, les tiene cierto grado de gratitud por haberlo nombrado presidente del tribunal.²⁴⁵

²⁴⁴ Atrás quedó la absurda fórmula utilizada en algunas ocasiones para resolver la recusación de todo un tribunal arbitral conformado por tres árbitros. A través de ella se establecía que en un caso como el señalado se debía proceder de la siguiente manera:

- Los árbitros A y B deberán resolver el extremo de la recusación que alcance al árbitro C; en caso de empate, dirimirá el árbitro B en su calidad de presidente del tribunal.
- Los árbitros A y C deberán resolver el extremo de la recusación que alcance al árbitro B; en caso de empate, dirimirá el árbitro A por ser el de mayor edad.
- Los árbitros B y C deberán resolver el extremo de la recusación que alcance al árbitro A; en caso de empate, dirimirá el árbitro B en su calidad de presidente del tribunal.

Como se puede observar, esta fórmula no sólo vulneraba una serie de garantías constitucionales, sino que a todas luces carecía de sustento legal y lógico.

En similares términos se pronuncia Marianella Ledesma (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. *Op. cit.*, p. 89 y ss.).

²⁴⁵ Inclusive, se puede dar el caso en el que el presidente haya declarado, al momento en que aceptó el cargo y haciendo ejercicio del deber de declaración que le corresponde, que posee muy buenas

En ese sentido, creemos que en todos los casos es preferible que la recusación sea resuelta por un órgano imparcial y no por alguno de los miembros o por los miembros restantes del tribunal arbitral. Ello, en aras de brindar mayor seguridad jurídica a las partes y evitar incómodas insinuaciones respecto a la probidad e independencia del presidente del tribunal arbitral.

3. IMPROCEDENCIA DE LA RECUSACIÓN

El inciso 3 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje del Perú, señala que: «Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia».

En primer lugar, no nos encontramos de acuerdo con que el inciso 3 establezca la posibilidad de un pacto en contrario para lo que en él se estipula, y es que cuando el tribunal arbitral fija el plazo para laudar, se empieza con el delicado proceso de deliberación al interior del tribunal arbitral, vale decir, se comienza a discutir cuál será la decisión que, sobre el problema planteado, los árbitros van a plasmar en el laudo.

relaciones con los árbitros que lo han nombrado. De esta forma, llegaríamos a la conclusión de que esta persona, amiga cercana de los dos árbitros que lo han nombrado, o incluso de alguno de ellos, sería quien tendría que resolver su recusación. ¡Nada más contradictorio!

En ese sentido, si se permitiese (como efectivamente la ley lo hace) recusar a un árbitro luego de establecido el plazo para laudo, podría darse el caso en el que alguna de las partes —debido a, por ejemplo, la infidencia de alguno de los árbitros— conozca cuál va a ser el voto del presidente, y si éste no le favoreciera, intentara, vía recusación, apartarlo del tribunal arbitral a toda costa.

Como es evidente, esta situación no va a favorecer el desarrollo del arbitraje, ya que se podría dar una sucesión ilimitada de recusaciones sobre el árbitro o los árbitros sobre cuyas opiniones esa parte ha tomado conocimiento y no desea, naturalmente, que se plasmen en el laudo. De esta forma, el pacto en contrario permitido por la norma podría entorpecer de manera indefinida el proceso de decisión del árbitro que permita emitir el laudo.

Ahora bien, el inciso 3 establece como regla dispositiva que después de que el tribunal señale el plazo para laudo ya no será procedente una recusación.

Naturalmente, podríamos encontrarnos en el supuesto en el cual se presente verdaderamente una causal de recusación que amerite la separación del árbitro y como la regla general es que no procede una recusación en este escenario, podría pensarse en que se está cometiendo una injusticia.

Ante esta situación, la ley impone una obligación al árbitro: considerar su renuncia. Es decir, apartarse del arbitraje, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

Creemos que este extremo de la norma es positivo porque —si bien la parte está imposibilitada para recusar al árbitro— el árbitro no podrá abusar de esa imposibilidad ante un hecho que constituya una manifiesta causal de apartamiento del cargo.

De esta forma, lo único que le queda por hacer al árbitro es apartarse del tribunal. Si no lo hace, no sólo será responsable por tal omisión (tal como lo señala la norma), sino que —eventualmente— se estará originando una causal de anulación del laudo, en la medida en que la parte perjudicada ha solicitado la renuncia y el árbitro negándola ha laudado en un tema de manera dependiente y parcializada.

4. SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

El inciso 4 del artículo 29 señala que: «El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros».

Teniendo en cuenta que no todas las recusaciones buscar colocar en el tribunal a un árbitro idóneo que resuelva la incertidumbre jurídica, creemos que lo señalado por este extremo de la ley resulta adecuado, ya que podría tratarse de una recusación que busque dilatar el desarrollo del arbitraje, con lo cual, si los árbitros tuvieran que suspender el desarrollo del mismo, éste, simplemente, no culminaría nunca. Es necesario tener en cuenta que la posibilidad de que una

parte recurra al uso de mecanismos dilatorios para evitar que el arbitraje concluya, está siempre presente.

Ahora bien, existen casos en los cuales sí es necesario que las actuaciones arbitrales se interrumpan para poder resolver la recusación. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando estén recusados dos o más árbitros. En este caso, lo ideal será que el tribunal arbitral suspenda el arbitraje, por lo menos hasta que se resuelva una recusación.

Por otro lado, podríamos pensar en la posibilidad de que al ser sólo un árbitro el recusado se le permita abstenerse del conocimiento de las actuaciones arbitrales. De esta forma, y con acierto, se permitiría al árbitro no seguir participando en las actuaciones arbitrales hasta que se resuelva su recusación y se respetaría su derecho a opinar de manera distinta sobre determinadas actuaciones.

Lamentablemente la ley no establece algo al respecto. Por el contrario, al entenderse que una abstención (léase, no votación de una decisión) implica la adhesión a lo decidido por la mayoría o, en su caso, por el presidente si correspondiera,²⁴⁶ se niega el derecho del árbitro recusado a pensar de distinta manera sobre determinada actuación, imponiéndosele una postura que, en algunos casos, podría ser abiertamente opuesta a la del árbitro recusado.

²⁴⁶ Artículo 52.- Adopción de decisiones

[...]

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

[...].

5. OTRAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

El inciso 5 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje señala que: «La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales».

La práctica arbitral demuestra que existen casos en los cuales el contenido de la recusación es verdaderamente ofensivo y no guarda el más mínimo respeto no sólo por el árbitro que se pretende recusar, sino por las personas que intervienen —directa o indirectamente— en el arbitraje. En ese sentido, este proceder sería motivo suficiente para que algunos árbitros decidan no seguir formando parte del tribunal arbitral.

Frente este escenario, la vigente Ley de Arbitraje, a través de la norma bajo análisis, faculta al árbitro para que, sin la necesidad de aceptar los términos ni las causales de la recusación, renuncie y se aparte del arbitraje.

Cabe señalar que la respuesta del árbitro se encuentra ceñida a lo prescrito en la primera parte del inciso quinto, por cuanto generalmente el árbitro que renuncia niega y contradice todos los términos y alcances de la

recusación interpuesta.

La norma también entiende que si el árbitro guardara silencio con respecto a estos motivos, y a la vez renunciara, tampoco se entendería que los acepta.

La segunda parte del citado inciso bajo estudio agrega que «no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales».

Esta estipulación, en principio, resulta importante, debido a que existen casos en los cuales los árbitros son recusados por el sentido que le dan a sus resoluciones y ello —si es que nos encontramos dentro de un arbitraje en donde no hay mala fe y tanto los árbitros como las partes son personas honorables que respetan el ordenamiento jurídico y poseen consciencia de lo que hacen— no debería ser así.

Sin embargo, la realidad muchas veces no se condice con este estado ideal y nos ofrece casos que vulneran no sólo la ética profesional, sino también la ley.

Por ejemplo, podría presentarse el caso en el que una resolución emitida por el árbitro sea a todas luces contraria al sentido y al texto expreso de la ley. En ese orden de ideas, y vía una interpretación extensiva y sistemática de la norma, esta situación sería suficiente para que se configure la causal señalada

por el inciso 3 del artículo 28, es decir, que el árbitro sea recusado si concuerdan en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

En casos como éstos resulta evidente que si el árbitro resuelve sin apego a la ley determinada cuestión (como por ejemplo, un tema de plazos), o, peor aún, contrariando lo establecido por la normativa (exigiendo una forma *ad probationem* cuando la ley exige una *ad solemnitatem*, por ejemplo), la parte perjudicada tendrá todo el derecho de su lado para poder recusarlo y la certeza de que esta recusación será declarada fundada.

A su turno, el inciso 6 del artículo 29 de la ley establece que: «Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución».

Lo señalado aquí tiene semejanza con los principios que rigen el nombramiento del árbitro supletorio. En ese sentido, remitimos al lector a lo allí señalado.

Finalmente, el inciso 7 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje señala que: «La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la

parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo».

La primera parte del citado inciso constituye un gran acierto, ya que evita la interposición sucesiva de recursos que puedan trabar el desarrollo del arbitraje —en general— y de la resolución del órgano o árbitro que resuelve la recusación —en particular—.

En ese sentido, al establecerse que la decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable, se prohíbe la interposición de reconsideración, apelaciones u otros recursos similares.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe decir que la interposición del recurso de anulación de laudo es la única posibilidad que tiene quien cree vulnerado su derecho. Así lo establece el inciso bajo análisis, al señalar que si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Lo señalado por la norma resulta idóneo, ya que el Derecho debe otorgar a las personas las mayores garantías al interior de un proceso. En este caso, y si es que así lo estima conveniente, la parte podrá solicitar la anulación de laudo si cree que la recusación debió ser declarada fundada.

Ahora bien, cabe hacerse la interrogante en el sentido de en torno a qué girará la discusión al interior del proceso de anulación: el fondo (léase, fundamentación) o la forma (es decir, el procedimiento) de resolución de la recusación.

Esta interrogante no posee respuesta en la ley.

En realidad, y como principio general, los tribunales ordinarios no deben ingresar a analizar el razonamiento y la fundamentación (es decir, el fondo) de una recusación que no haya sido declarada fundada.

Sin embargo, y de la lectura de la norma bajo estudio, creemos que esta posibilidad constituye una alternativa viable. Así, podría entenderse que al interior del proceso de anulación de laudo se permite debatir si el sentido en el que se resolvió la recusación era el adecuado.

En otras palabras, aquí ya se estaría permitiendo que se cuestione el fondo de la controversia, haciendo que temas como éstos sean discutidos vía recurso de anulación.

Por otra parte, un argumento a favor de esta interpretación (que, por cierto, no se presenta en todos los casos) parte del hecho de que no debemos olvidar que la resolución de la recusación no necesariamente tendrá que ser emitida por el tribunal arbitral, sino más bien por otro órgano decisorio, como una Cámara de Comercio o un tercero a quien la partes le han otorgado esa

facultad. Vale decir, la decisión de la resolución ha sido una de carácter administrativo, si se quiere llamar así. En ese sentido, no se estará cuestionando la decisión de fondo del tribunal, sino más bien de otro órgano o persona ajena al tribunal.



