

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

LA NATURALEZA PROCESAL DEL ARBITRAJE

Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica

AUTOR

ANÍBAL QUIROGA LEÓN

ASESOR

DR. CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