REMOCIÓN DE LOS ÁRBITROS

Artículo 30.- «Remoción

1. *Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29°. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.*

Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

2. *Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros*

árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.

3. *Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes.*

En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23°, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo».

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 30

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, el cual contenía un artículo que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1920.- «La aceptación de los árbitros da derecho a las partes para compelerles a que cumplan su encargo, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su incumplimiento».

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley

n.º 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 22.- «El cargo de árbitro sólo puede renunciarse:

1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al Artículo 21;
2. Por causales pactadas al aceptarlo;
3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo;
4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas; o,
5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de treinta días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudar lo permite».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 27.- «*Renuncia de los árbitros*

El cargo de árbitro sólo puede renunciarse:

1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al Artículo 26;
2. Por causales pactadas al aceptarlo;
3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo;
4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas;
5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de treinta días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudar lo permite; o
6. Cuando las partes hayan suspendido el proceso arbitral por más de dos (2) meses».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 30 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL), aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 36 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la Republica de Nicaragua de 2005, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 19 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 18 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1430 del Código de Comercio de México, entre otros.²⁴⁷

²⁴⁷ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 14.- «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1) Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción.

De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 36.- «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por disposición legal para el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo determinado en el acuerdo arbitral, el árbitro podrá renunciar al cargo o las partes podrán acordar la remoción del mismo, situación por la cual en ambos casos cesará en sus funciones de forma inmediata. Si se da desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal de arbitraje o al tribunal de justicia ordinaria, una decisión que declare la cesación del mandato. El tribunal emitirá su resolución dentro de quince días contados a partir de la solicitud referida y la misma no será objeto de recurso alguno.

Si conforme lo dispuesto en la presente Ley un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 14.- «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en

su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en este artículo o en el numeral 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en este artículo o en el numeral 2) del artículo 12».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 19.- «Imposibilidad de ejercicio de las funciones.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción.

Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.

b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2 del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas».

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 16.- «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo de treinta días, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del juez una resolución que declare la cesación en el ejercicio de sus funciones, resolución que será dictada en el plazo de siete días y que será inapelable».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 20.- «Falta o imposibilidad de ejercicio

I. En caso de falta de ejercicio, muerte, incapacidad definitiva, incapacidad temporal mayor a veinte (20) días, renuncia, incompatibilidad legal o concurrencia de causal de recusación que imposibiliten el ejercicio de la función arbitral, se nombrará un sustituto, conforme a lo previsto en el siguiente artículo.

II. Si existiere desacuerdo respecto de una causal para la separación del árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitarla de la autoridad judicial competente.

III. La renuncia de un árbitro o la aceptación de la interrupción de su mandato por ambas partes, no implicará la presunción de evidencia de los motivos o causales que pudieren dar lugar a dicha renuncia o separación».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 18.- «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por disposición legal, para ejercer sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal

— ANÁLISIS

1. REMOCIÓN POR IMPEDIMENTOS DE HECHO O DE DERECHO

La primera parte del inciso 1 del artículo 30 de la ley señala que: «Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerce dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción».

Aquí la norma hace referencia a lo que la doctrina²⁴⁸ denomina «*arbitro impeditus*». Para ello, se plantean dos tipos de impedimentos: los de hecho y los de derecho.

Serán impedimentos de hecho, básicamente, aquéllos referidos a una eventual incapacidad física del árbitro —relativa o absoluta— que le impida seguir desempeñando la función encargada. La característica fundamental de estos impedimentos es que se vayan a prolongar en el tiempo de manera considerable.

competente de conformidad con el artículo 9, que dé por terminado el encargo, decisión que será definitiva, y por ende, no susceptible de recurso, remedio procesal o impugnación alguna.

2. Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 17, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 16».

- Código de Comercio de México

Artículo 1430.- «Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por disposición legal para ejercer sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez dé por terminado el encargo, decisión que será inapelable».

²⁴⁸ GARBERÍ LLOBREGAL, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 411.

Sobre este punto, Escolá Berosa²⁴⁹ sostiene que «este supuesto puede presentarse en una enfermedad del árbitro o empeoramiento de alguna patología, o bien por imposibilidad material de acometer con garantías las funciones de árbitro por un exceso de ocupaciones».

Sobre el tema del exceso de ocupaciones, cabe señalar que el árbitro debe valorar si dispone de tiempo necesario para el correcto estudio y resolución de la controversia. Aunque ninguna ley ni nacional ni extranjera, ni los reglamentos arbitrales más importantes, hacen referencia a esta cuestión, existe en la comunidad arbitral internacional una enorme preocupación por este hecho, pues pone en entredicho la rapidez que tradicionalmente se ha predicado como ventaja del arbitraje.

Sin embargo, y con acertado criterio, cabe citar a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la que en la declaración de aceptación e independencia que los árbitros que son designados bajo sus reglas han de rellenar, establece en uno de sus puntos que quien lo suscribe se encuentra «disponible» para actuar como árbitro. Por su parte, el *Code of Ethics* de la *American Arbitration Association* (AAA), en su capítulo I, dispone que el árbitro sólo deberá aceptar su designación si es imparcial, independiente, competente y «dispone del tiempo necesario para dedicarle al arbitraje». Solo cuando el árbitro independiente e imparcial tenga, además, el tiempo preciso, el arbitraje se desarrollará con todas las garantías necesarias.

²⁴⁹ ESCOLÁ BEROZA, María Elisa. «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones». En *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 378.

Por otro lado, impedimentos de derecho son aquéllos relacionados a las causales de impedimento señaladas por la propia ley. Principalmente, la norma se refiere al contenido de los artículos 20 y 21 de la Ley de Arbitraje, los cuales fueron analizados en su oportunidad, razón por la cual remitimos al lector a lo allí expresado.

En ambos escenarios, resulta evidente que el arbitraje estará detenido debido a que el tribunal se encuentra incompleto porque un árbitro no puede cumplir con sus funciones.

Frente a ello, la norma establece la posibilidad de que las partes acuerden la remoción de este árbitro para que cese en sus funciones y sea otro árbitro el encargado con cumplir con ellas.

De esta forma, aquí no se presentarían mayores problemas, por cuanto las partes estarían de acuerdo en que al ser el árbitro una persona que ha devenido en incapaz (físicamente, psíquicamente o psicológicamente), ya sea por cuestiones de hecho o de derecho, deberá dejar la función encomendada.

El inciso primero agrega que: «[...] Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidas a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29 [...]».

En buena cuenta, aquí se señala que aparte de la posibilidad de que se recuse a un árbitro, la ley contempla a la remoción como un nuevo y distinto mecanismo para apartar a un árbitro de las actuaciones arbitrales.

Si bien es cierto que la norma aplica supletoriamente el proceso de recusación a la figura de la remoción cuando existe desacuerdo entre las partes sobre ésta y no se ha estipulado un procedimiento para salvar dicho impase, ello no significa que se deban confundir los conceptos de recusación y remoción, por cuanto ambos poseen autonomía teórica y práctica que hace que de modo alguno se puedan equiparar. En ese sentido, se deben tener en cuenta los conceptos que con ocasión de delimitar cada una de estas figuras hicimos anteriormente, así como aquéllos referidos a los requisitos e impedimentos que la ley estipula para poder ser árbitro.

Al haber sido analizado el citado numeral 29 de la ley, hacemos de aplicación *mutatis mutandis* lo allí señalado a efectos de aplicarlos a un eventual proceso de remoción.

De otra parte, ¿qué debemos entender por la expresión «plazo razonable»?

Mateo Sanz²⁵⁰ tiene una interesante respuesta a ello. Señala el citado autor que:

²⁵⁰ MATEO SANZ, Jacobo B. «Falta o imposibilidad del ejercicio de las funciones». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 359.

En primer lugar, hay que considerar que la LA [Ley de Arbitraje española del año 2003] será supletoria con respecto a los distintos reglamentos arbitrales, por tanto en aquellos arbitrajes en que la norma aplicable prevé un plazo determinado, el plazo razonable es el fijado por el legislador. En segundo lugar, la razonabilidad o no del plazo habrá de referirse a un acto concreto, en relación con unos sujetos concretos. Por ejemplo, si las partes al amparo del artículo 23 LA solicitan que el árbitro adopte medidas cautelares, lógicamente, se reputa necesaria una actuación rápida, ya que de lo contrario perdería su eficacia. Un plazo de un mes, que puede ser razonable en otras ocasiones, aquí se revelaría de total irrazonabilidad. Sin embargo, si la actuación que tiene que realizar un árbitro es nombrar a un perito, o tomar la declaración a un testigo, puede que ese plazo sea escaso atendiendo a determinadas circunstancias personales que puedan acaecer.

En efecto, creemos que lo señalado resulta adecuado, y es que dicho concepto de por sí resulta bastante subjetivo y mutable de acuerdo al tiempo y lugar en el que se le invoque. De todas formas, habrá que estar frente al caso en concreto para establecer si tal o cual plazo es o no razonable.

Finalmente, añade el primer inciso que: «Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes».

Estamos de acuerdo cuando se establece que la decisión es definitiva e inimpugnable. Ello otorga mayor seguridad jurídica a las partes y alimenta el principio de celeridad del arbitraje.

Sin embargo, creemos que el tema referido a que, en caso la remoción no prospere, el árbitro podrá ser removido mediante acuerdo de partes, no está del todo claro.

Este extremo de la norma podría conducir a situaciones poco felices, ya que cabría pensar en el hecho de que sin que exista una causal de impedimento de hecho o de derecho para ejercer las funciones arbitrales, vale decir, sin expresión de causa, y por el simple acuerdo de las partes, el árbitro podría ser removido. Esta sería, pues, una errada interpretación de la figura de la remoción, y llegamos a ella gracias a la forma en que la citada norma ha sido redactada.

Debemos tener en cuenta que al momento en que la aceptación del árbitro queda firme, éste pasa a poseer una autonomía e independencia total con respecto a cualquier persona. Así, y al encargársele tan delicada función, su trabajo y desempeño no puede ni debe ser interrumpido o, peor aún, encontrarse supeditado a una voluntad que sin fundamento suficiente desee apartarlo del arbitraje.

No obstante ello, lo lógico —y, por lo demás, ético— es que si las partes recurren a la remoción sin expresión de causa para separar a un árbitro del arbitraje, tendrán que respetar el íntegro de los honorarios arbitrales, por cuanto

el incumplimiento del encargo no ha sido culpa del citado árbitro, sino más bien de las partes que se lo impidieron.

Ahora bien, para concluir con el comentario a este inciso, cabe señalar que si se diese una remoción con expresión de causa, el árbitro tendrá que dejar de percibir los honorarios correspondientes a la etapa restante del arbitraje. Es más, si ya los hubiera recibido, deberá devolverlos de inmediato o dentro del plazo establecido por las partes o por el reglamento arbitral aplicable.

2. RENUENCIA DE UN ÁRBITRO A PARTICIPAR EN LAS ACTUACIONES O DELIBERACIONES DEL TRIBUNAL

La primera parte del inciso 2 del artículo 30 de la ley establece que: «Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable».

En principio, creemos que la norma transcrita resulta innecesaria. Ello, debido a que la práctica arbitral enseña que las decisiones son adoptadas por mayoría al interior del tribunal arbitral y a falta de un árbitro será suficiente con la presencia de los otros dos o más, según estemos frente a un tribunal

conformado por tres o más miembros. Por otro lado, en caso un árbitro no vote las decisiones, y conforme a lo señalado por el artículo 52 inciso segundo de la propia ley, se entiende que éste se adhiere a lo decidido por la mayoría o a lo decidido por el presidente, según corresponda.

De esta forma, el lector puede observar que el tribunal arbitral tiene, y ello siempre ha sido así, el camino libre para continuar con el desarrollo de las actuaciones arbitrales, y es que resulta poco frecuente pensar que un árbitro pueda entorpecer el desarrollo de un arbitraje y hasta trabarlo si es que en él siguen trabajando los otros miembros del tribunal que son, claro está, mayoría.

De más está decir que en casos como éstos el árbitro tendrá que señalar las razones por las cuales decide no participar de las actuaciones arbitrales. Pero, lo reiteramos, al no ser ésta una obligación, vale decir, exprese o no tales razones, el arbitraje continuará su curso de todas maneras.

Ahora bien, el hecho de que el árbitro exprese cuáles son las razones por las cuales no participa en las actuaciones arbitrales resulta de suma importancia, ya que ello podría constituir el fundamento para que ulteriormente el laudo arbitral pueda ser observado vía anulación en virtud de la eventual existencia de un vicio que se relacione con el actuar del árbitro renuente.

De otro lado, y sin perjuicio de que sigamos pensando que el extremo de la norma bajo estudio resulta innecesario, debemos decir que es verdad que el mecanismo de denuncia allí contemplado faculta de alguna manera a dejar

constancia del hecho. Sin embargo, para efectos prácticos, el tribunal continuará con sus actuaciones y el árbitro renuente podrá retomar sus funciones en el momento en que lo considere apropiado.

Asimismo, cabe señalar que esta renuencia podrá originar la posibilidad de que la parte o las partes que se consideren perjudicadas por dicho actuar, recurran al procedimiento de remoción contemplado en el inciso 1 del propio artículo 30, y a cuyas consideraciones remitimos al lector.

Finalmente, y un tema adicional que nos hace pensar que esta parte de la norma resulta innecesaria, es el hecho de que allí se habla de una «ausencia reiterada».

La interrogante que se podría formular aquí es la relativa a ¿cuándo nos encontraríamos ante una situación reiterada?

No existe un parámetro o regla que responda a esta interrogante. La reiteración en la conducta estará definida, evidentemente, por diversas situaciones. ¿Serán dos, tres, cuatro ausencias? ¿Será una ausencia en la deliberación de cuestiones de mero trámite o en actuaciones de especial importancia? ¿Será una ausencia física o también cabe hablar de una ausencia mental? (Esto último, debido a que existen casos en los cuales, si bien es cierto el árbitro se encuentra físicamente presente en una reunión del tribunal, su aporte intelectual, analítico o valorativo del tema que se discute es nulo).

En ese sentido, y teniendo en cuenta que resulta imposible dar una solución unívoca al problema, creemos que la respuesta quedará a criterio del propio tribunal (o, mejor dicho, de los miembros restantes del tribunal arbitral) en cada caso en particular.

La última parte del inciso segundo del artículo 30 de la Ley de Arbitraje establece que: «En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas».

Lo señalado aquí tiene sentido cuando, atendiendo a las circunstancias del caso o en virtud de que los argumentos señalados por el árbitro renuente son atendibles, resulta conveniente suspender las actuaciones arbitrales.

En este caso, el tribunal arbitral deberá tener mucho cuidado y ponderar los hechos para proceder a suspender las actuaciones. Caso contrario, y si la renuencia del árbitro a continuar con el arbitraje no tuviera mérito ni las circunstancias del caso así lo exijan, el tribunal deberá declarar que las actuaciones arbitrales continúen.

3. REMOCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO RENUENTE

Finalmente, el inciso 3 del artículo 30 de la ley establece que: «Si en cualquier

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

Lo más importante de lo señalado por esta norma es el hecho de que se establece la posibilidad, no la obligación, de que cualquiera de las partes, o ambas, pueda solicitar la remoción y sustitución del árbitro renuente.

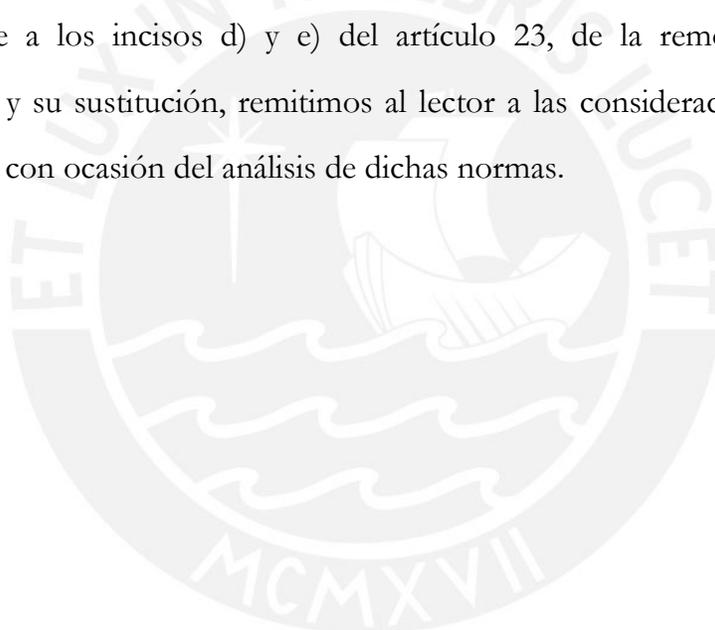
En este punto se debe tener sumo cuidado, ya que las consecuencias de solicitar o no la remoción y sustitución son distintas.

Si bien hemos manifestado que el arbitraje no tiene, en principio, por qué detenerse si es que un árbitro no cumple con realizar sus funciones, en caso de que éste haya sido removido, se debe tener presente lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 31 de la ley, el cual establece que: «Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso».

De esta forma, la regla general es que si alguna o todas las partes del arbitraje solicitan la remoción de un árbitro, deberán tener presente que existe la posibilidad de que el arbitraje se trabe hasta que se nombre un sustituto y recién

allí se reiniciarán las actuaciones. Por el contrario, si quieren que el arbitraje continúe, aceptarán que el tribunal desarrolle sus funciones con el resto de los árbitros que lo conforman. Ahora bien, de manera excepcional también está permitido, según el citado artículo 31, que las partes, pese a haber solicitado la remoción del árbitro, decidan que las actuaciones arbitrales continúen.

Finalmente, respecto a la solicitud a la institución que efectuó el nombramiento o, en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23, de la remoción del árbitro renuente y su sustitución, remitimos al lector a las consideraciones que hemos realizado con ocasión del análisis de dichas normas.



ÁRBITRO SUSTITUTO

Artículo 31.- «Árbitro sustituto

- 1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.*
- 2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.*
- 3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral».*

— FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 31

Este artículo no registra antecedentes en el Código Civil de 1984.

La Ley General de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, sí regulaba el tema al señalar lo siguiente:

Artículo 18.- «[...]»

Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existieran árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes, se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido».

Finalmente, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 32.- «*Designación de árbitro sustituto*»

Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existieran árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido».

— FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Concuerdan con el artículo 31 de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI (más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL), aprobada en 1985 y enmendada en el año 2006, el artículo 3 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006, el artículo 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje española de 2003, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002, el artículo 129 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997, el artículo 19 de la Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995, el artículo 1431 del Código de Comercio de México, entre otros.²⁵¹

²⁵¹ El texto de los citados cuerpos normativos es el siguiente:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 15.- «Nombramiento de un árbitro sustituto

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

- Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006

Artículo 3.- «Los árbitros serán nominados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación; o, en su defecto, designados por el Presidente de la Corte. En todos los casos se requerirá la conformidad del árbitro nominado, la que hará constar en escrito dirigido a la Corte en un término de cinco (5) días contados a partir de ser impuesto de su nominación.

Los árbitros nominados por las partes o, designados en su caso por el Presidente de la Corte, elegirán al presidente del tribunal arbitral, dentro de los diez días siguientes a la confirmación del segundo árbitro; o, en su defecto, se designará el mismo por el Presidente de la Corte.

Las partes podrán nominar un árbitro suplente para el caso de eventual ausencia o imposibilidad de actuación del árbitro nominado».

- Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005

Artículo 37.- «Nombramiento de un árbitro sustituto

Cuando un árbitro cese de su cargo por renuncia, remoción expiración de su mandato o por cualquier otra causa, por acuerdo de las partes, se procederá al nombramiento de un árbitro sustituto utilizando el mismo procedimiento por el cual se designó al árbitro que se ha de sustituir».

- Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004

Artículo 15.- «Nombramiento de un árbitro sustituto.

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir».

- Ley de Arbitraje española de 2003

Artículo 20.- «Nombramiento de árbitro sustituto.

1. Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido.

2. Una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas».

- Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Paraguay de 2002

Artículo 17.- «Suplentes de árbitros.

Por el mismo procedimiento y en la misma oportunidad que se designen los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, las partes podrán designar igual número de suplentes de árbitros, quienes sustituirán a aquéllos cuando por cualquier motivo dejen de ejercer sus funciones.

Los requisitos para ser suplente de árbitro serán los mismos que para ser designado árbitro.

Los suplentes de árbitros no percibirán remuneración alguna mientras no substituyan al titular».

- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos colombiano de 1998

Artículo 129.- «Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el Director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 20.- «Falta o imposibilidad de ejercicio

I. En caso de falta de ejercicio, muerte, incapacidad definitiva, incapacidad temporal mayor a veinte (20) días, renuncia, incompatibilidad legal o concurrencia de causal de recusación que imposibiliten el ejercicio de la función arbitral, se nombrará un sustituto, conforme a lo previsto en el siguiente artículo.

II. Si existiere desacuerdo respecto de una causal para la separación del árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitarla de la autoridad judicial competente.

III. La renuncia de un árbitro o la aceptación de la interrupción de su mandato por ambas partes, no implicará la presunción de evidencia de los motivos o causales que pudieren dar lugar a dicha renuncia o separación».

- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997

— ANÁLISIS

El inciso 1 del artículo 31 de la Ley de Arbitraje del Perú, señala que: «Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido».

Lo contenido en esta norma resulta adecuado, en la medida en que suena lógico que si se procede a remover a un árbitro en virtud de lo dispuesto por el artículo 30 de la ley, el nombramiento del árbitro sustituto deba seguir los mismos cánones y pautas que se siguieron para nombrar al árbitro original.

En ese entender, remitimos al lector a nuestros comentarios con ocasión

Artículo 20.- «Reemplazo de árbitros

En caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra cosa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el alterno quien se principalizará (sic). Se designará entonces otro alterno, en la misma forma establecida en el artículo 16».

- Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana de 1997

Artículo 21.- «Nombramiento de árbitro sustituto

Cuando un árbitro haya cesado en su cargo por haberse dado uno de los casos previstos por el artículo 20 parágrafo I, se procederá al nombramiento de un árbitro sustituto observando el mismo procedimiento por el que se designó a quién se ha de sustituir.

Concretada la sustitución, el Tribunal Arbitral podrá ordenar la reproducción de la prueba oral ya realizada, saldo que el árbitro sustituto considere suficiente la lectura de las actuaciones».

- Ley de Arbitraje guatemalteca de 1995

Artículo 19.- «Nombramiento de un árbitro sustituto.

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 ó 18, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir».

- Código de Comercio de México

Artículo 1431.- «Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 1429 o 1430, renuncia, remoción por acuerdo de las partes o terminación de su encargo por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir».

del análisis del artículo 23 de la ley.

A continuación, el inciso dos señala que: «Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso».

No nos encontramos de acuerdo con el carácter dispositivo de la norma citada. Creemos, más bien, que ella debería ser imperativa.

Una vez que se produzca la vacancia del árbitro, inevitablemente estaremos en presencia de un tribunal arbitral incompleto, y con un tribunal arbitral así no se puede, ni se debe, continuar. Por ello, resulta necesario que las actuaciones deban suspenderse.

En principio, una consecuencia inmediata de la falta de un árbitro en un tribunal colegiado, es que éste pase a tener un número incompleto; y, en el caso de los tribunales integrados por tres miembros, que pase a tener sólo dos árbitros. Sólo allí ya surgirían una serie de problemas.

Por otro lado, nótese la diferencia existente en el hecho de que, por un lado, se requiera que en las votaciones exista mayoría para la adopción de una decisión y, por otro, que el tribunal se encuentre incompleto y sesione con los árbitros restantes que —normalmente— constituirán la mayoría. En el primer caso el árbitro aún tiene la calidad de tal, mientras que en el segundo no existe

árbitro. Este hecho acarrea consecuencias distintas que a continuación pasaremos a detallar.

El funcionamiento incompleto del tribunal (entiéndase que se encuentra incompleto debido a que un árbitro fue recusado, removido o ha renunciado) podría distorsionar el sentido de determinadas resoluciones e incluso amparar abusos e injusticias.

Por ejemplo, a efectos de mayorías y minorías para laudare —y, en general, para tomar cualquier decisión—, si se permitiera que el arbitraje continúe con los árbitros restantes (vale decir dos), se podría presentar el caso en el que un árbitro sostenga una postura abiertamente contraria a la del otro. Aquí, la ley establece —como regla general— que será el presidente del tribunal quien dirima sobre el particular, pero ¿qué pasa si es que el presidente es precisamente quien sostiene una de estas dos posturas?

Tal cual se encuentra redactada la norma bajo análisis, la ponderación, discusión, análisis y valoración equitativos de todas las decisiones que se tomen al interior del tribunal se estarían evitando y prohibiendo de manera indirecta. Así, se permite, en caso no sea el presidente del tribunal quien deba ser sustituido, que una sola persona (precisamente, el presidente) tome las decisiones que mejor le parezcan pudiendo, incluso, presentarse casos de abuso de derecho.

En ese sentido, nos encontramos en desacuerdo con la posibilidad de

que una norma como ésta sea dispositiva permitiendo el pacto en contrario, cuando su redacción debería ser distinta: un tribunal arbitral no puede continuar con sus funciones hasta que se encuentre completo, vale decir, hasta que se sustituya al árbitro que ha sido recusado, removido o ha renunciado.

En segundo término, la norma hace referencia a una frase: «atendiendo a las circunstancias del caso». Con ella, la ley de arbitraje reconoce implícitamente que existen actuaciones que son más importantes que otras. Sin embargo, no creemos que esto sea así, pues no encontramos algún acto procesal que no sea importante y, si bien es cierto existen actuaciones de mero trámite, esto no implica que en ellas no deba actuar el tribunal arbitral completo. Reiteramos la diferencia esbozada párrafos atrás, en el sentido de tener clara la distinción entre un tribunal en el que uno de los árbitros no participa pero que sigue teniendo tal calidad, y uno en el que simplemente no haya árbitro.

De esta forma, y como la ley no establece qué actuaciones arbitrales son más importantes que otras, con la frase «atendiendo a las circunstancias del caso» se podría producir una serie de problemas de interpretación, por lo que lo ideal sería suprimir esta parte de la redacción del citado inciso.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 31 señala que:

Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo,

en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

La primera parte del citado inciso es acertada. Es lógico que el tribunal reconstituido empiece a trabajar desde el momento en el cual se suspendieron las actuaciones por haberse declarado la vacancia del árbitro, ya que resultaría absurdo repetir las actuaciones anteriores.

Sin embargo, la segunda parte del citado inciso deja a entera discreción del tribunal la posibilidad de repetir todas o algunas de las actuaciones arbitrales anteriores.

Por ejemplo, no tiene sentido que las declaraciones de parte o las declaraciones testimoniales sean repetidas, en la medida en que ellas consten en grabaciones o se posean los textos de sus transcripciones.

Sin embargo, existen casos excepcionales en los cuales esto sí resultará necesario, como por ejemplo en las inspecciones arbitrales en las que no hubiere podido participar el nuevo árbitro.

Claro está, cada caso en particular tendrá matices distintos y el tribunal deberá resolver acorde al escenario en el que el arbitraje se esté desarrollando.

Sobre este punto, y comentando la regulación de la Ley de Arbitraje española, de parecido contenido a la peruana, se señala que:

En estos casos la Ley [española] prevé la posibilidad de que tras la sustitución del árbitro, se puedan repetir actuaciones ya practicadas, pero no obliga a ello, siendo esta circunstancia lo más discutible de esta norma teniendo presente que el principio de inmediación adquiere importancia (sic) fundamental en determinados momentos del procedimiento, aquellos que conllevan actos procesales orales, puesto que si han sido por escrito su repetición parece innecesaria ante la constancia documental que existe de ellos. Sobre esta cuestión, la Ley debería haber distinguido entre arbitrajes con un solo árbitro y arbitrajes con pluralidad de árbitros. En el primer caso, siendo único el árbitro, deberían repetirse todas las actuaciones orales o audiencias celebradas con anterioridad. Si se trata de un colegio arbitral, y se sustituye a cualquiera de los árbitros que lo componen, una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, deben decidir si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas. Lo lógico sería que si la sustitución se produce con posterioridad a la práctica de las pruebas, éstas se repitan ante el nuevo árbitro, a no ser que, como decía la Ley [española] de 1988, éste se considere suficientemente informado de las actuaciones practicadas. Cabe incluso plantearse que en algunos supuestos, conforme a las circunstancias del caso, lo aconsejable sea repetir también la actividad alegatoria. Si se trata de sustituir al Presidente del colegio arbitral, pasaría a ser nuevo Presidente el sustituto y en este caso, lo correcto sería repetir las

audiencias celebradas con anterioridad. En conclusión, en cualquier supuesto, la regla a seguir debe ser el respeto a la intermediación procesal como garantía del procedimiento arbitral.²⁵²



²⁵² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Barcelona: Grupo Difusión, 2004, pp. 109 y 110.



CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMA AL TÍTULO III DEL

DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071

A continuación, realizamos una propuesta de modificación legislativa que pretende, en algunos casos, cambiar radicalmente el sentido de determinados artículos de la Ley de Arbitraje. En otros supuestos, introducimos algún texto a la norma, o suprimimos algún extremo de ella, para que cumpla una mejor función, se entienda de manera más clara y se eviten erróneas interpretaciones.

Como se podrá observar, y teniendo en cuenta lo señalado en los Capítulos precedentes de este trabajo, para realizar esta propuesta se ha tenido en cuenta más de una treintena de reglamentos y textos legislativos que regulan la materia arbitral en distintos países, autorizada doctrina que ha abordado el tema desde diversos puntos de vista y, en algunos supuestos, casos o ejemplos prácticos que ayudan a comprender de mejor manera el por qué de la propuesta planteada.

Sin perjuicio de ello, debemos reconocer que las propuestas de reforma obedecen, fundamentalmente, a la necesidad expuesta por la práctica arbitral, la cual busca tener una ley que se encuentre en mayor sintonía con las exigencias de nuestra realidad y esclarezca determinados extremos de algunos artículos que rigen hoy el arbitraje en nuestro país. En ese sentido, este aporte no pretende ofrecer una regulación de la labor arbitral inequívoca y universal, ya que, como

todos sabemos, el Derecho evoluciona conforme lo hace la sociedad y cambia en razón del lugar donde uno se encuentre. Sin embargo, sí pretendemos ofrecer una nueva alternativa que corrija los errores de las leyes arbitrales derogadas y los desaciertos que presenta la ley vigente.

Debemos señalar que el contenido de cada una de estas propuestas se divide en dos partes. La primera contiene la transcripción de la norma vigente y, en paralelo, la propuesta modificatoria (la cual, según corresponda, se encontrará subrayada). En segundo término, expondremos brevemente el por qué de la propuesta modificatoria y, en su caso, de la supresión de determinado extremo de la norma; ello, debido a que sería innecesario ahondar en todos los temas, ya que, a mayor abundamiento, basta con revisar el Capítulo II de este trabajo, en donde abordamos en detalle los alcances, limitaciones, aciertos y desaciertos de cada tema planteado.

NÚMERO DE ÁRBITROS

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 19.- Número de árbitros</u></p> <p>Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.</p>	<p><u>Artículo 19.- Número de árbitros</u></p> <p>Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral, <u>el cual será siempre impar</u>. A falta de acuerdo o en caso de duda, <u>será un árbitro</u>.</p>

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es necesario que el tribunal arbitral se encuentre conformado por un número impar de árbitros, ya que con ello se salva cualquier problema referido a la toma de decisiones.

Por otro lado, se modifica la última parte de este numeral, debido a que, en caso de duda o falta de acuerdo, nombrar a tres árbitros resulta más engorroso que nombrar sólo a uno. Por otro lado, cumplir con el pago de los honorarios de un solo árbitro resultará menos oneroso para las partes. Finalmente, otra razón para esta propuesta es el hecho de que las leyes de arbitraje de diversos países, así como una serie de reglamentos arbitrales de diversas instituciones, adoptan esta postura. Sin perjuicio de ello, debemos resaltar que, de todas formas, hemos considerado la postura legislativa vigente y entendemos que, al igual que la propuesta formulada, ésta también ofrece bondades en el ámbito práctico.

CAPACIDAD

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 20.- Capacidad</u></p> <p>Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles,</p>	<p><u>Artículo 20.- Capacidad e incompatibilidad</u></p> <p>Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.</p>

<p>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.</p>	<p><u>Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.</u></p>
--	---

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se elimina la última parte del artículo 20, la cual señala que «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro», debido a que sobre este tema no se justifica hacer una distinción entre arbitrajes nacionales e internacionales. Por otro lado, dicho extremo de la norma no guarda concordancia con las normas constitucionales sobre no discriminación, pues, como se dijo, no existe argumento legal ni lógico para tratar de manera distinta a una persona extranjera.

Asimismo, y atendiendo a una cuestión de técnica legislativa y coherencia sistemática, agregamos el contenido del numeral 21 a la última parte de este artículo, debido a que no tiene sentido regular por separado licencias y prohibiciones que se refieren a un mismo tema.

INCOMPATIBILIDAD

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 21.- Incompatibilidad</u></p> <p>Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.</p>	<p><u>Se elimina este numeral para incluir su texto dentro del artículo 20 de la ley.</u></p>

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como ya fue mencionado, resulta más orgánico que se regule en un solo artículo los requisitos y las incompatibilidades para acceder a la función de árbitro. Con ello, aparte de hacer más uniforme y entendible la norma, se eliminarán duplicidades innecesarias en el texto legal.

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros</u></p> <p>1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser</p>	<p><u>Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros</u></p> <p><u>1. Eliminado.</u></p>

<p>abogado, salvo acuerdo en contrario.</p> <p>En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.</p> <p>2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.</p> <p>3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.</p> <p>4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.</p> <p>5. Si una parte no cumple con nombrar</p>	<p><u>2. Eliminado.</u></p> <p>3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. <u>Las partes deberán otorgar la información que consideren necesaria para que la institución arbitral, o el tercero, cumplan con el encargo.</u></p> <p><u>4. Eliminado.</u></p> <p><u>5. Eliminado.</u></p>
--	--

al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23°.

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Respecto al inciso 1, debemos decir que —en principio— no se justifica, nuevamente, el tratamiento disímil que la ley otorga a los arbitrajes nacionales e internacionales. De otro lado, si son las partes quienes designan a los árbitros, deberán ser estas mismas partes quienes determinen sus cualidades personales. Se debe dar mayor libertad en este sentido, ya que con una fórmula como la vigente, se impide a la partes ejercer su legítimo derecho a elegir como árbitro a quien crean conveniente. Incluso la Ley de Contrataciones del Estado no es tan rígida como la ley arbitral sobre este particular, ya que exige que en un tribunal colegiado al menos uno de sus miembros tenga la calidad de abogado, dejando abierta la posibilidad para que los otros árbitros puedan tener otras profesiones u oficios. Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, debemos manifestar que hemos considerado las diversas posiciones que sobre el particular se han formulado y que, por cierto, poseen sólidos argumentos. Sin embargo, creemos que la existencia de menores exigencias en la regulación de este tema (que siguen

la postura de diversas leyes y reglamentos de otras latitudes), sigue la línea trazada en el sentido de otorgar a las partes cada vez mayores libertades.

En esta misma línea argumentativa, la eliminación del primer inciso, conlleva la supresión del segundo.

A continuación, se elimina la segunda parte del inciso tercero, que señala: «La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo», debido a que su inclusión resulta innecesaria. En todo caso, y como lo proponemos, una fórmula inversa que sea imperativa sí sería idónea, ya que a través de ella, las partes «deberán» otorgar la información que crean conveniente para que, ajustándose a ello, el encargado nombre a un árbitro. Resulta idóneo que esta sea una exigencia, de manera que se otorguen mayores precisiones en torno a las cualidades personales y profesionales del árbitro.

De otra parte, proponemos eliminar el inciso cuarto, porque con él se comete un grave error, ya que la doctrina entiende que existirá vinculación desde que la aceptación al cargo de árbitro es conocida por el oferente. No olvidemos que al ser ésta una función vital para el arbitraje, no se puede ni debe permitir que un árbitro nombrado pueda ser alejado del procedimiento arbitral cuando a la parte que lo nombró le venga en gana. Debe respetarse la investidura de este actor y entenderse que la sola aceptación ya vincula a quien realizó el nombramiento. Por otro lado, no está de más recomendar que la carta de

aceptación de nombramiento de árbitro deba ser hecha con copia a la parte que no lo designó, para evitar este tipo de dilaciones y malas interpretaciones.

Finalmente, el inciso quinto no tiene razón de ser, porque lo allí contenido se encuentra regulado, de manera detallada, en los numerales 23, 24 y 25 de la propia Ley de Arbitraje. De esta forma, no cabe amparar una doble e innecesaria regulación sobre un mismo supuesto de hecho.

LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento</u></p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:</p> <p>a. En caso de árbitro único, o cuando</p>	<p><u>Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento</u></p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en el <u>inciso d</u> de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:</p> <p><u>a. En caso se haya acordado nombrar</u></p>

<p>las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.</p> <p>b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.</p> <p>c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el</p>	<p><u>de manera conjunta al árbitro único, a todos los miembros del tribunal o al presidente del tribunal arbitral, la parte tendrá un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumpla con hacerlo.</u></p> <p>b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.</p> <p>c. <u>La parte que se encuentre conformada por más de una persona deberá nombrar por unanimidad un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga. En caso exista pluralidad de demandantes y demandados, cada</u></p>
---	---

<p>requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.</p> <p>d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.</p>	<p><u>parte nombrará a su árbitro por unanimidad. Quien lo haga primero requerirá a la otra parte para que en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento nombre al otro árbitro. Ambos árbitros nombrarán a un tercero, quien presidirá el tribunal arbitral, dentro de quince (15) días de comunicada la aceptación del último de los árbitros nombrados.</u></p> <p>d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se <u>llega</u> a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes <u>y con la intervención de un notario público que certifique la transparencia del proceso</u>, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de</p>
---	---

<p>e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.</p>	<p>Comercio de la localidad más cercana. <u>En ningún caso el nombramiento recaerá sobre algún funcionario o trabajador de la Cámara de Comercio que realice la designación.</u> e. <u>Eliminado</u></p>
--	--

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En primer lugar, proponemos modificar por completo el literal a) de la norma para darle una mejor y más fluida lectura y comprensión.

De otro lado, se modifica completamente el literal c), dándole mayor precisión.

En el literal d) postulamos cambiar la palabra «llegue» por «llega», debido a que sintácticamente resulta más apropiado. De otro lado, proponemos que se exija la intervención de un notario público que garantice la transparencia del proceso de nombramiento. Por otra parte, creemos que lo correcto es que se

prohíba que la Cámara de Comercio nombre a uno de sus funcionarios o trabajadores como árbitro.

Finalmente, se elimina el inciso e), en virtud de que no existe argumento para tratar de distinta manera al arbitraje nacional del internacional.

INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 24.- Incumplimiento del encargo</u></p> <p>Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23°.</p>	<p><u>No hay propuesta de reforma.</u></p>

NOMBRAMIENTO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 25.-</u> <i>Nombramiento por las Cámaras de Comercio</i></p> <p>1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.</p> <p>2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la</p>	<p><u>Artículo 25.-</u> <i>Nombramiento por las Cámaras de Comercio</i></p> <p>1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.</p> <p>2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la</p>

<p>solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.</p> <p>3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.</p> <p>4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23° y en el artículo 24°, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.</p> <p>5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley</p>	<p>solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.</p> <p>3. La solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.</p> <p>4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en <u>el inciso</u> d. del artículo 23° y en el artículo 24°, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.</p> <p><u>5. Eliminado.</u></p>
--	--

<p>para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.</p>	
<p>6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.</p>	<p>6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.</p>
<p>7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.</p>	<p>7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes</p>

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se elimina la primera parte del inciso tercero, el cual señala que «Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, [...]», debido a que lo correcto será establecer como regla que la Cámara de Comercio otorgue a la contraparte la posibilidad de expresar lo que considere conveniente respecto a la designación que dicha Cámara vaya a realizar. Si se mantiene el extremo de la norma que pretendemos suprimir, se estaría permitiendo que el reglamento de

alguna Cámara no otorgue esta facultad a la contraparte y se puedan cometer abusos u omisiones que vulneren derechos de manera innecesaria.

Por otra parte, en el inciso cuarto se elimina la referencia que hace la norma al inciso e) del artículo 23, ya que en nuestra propuesta de reforma a dicho artículo este literal ha sido suprimido.

Proponemos eliminar el inciso quinto, en vista de que los requisitos para ser árbitro se regulan a lo largo de todo el Título III de la ley. Existe una doble e innecesaria regulación que debería ser suprimida.

PRIVILEGIO EN EL NOMBRAMIENTO

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 26.- Privilegio en el nombramiento</u></p> <p>Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.</p>	<p><u>No hay propuesta de reforma.</u></p>

ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 27.- Aceptación de los árbitros</u></p> <p>1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.</p> <p>2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.</p>	<p><u>Artículo 27.- Aceptación de los árbitros</u></p> <p>1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los <u>cinco (5)</u> días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar <u>a quien lo designó y a la otra parte</u> su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.</p> <p>2. Una vez <u>que se encuentre firme</u> la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.</p>

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El plazo de quince días para la aceptación de la designación como árbitro contenido en el inciso primero resulta excesivo. Creemos, más bien, que éste debería ser tan sólo de cinco días. Por otro lado, existe un vacío en la ley actual, ya que no se sabe a quién debe comunicarse la aceptación o no del

nombramiento. Por ello, proponemos que ésta se haga a quien efectuó la designación con copia a la otra parte.

Modificamos el inciso dos, debido a que se podrían presentar problemas tal cual está redactada la citada norma. Decimos ello, debido a que la aceptación es susceptible de recusación por alguna de las partes. Con ello el proceso de designación en particular, y el arbitraje en general, se trabaría de manera innecesaria. En ese sentido, proponemos que sólo desde que se encuentre firme la aceptación del árbitro, el tribunal arbitral se encontrará válidamente constituido.

MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 28.-</u> <i>Motivos de abstención y de recusación</i></p> <p>1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.</p> <p>2. El árbitro, a partir de su</p>	<p><u>Artículo 28.-</u> <i>Motivos de abstención y de recusación</i></p> <p>1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial.</p> <p>2. La persona propuesta para ser</p>

<p>nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.</p>	<p>árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia <u>antes y durante el arbitraje</u>. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.</p>
<p>3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.</p>	<p>3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.</p>
<p>4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.</p>	<p>4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.</p>
<p>5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido</p>	<p>5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido</p>

conocimiento después de su nombramiento.	conocimiento después de su nombramiento.
--	--

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Proponemos modificar la redacción de los incisos uno y dos para dar organicidad al tema de la independencia e imparcialidad, por un lado, y al deber de revelación, por el otro.

También modificamos el inciso segundo, debido a que el deber de revelación no sólo se debe cumplir antes del inicio del arbitraje, sino también a lo largo de él, de manera que garantice a las partes absoluta independencia e imparcialidad.

PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<u>Artículo 29.- Procedimiento de recusación</u> 1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. 2. A falta de acuerdo o de reglamento	<u>Artículo 29.- Procedimiento de recusación</u> 1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. 2. A falta de acuerdo o de reglamento

<p>arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:</p> <p>a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.</p> <p>b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.</p> <p>c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.</p> <p>d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:</p>	<p>arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:</p> <p>a. La recusación debe formularse <u>dentro de los cinco (5) días de</u> conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los <u>medios probatorios</u> correspondientes.</p> <p>b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los <u>cinco (5)</u> días siguientes de notificados con la recusación.</p> <p>c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.</p> <p>d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:</p>
---	---

<p>i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23°.</p> <p>ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23°.</p> <p>iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23°. Sin embargo, si el</p>	<p>i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. del artículo 23°.</p> <p>ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. del artículo 23°.</p> <p>iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. del artículo 23°.</p>
---	---

<p>presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.</p> <p>3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.</p> <p>4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.</p> <p>5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un</p>	<p>3. Una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.</p> <p>4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros. <u>En caso sea un sólo árbitro el recusado, podrá abstenerse de participar en las actuaciones arbitrales hasta que su recusación sea resuelta sin que su actuar sea entendido en los términos establecidos por el inciso 2 del artículo 52.</u></p> <p>5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un</p>
---	---

<p>reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.</p> <p>6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.</p> <p>7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.</p>	<p>reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.</p> <p>6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.</p> <p>7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.</p>
--	--

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se modifica el literal a) del inciso dos, ya que la ley actual no establece un plazo fijo para plantear la recusación, causando inseguridad e incertidumbre jurídicas a las partes. De otro lado, proponemos cambiar por «medios probatorios» la alusión que la vigente norma hace a los «documentos», pues éstos constituyen sólo una especie de medios probatorios y limitarían el derecho de defensa.

Respecto al literal b) del inciso segundo, pensamos que el plazo de diez días resulta excesivo y entrapa el desarrollo del arbitraje. De esta forma, proponemos que el mismo se reduzca a cinco días.

En todo el literal d) del mismo inciso segundo, eliminamos la referencia al inciso e) del artículo 23, debido a que cuando analizamos dicho artículo propusimos que éste sea eliminado. Asimismo, suprimimos la última parte del supuesto iii), del literal d), del inciso segundo, debido a que resulta preferible que sea la Cámara quien resuelva la recusación, incluso si no se recusó al presidente del tribunal, para otorgar mayor seguridad a las partes.

Por otro lado, respecto al inciso tres, creemos que no debe permitirse el pacto en contrario porque alguna de las partes puede aprovecharse de ello para recusar, de manera innecesaria, al árbitro.

Finalmente, el inciso cuarto es modificado para que se permita que la abstención voluntaria de un árbitro recusado hasta que su recusación sea

resuelta, no se entienda como una adhesión a lo decidido por mayoría, o, en su caso, por el presidente del tribunal arbitral en los términos establecidos por el inciso 2 del artículo 52 de la ley.

REMOCIÓN

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 30.- Remoción</u></p> <p>1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29°. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las</p>	<p><u>Artículo 30.- Remoción</u></p> <p>1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29°. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las</p>

<p>partes.</p> <p>2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.</p> <p>3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el</p>	<p>partes.</p> <p>2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, en la determinación de si se continúa con el arbitraje, deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar, si es que las diese, y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.</p> <p>3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el</p>
--	--

<p>arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23°, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el apartado 1 de este artículo.</p>	<p>arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme <u>al inciso d)</u> del artículo 23°, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el apartado 1 de este artículo.</p>
--	--

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Modificamos el inciso segundo, debido a que basta que exista mayoría para que el arbitraje continúe. Asimismo, al tomarse las decisiones por mayoría, no hace falta que todos los árbitros se encuentren presentes. Por otra parte, no se debe permitir pensar que a falta de un árbitro el arbitraje se suspende. La redacción que proponemos permite que los árbitros restantes analicen si continúan o no con el arbitraje, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las razones del árbitro que no participa de las actuaciones arbitrales.

En el inciso tercero, se elimina la referencia hecha al literal e) ya que, en este proyecto de reforma, ha sido eliminado.

ÁRBITRO SUSTITUTO

ARTÍCULO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><u>Artículo 31.-</u> <i>Árbitro sustituto</i></p> <p>1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.</p> <p>2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.</p> <p>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</p>	<p><u>Artículo 31.-</u> <i>Árbitro sustituto</i></p> <p>1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.</p> <p>2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto.</p> <p>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, <u>salvo que las circunstancias del caso exijan que éstas se repitan.</u></p>

tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.	
--	--

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se elimina la última parte del inciso segundo, que dice «salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso», en virtud de que la suspensión del arbitraje debe ser una regla general de carácter imperativo cuando se dé la vacancia de algún miembro del tribunal. Decimos ello, en primer lugar, porque un tribunal arbitral no puede continuar si es que está conformado por un número par de árbitros. Por otro lado, se pueden presentar problemas al momento de adoptar decisiones, ya que si es que no es el presidente del tribunal el que falta, todo el poder decisorio se centraría en él, ya que, en caso existan opiniones encontradas, será él, en última instancia, quien tomará la decisión definitiva.

Respecto al inciso tercero, la regla general debe ser que una vez reconstituido el tribunal arbitral, éste continúe con sus funciones desde el punto en el que las actuaciones fueron dejadas, salvo que las circunstancias exijan lo contrario. Ahora bien, y dependiendo de cada caso en particular, el tribunal ya reconstituido analizará y resolverá sobre la pertinencia de repetir determinadas

actuaciones. El típico caso sería, por ejemplo, aquél en el que se sustituyó a un árbitro único aunque, en la práctica, y teniendo en cuenta los medios tecnológicos de los que hoy en día se dispone, está claro que la mayoría (por no decir todas) de las actuaciones arbitrales se encontrarán grabadas, ya sea en cintas de video o en audios.



CONCLUSIONES

1. El arbitraje ya no constituye una simple «alternativa» de solución de controversias, sino más bien es uno de los «principales medios» para resolver un conflicto de intereses. Ello se debe a que en las últimas dos décadas esta institución se ha difundido de manera sorprendente en nuestro país. Producto de ello, son las tres leyes sobre arbitraje que el Perú ha promulgado (1992, 1996 y 2008) y el elevado número de controversias que se resuelven recurriendo a este método.
2. El arbitraje es una institución que se origina en el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos de derecho, quienes deciden someter a una o más personas, denominadas árbitros (quienes, previamente, deberán aceptar dicho encargo), la solución de un conflicto de intereses, respecto del cual estas partes tienen capacidad de disposición, obligándose a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades para tener la calidad de cosa juzgada.

3. Creemos que la teoría «teoría mixta» es la que mejor se acomoda para poder explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, debido a que en el arbitraje confluyen elementos de diverso índole (contractual, procesal, jurisdiccional, etc.) que alimentándose unos a otros dan origen a esta institución.
4. La importancia del arbitraje radica, fundamentalmente, en la labor que cumple el árbitro. Este tercero imparcial podrá ser cualquier persona natural que posea plena capacidad de ejercicio y que, luego de haber aceptado la designación, deberá resolver la incertidumbre jurídica planteada por las partes dentro de un procedimiento que garantice el respeto a la Constitución, a toda norma que interese al orden público y a las buenas costumbres, y a las leyes imperativas.
5. El árbitro debe observar y aplicar, a lo largo de todo el arbitraje, principios que garanticen igualdad y justicia para las partes. Entre estos principios y garantías cabe señalar el de igualdad, de audiencia bilateral o contradicción, de independencia e imparcialidad, de motivación de las resoluciones, de lealtad y buena fe, de valoración de prueba, entre otros.
6. La naturaleza de la relación partes-árbitro es la de ser un contrato de locación de servicios. Así, el árbitro se obliga, sin estar subordinado a las partes, a prestarles un servicio (resolver el conflicto a través de un laudo), a cambio de una remuneración.

7. Las partes, en ejercicio de su autonomía privada, podrán escoger la forma en que el arbitraje se llevará a cabo; ello, sin perjuicio de tener en cuenta las normas imperativas establecidas en la Ley de Arbitraje y demás normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.
8. El número de árbitros es determinado por las partes. A falta de acuerdo, la ley prevé que serán tres los árbitros. Los requisitos para nombrar al árbitro son que éste sea una persona natural, goce del ejercicio de sus derechos civiles y no se encuentre inmerso en alguna de las causales de incompatibilidad contenidas en normas especiales.
9. Creemos que una fórmula idónea para la redacción del artículo 19 de la Ley de Arbitraje, hubiera sido aquella que establezca que el número de árbitros, a falta de acuerdo entre las partes, será de uno. Ello, por tres razones fundamentales: evitar que las partes incurran en mayores gastos al sufragar los honorarios de tres árbitros, acelerar el procedimiento para el nombramiento del tribunal arbitral y alinear la normativa nacional a la línea trazada por las leyes, reglamentos y convenios arbitrales más importantes del mundo.
10. Para ser árbitro se requiere ser una persona natural. Si bien es cierto existen posiciones que se muestran a favor de que también se pueda nombrar como árbitro a una persona jurídica, somos de la opinión de que ésta referencia debe entenderse en el sentido de que dicha persona jurídica actuará a través de un representante quien asumirá, en última instancia, el papel de árbitro.

11. Para ser árbitro también se exige que la persona no sufra restricciones a sus derechos civiles. Para hablar de la imposibilidad de ser árbitro, dicha restricción deberá existir al momento de la aceptación del cargo, no de la designación.
12. El goce de derechos civiles por parte del árbitro tendrá que estar presente a lo largo de todo el arbitraje; caso contrario, éste podría cesar en sus funciones, pues las partes, o alguna de ellas, podrían removerlo o recusarlo.
13. La nacionalidad de una persona no es obstáculo para que pueda actuar como árbitro; sin embargo la ley establece que ello será así salvo pacto en contrario. Este extremo de la norma debe ser suprimido, pues nada justifica que en una ley se ampare algún tipo de discriminación por razones de nacionalidad. La norma simplemente debe establecer que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para ser árbitro. Tema distinto es si las partes acuerdan una fórmula sobre la base de sus propios intereses que obligue que los árbitros sean de determinada nacionalidad.
14. La función de árbitro es incompatible con la función que realizan los servidores y funcionarios del Estado.
15. Según la Ley del Empleo Público, funcionario público es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representa al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas del

Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.

16. Según la misma ley, la categoría de servidor público se clasifica en: a) Directivo superior, que es la persona que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno; b) Ejecutivo.- que es quien desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas; c) Especialista.- que desempeña labores de ejecución de servicios públicos, pero que no ejerce función administrativa; y, d) De apoyo.- quienes desarrollan labores auxiliares de apoyo y/o complemento.
17. La opción adoptada por el legislador de la vigente ley arbitral resulta adecuada, ya que al tratarse de una norma general permite que sean las normas especiales las encargadas de establecer expresamente la prohibición para que determinadas personas puedan actuar como árbitros. Recordemos que las derogadas leyes de arbitraje establecían listas de personas que en razón de su cargo, trabajo u ocupación no podían ser árbitros. No olvidemos que toda enumeración contiene siempre una exclusión; por ello dicho sistema no era el más idóneo, ya que en él se amparaban determinadas personas que al no encontrarse allí actuaban como árbitros pese al evidente

conflicto de intereses que ello suponía.

18. La razón de establecer incompatibilidades es que la sociedad —en general— y las partes —en particular—, desconfían *a priori* del hecho de que determinados sujetos, independientemente de sus cualidades personales y profesionales, puedan actuar como árbitros. Se busca, con ello, vigilar y proteger que la justicia arbitral no pueda recaer en manos de personas que no posean —aparte de una serie de cualidades éticas y profesionales— las calificaciones legales para ser árbitros o que, aun teniéndolas, estén impedidas de serlo por circunstancias transitorias. De la misma forma, otro argumento que ha llevado a la inclusión de una norma como el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, es fortalecer la figura del árbitro, como ente autónomo, distinto a un juez, otorgándole plena autonomía teórica y práctica, ya que cumple una función que por la propia naturaleza del arbitraje se diferencia de la labor que cumple un juez de la jurisdicción ordinaria.
19. Por una cuestión de técnica legislativa, creemos que se debe regular en un mismo numeral los requisitos así como las incompatibilidades para ejercer la función de árbitro. Por ello, proponemos que el artículo 21 de la Ley de Arbitraje sea incluido en la parte final del numeral 20 de la misma ley, de modo que su contenido sea más orgánico y uniforme.
20. Luego de tener claros los requisitos e impedimentos para nombrar a un árbitro, se procederá a su designación. Este punto constituye una de las principales diferencias entre un proceso ordinario y un arbitraje. En el

arbitraje las partes eligen directamente al tribunal que resolverá su controversia.

21. La ley señala que en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. Asimismo se establece que en el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo. Ni la Exposición de Motivos ni la práctica arbitral fundamentan el por qué de esta innecesaria distinción. No estamos de acuerdo con esta fórmula, ya que la esencia de la facultad que poseen las partes para nombrar a su tribunal arbitral descansa en el hecho de que ellas puedan elegir a quienes deseen. Este hecho se reafirma en que la propia norma prevé un pacto en contrario, entonces cabe preguntarse ¿para qué se regula algo que tranquilamente puede ser obviado?
22. La Ley de Contrataciones del Estado resulta más idónea que la Ley de Arbitraje, ya que exige que el árbitro único o el Presidente del tribunal deberá ser, necesariamente, abogado. Con ello queda demostrado que la tendencia, por lo demás acertada, se orienta a la eliminación del requisito de ser abogado para ser árbitro.
23. Si es que las partes no nombran directamente a los árbitros, podrán encargar dicha labor a una institución arbitral, o a un tercero, quien —creemos— no solamente podrá, sino más bien deberá solicitar la información que considere necesaria para el cumplimiento de la labor. De hecho, una fórmula inversa (en el sentido de que sean las partes las obligadas a otorgar los

requerimientos para que la institución arbitral o el tercero cumplan el encargo) sería mucho más idónea.

24. La parte queda vinculada con el nombramiento desde que el árbitro acepta la designación. Ello, en vista de que se deben respetar los principios generales que en materia contractual se encuentran en el Código Civil. Recordemos que estamos ante un contrato de locación de servicios; por ello, es que la vinculación partes-árbitro se da desde que éste acepta el nombramiento.
25. 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. En cualquier caso, se deberá tener en cuenta el respeto al principio de igualdad.
26. Si es que estuviéramos frente a una cláusula que otorgue mayores beneficios y prerrogativas a una parte para el nombramiento del tribunal arbitral, se deberá entender que en aras de la conservación del convenio o contrato, la nulidad deberá recaer sólo sobre esta estipulación, vale decir, únicamente sobre esta parte del convenio.
27. Se debe ser cuidadoso para evitar la existencia de un privilegio en el nombramiento del tribunal. El artículo 23 de la Ley de Arbitraje es claro al prohibirlo; sin embargo, podrían darse casos en los que se encubra este fin, por ello, habrá que analizar caso por caso la pertinencia de aplicar o no la sanción de nulidad.

28. En caso las partes no lleguen a nombrar un árbitro, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana. Su decisión es definitiva e inimpugnable.
29. Es recomendable que en el procedimiento de nombramiento de los árbitros hecho por una Cámara de Comercio, se encuentre presente un notario público para dar fe de la transparencia del proceso. Asimismo, se debe tener claro que bajo ninguna circunstancia la Cámara podrá nombrar a alguno de sus trabajadores o funcionarios.
30. Respecto a la labor que cumplen las Cámaras de Comercio al momento de nombrar a un árbitro, resulta absurdo otorgar un tratamiento distinto cuando estemos frente a un arbitraje internacional. El artículo 23 de la Ley de Arbitraje señala que en caso las partes no lleguen a nombrar al tribunal en un arbitraje internacional, el nombramiento lo hará la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. La tesis monista, en este sentido, está siendo desvirtuada.
31. No creemos que el contenido de los numerales 23 y 25 de la Ley de Arbitraje

instauren un «monopolio» a favor de las Cámaras de Comercio cuando no se pueda llegar a nombrar a un árbitro. Se debe tener claro que dicha labor será asumida por estas instituciones sólo de manera supletoria y residual, cuando ya se hayan agotado todos los caminos posibles para lograr tal fin. No tendría sentido que la ley permita a cualquier institución tener la importante tarea de elegir al árbitro, pues de él dependerá, en última instancia, el éxito del arbitraje. De otro lado, no debe perderse de vista el principio de la autonomía privada de las partes para elegir a sus árbitros como mejor les parezca.

32. Si dentro del plazo otorgado por las partes, del establecido en un reglamento arbitral o de los 15 días de recibido el encargo, la institución arbitral o el tercero no cumplen con él, se entenderá que ha sido rechazado.
33. Este encargo tiene la naturaleza de un contrato de locación de servicios, ya que, y pese a que no exista una retribución económica, existe un acuerdo de voluntades para lograr determinado fin.
34. Salvo acuerdo distinto de las partes, la ley otorga quince días para que la persona designada como árbitro acepte serlo. Creemos que este plazo resulta excesivo, y en aras de alimentar esa celeridad que caracteriza al arbitraje, pensamos que el plazo para la aceptación debe ser de sólo cinco días.
35. La aceptación del árbitro debe ser comunicada por escrito, pero la norma no señala a quién debe dirigirse dicha manifestación de voluntad. Pensamos que

esta comunicación debería dirigirse a la parte que realizó el nombramiento; sin embargo, creemos que también se debería notificar la aceptación a la otra parte y, en caso ya exista, al árbitro previamente nombrado.

36. La constitución del tribunal arbitral se da una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros. Así lo establece la ley arbitral. Sin embargo, en este punto la constitución del tribunal aún no se encuentra firme, pues puede darse el caso en el cual se recuse a alguno de sus miembros. Por ello, creemos que lo idóneo sería establecer que el tribunal se encontrará constituido cuando ya no quepa recusar a ninguno de sus miembros. Este tema será relevante, sobre todo, cuando se hable de medidas cautelares, por ejemplo.
37. La recusación es la facultad reconocida a las partes durante el desarrollo de un arbitraje para cuestionar la idoneidad de quien o de quienes tengan a su cargo la resolución de un específico conflicto jurídico. La razón de ser de la recusación radica en la desconfianza hacia el administrador de justicia.
38. Todas las causales que pueden dar origen a una recusación se encuentran vinculadas, directa o indirectamente, a la independencia y/o imparcialidad del árbitro.
39. La independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes o con personas vinculadas a éstas. Así, el árbitro no debe poseer alguna relación de dependencia de tipo laboral,

económica, financiera, afectiva, amorosa o de cualquier otra índole.

40. La imparcialidad apunta más a una actitud o a un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea. Debe apreciar el desarrollo de la controversia desde un punto de vista equitativo, vale decir, mirar por igual a ambas partes y a sus posturas y no tener prejuicios positivos o negativos en relación a ninguna de ellas.
41. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este deber de revelación deberá cumplirse a lo largo de todo el arbitraje. Ante una duda sobre si algo debe o no ser revelado, se preferirá lo primero.
42. Las partes podrán dispensar al árbitro que se encuentre inmerso en alguna de las causales de recusación. Este hecho trae consigo que el laudo no pueda, posteriormente, ser impugnado.
43. Los Lineamientos del Colegio de Abogados Internacional sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional constituye un documento que debe ser tomado en cuenta por todo arbitraje que se desarrolle en nuestro país. La calidad, el detalle y la profundidad con que han sido catalogados diversos supuestos que podrían dar origen a un conflicto de intereses que acarree una recusación, son notables.

44. Si bien es cierto que la mayoría de las pruebas que catalogan conflictos de intereses buscan ser lo más objetivas posibles, lo real es que todas ellas se aplican de manera subjetiva. Ello es entendible, debido a que el concepto de imparcialidad e independencia es abstracto y su evaluación envuelve necesariamente un elemento de subjetividad. Sin embargo, los problemas que surjan de la aplicación subjetiva de esas pruebas pueden ser minimizados si las consideraciones objetivas detrás del uso de éstas se calibran de acuerdo a las circunstancias. El elemento subjetivo debe encontrarse balanceado con las circunstancias objetivas de cada caso en concreto.
45. Para recusar a un árbitro, las partes podrán diseñar el procedimiento en la forma en que deseen. En todo caso, también podrán someterse a algún reglamento arbitral. A falta de ambos, la ley establece un proceso para lograr tal propósito.
46. La recusación se podrá plantear, salvo pacto en contrario, hasta antes de que se inicie el plazo para la emisión del laudo. De la misma forma, salvo pacto en contrario, el trámite de la recusación no suspende las actuaciones arbitrales.
47. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción.
48. Serán impedimentos de hecho aquéllos referidos a una eventual incapacidad

física del árbitro —relativa o absoluta— que le impida seguir desempeñando la función encomendada. La característica fundamental de estos impedimentos es que se vayan a prolongar en el tiempo de manera considerable.

49. Impedimentos de derecho son aquéllos relacionados a las causales señaladas por la propia ley. Principalmente, se debe tener en cuenta el contenido de los artículos 20 y 21 de la Ley de Arbitraje.
50. La ley permite que las partes puedan remover, sin ninguna justificación, al árbitro si es que se ponen de acuerdo para ello.
51. Cuando el tribunal arbitral se encuentre incompleto, sea porque la recusación fue declarada fundada o porque se produjo la remoción del árbitro, la ley señala que para nombrar al árbitro sustituto, salvo pacto en contrario, se seguirá el mismo procedimiento que se utilizó para nombrar a los árbitros.
52. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
53. No nos encontramos de acuerdo con la posibilidad de que las partes puedan decidir seguir con el arbitraje cuando se produzca la vacancia de un árbitro. Una vez que se presente este caso, estaremos en presencia de un tribunal

arbitral incompleto, el cual pasará a estar conformado por un número par de árbitros (naturalmente, en el más común de los supuestos). Por otro lado, en las votaciones podría darse el caso de que no exista mayoría, supuesto en el cual, tal cual lo señala la propia ley arbitral, será el presidente quien dirima. De esta forma, se estaría desnaturalizando la labor del tribunal, al permitírsele trabajar de manera incompleta y otorgándose, en algunos casos, demasiado poder al presidente.

54. La Ley de Arbitraje representa un gran esfuerzo por mejorar la administración de justicia en nuestro país. La evolución en la regulación de muchos aspectos que ésta posee (en comparación con las leyes derogadas) es innegable. Sin embargo, la realidad exige que las normas sean cada vez más permisivas y que el principio de flexibilidad alcance su mayor expresión. Las propuestas de reforma buscan conseguir tal fin. Estamos seguros de que una futura Ley de Arbitraje será más precisa y menos extensa que la actual. El principio de la autonomía privada, sin duda, gobernará el arbitraje y hará que en el futuro el legislador sólo plasme en la norma aspectos imperativos y de observancia obligatoria.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALONSO PUIG, José María. «El deber de revelación del árbitro». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008.
2. ALONSO PUIG, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2.
3. ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». *Themis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53.
4. ALTERINI, Atilio Aníbal. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
5. AMPRIMO PLÁ, Natale. «Aceptación de los árbitros». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
6. AMPRIMO PLÁ, Natale. «Número de árbitros». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
7. ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Aranzadi, 2005.
8. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano 1984. Contratos nominados*. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo II.
9. AYLWIN AZOCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. 4ª edición. Santiago de Chile:

- Fallos de Mes M.R., 1992.
10. BARONA VILAR, Silvia y otros. *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*. 18ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
 11. BERIZONCE, Roberto Omar. «El arbitraje institucional en Iberoamérica». *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 53.
 12. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª edición. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
 13. CANCINO, Fernando. *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Temis, 1979.
 14. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2008.
 15. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El número de árbitros: uno, tres ¿ninguno de los anteriores?». *Id Est Ius*, n.º 2.
 16. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Libertad de procedimiento de nombramiento». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
 17. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Los árbitros en la nueva Ley General de Arbitraje (Ley n.º 25472)». *Ius et Veritas*. Revista editada por los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 12.
 18. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nombramiento de árbitros». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
 19. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2.

20. CAREY Gearóid y Norah GALLAGHER. «Impartiality of arbitrators: English and Irish law contrasted». *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4.
21. CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: s/e, 1952.
22. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. 2ª edición. Lima: Grijley, 2004, tomo I.
23. CASTILLO FREYRE, Mario. «Imparcialidad en la conformación del tribunal arbitral. Alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 2. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
24. CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
25. CASTILLO FREYRE, Mario. «El deber de declaración». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
26. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 1. Lima: Palestra, Cátedra Garrigues y Estudio Mario Castillo Freyre, 2006.
27. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos*

- proprios*. Lima: Palestra, 2006.
28. CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado». En *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 2. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
 29. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 7. Lima: Palestra, 2009.
 30. CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e preclusiones». *Revista Italiana per la Scienze Giuridiche*, 1922.
 31. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el Arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.
 32. CIFUENTES. *Elementos del Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1988.
 33. CORDÓN MORENO, Faustino. «Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la Ley española». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 7.
 34. CREMADES, Anne-Carole. «Recusación del árbitro». En *Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*. Jorge Luis Collantes González (Director). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, volumen 18.
 35. CREMADES, Bernardo e Ignacio MADALENA. «La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 10.
 36. CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral*. Bolonia:

- Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.
37. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. Madrid: Anuario de Derecho Civil, 1979.
 38. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Conversión del acto jurídico». En *Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.
 39. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I.
 40. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de Derecho y arbitraje consciencia». *Ius et Veritas*, Revista editada por los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 12.
 41. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *En el país de las colinas de arena*. 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
 42. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Motivos de abstención y recusación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
 43. DERAIS, Yves. «France». *The Yearbook on Commercial Arbitration*, vol. VI.
 44. DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar, 1966.
 45. ESCOLÁ BEROZA, María Elisa. «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones». En *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
 46. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Lima: Editorial Rodhas, 2006.

47. FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997.
48. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
49. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 9ª edición. Lima: Grijley, 2004.
50. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho*. Lima: Studium Ediciones, 1987.
51. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, 1968.
52. FERRANDO GAMARRA, Enrique. «Incumplimiento del encargo». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
53. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
54. FOUCHARD, Phillippe. «La relación entre el Árbitro y las Partes y la Institución del Arbitraje». En *The ICC Intenational Court of Arbitration Bulletin - The Status of Arbitrator*. Special Supplement, 1995.
55. GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.
56. GARBERÍ LLOBREGAL, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004.
57. GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
58. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008.

59. GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «Arbitraje comercial internacional». En *Ius Inter Gentes*. Revista de Derecho Internacional, n.º 1, 2004.
60. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Barcelona: Grupo Difusión, 2004.
61. HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo I.
62. JUSTICIA VIVA. *Manual del sistema peruano de justicia*. Lima: Instituto de Defensa Legal, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia, 2003.
63. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n.º 34.
64. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a.
65. LE PERA, Sergio. *Justicia, arbitraje y las reglas UNCITRAL 1985 en la Argentina, en UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
66. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 3ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo I.
67. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
68. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. 2ª edición. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen V. Lima: Fondo Editorial de

- la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.
69. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Capacidad». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
 70. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «El deber de declaración». En *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010.
 71. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «Independencia e imparcialidad de los árbitros en la Ley General de Arbitraje. La subjetividad tras las palabras». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
 72. LOQUIN, Eric. «Les garanties de L'arbitrage». En *Petites Affiches*, n.º 197, Paris, 2003.
 73. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2002.
 74. LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. *Derecho de Arbitraje español*. Madrid: Dykinson, 2004.
 75. MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje*. Madrid: Iustel, 2005.
 76. MANTILLA SERRANO, Fernando. «La constitución del tribunal arbitral: cómo escoger al árbitro». En *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la*

- CCI. *El arbitraje comercial internacional*, 1995.
77. MARTÍN-BALLESTEROS Y COSTEA, Luis. *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1963.
78. MATEO SANZ, Jacobo B. «Falta o imposibilidad del ejercicio de las funciones». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.
79. MATEO SANZ, Jacobo B. «Motivos de Abstención y recusación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.
80. MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastián: Dijusa, Corte Vasca de Arbitraje y Universidad Nebrija, 2009.
81. MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Independencia e imparcialidad del árbitro». En *Jurídica*, suplemento del Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 26 de julio, 1995.
82. MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «La selección del árbitro». En *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n.º 10.
83. MERINO MERCHÁN, José F. *Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
84. MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ª edición. Navarra: Thomson Civitas, 2006.
85. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de R.O. Fontarrosa y otros. Lima: Ara Editores, 2007.
86. MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007.
87. MONTEALEGRE ESCOBAR, José Orlando. «Los árbitros en el Derecho Colombiano y en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá». En *El arbitraje y el derecho latinoamericano y*

- español. Liber amicorum en homenaje a Ludwicz Kos Rabcewicz Zubkowski*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1989.
88. MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco, 1988.
 89. MORALES HERVIAS, Rómulo. «Imparcialidad y recusación del árbitro». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 5. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
 90. MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento pre-arbitral*. Navarra: Aranzadi, 2002.
 91. MUÑOZ SABATE, Luis. *Jurisprudencia arbitral comentada (sentencias del Tribunal Supremo 1891-1991)*. Barcelona: Bosch Editor, 2002.
 92. ONYEMA, Emilia. «Selection of arbitrators in international commercial arbitration». En *International Arbitration Law Review*. Vol. 8, issue 2.
 93. PALACIOS PAREJA, Enrique. «Procedimiento de recusación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
 94. PANDURO MEZA, Lisbeth. *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2011.
 95. PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 2.
 96. PIERALLI, Alessandro. «La reforma del arbitraje en Italia: principales

- novedades comparadas con la Ley española núm. 60/2003 de Arbitraje». En *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n.º 9.
97. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición on line www.rae.es
98. REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: ALEA, 1950.
99. RIVAS GUZMÁN, Ramón. «La doctrina de los actos propios». En *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
100. ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch editor S.A., 1992.
101. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
102. RUBIO GUERRERO, Roger. «Nombramiento por las Cámaras de Comercio». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
103. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco, 1988.
104. SCHÄFER, Erik. «Elección y nombramiento de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 6.
105. SCHERER, Matthias. «New Rules of International Arbitration in Switzerland». En *International Arbitration Law Review*. Vol. 7, issue 4.
106. SINGHAL, Shivani. «Independence and Impartiality of Arbitrators». En *International Arbitration Law Review*. Vol. 11, issue 3.
107. TEMBOURY REDONDO, Miguel. «Estándares de conflicto de interés». En *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Biblioteca

- de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010.
108. TRAKMAN, Leon. «The impartiality and independence of arbitrators reconsidered». En *International Arbitration Law Review*. Vol. 10, issue 4.
109. TRULI, Emmanuela. «Liability v. quasi-judicial immunity of the arbitrator: the case against absolute arbitral immunity». En *The American Review of International Arbitration*. Vol. 17, n.º 3.
110. VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.
111. VÁSQUEZ MAYORGA, Francisco. *El Arbitraje*. Bogotá: D.E., 1984.
112. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999.
113. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
114. WILLIAMS, David. «Recent developments in Arbitration in New Zealand». En *International Arbitration Law Review*. Vol. 7, issue 5.
115. YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
116. YÁÑEZ VIVERO, Mª Fátima. «Arbitraje y Derecho de Sucesiones: el arbitraje testamentario». En *Arbitraje. El arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Segunda parte*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra y Universitat Abat Oliba CEU, 2007, volumen 4.
117. ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. «Ética de los árbitros». En *Arbitraje*.

Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010.

CÓDIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS ARBITRALES CONSULTADOS

1. *Arbitration Act* del Reino Unido de 1996.
2. Código Civil de Perú de 1984.
3. Código de Comercio de México.
4. Código de Procedimiento Civil de Francia.
5. Código de Procedimiento Civil de Suiza de 2011.
6. Código de Procedimiento Civil de Turquía de 2012.
7. Código Procesal Civil de Alemania.
8. Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina.
9. Decreto Ley de Arbitraje de Panamá de 1999.
10. Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de Colombia de 1998.
11. Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004.
12. Ley de Arbitraje de España aprobada en 2003, enmendada en 2011.
13. Ley de Arbitraje de Finlandia de 1992.
14. Ley de Arbitraje de Guatemala de 1995.
15. Ley de Arbitraje de Perú de 2008.
16. Ley de Arbitraje de la República Federativa de Brasil de 1996.

17. Ley de Arbitraje de la República Popular de China de 1994.
18. Ley de Arbitraje de Taiwán de 1999.
19. Ley de Arbitraje Voluntario de la República de Portugal de 2011.
20. Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia de 1997.
21. Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Paraguay de 2002.
22. Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de 1997.
23. Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 2000.
24. Ley de Reforma del Derecho Arbitral alemán de 1998.
25. Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua de 2005.
26. Ley de Ucrania del Arbitraje Comercial Internacional de 1994.
27. Ley de Ucrania de las Cortes de Arbitraje de 2004.
28. Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987.
29. Ley Federal sobre los Tribunales Arbitrales en la Federación Rusa de 2002.
30. Ley General de Arbitraje de Perú de 1992.
31. Ley General de Arbitraje de Perú de 1996.
32. Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida en sus siglas en inglés como UNCITRAL) de 1985, enmendada en el año 2006.
33. Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de 2006.
34. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
35. Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima.
36. Reglamento del Centro de Arbitraje de México.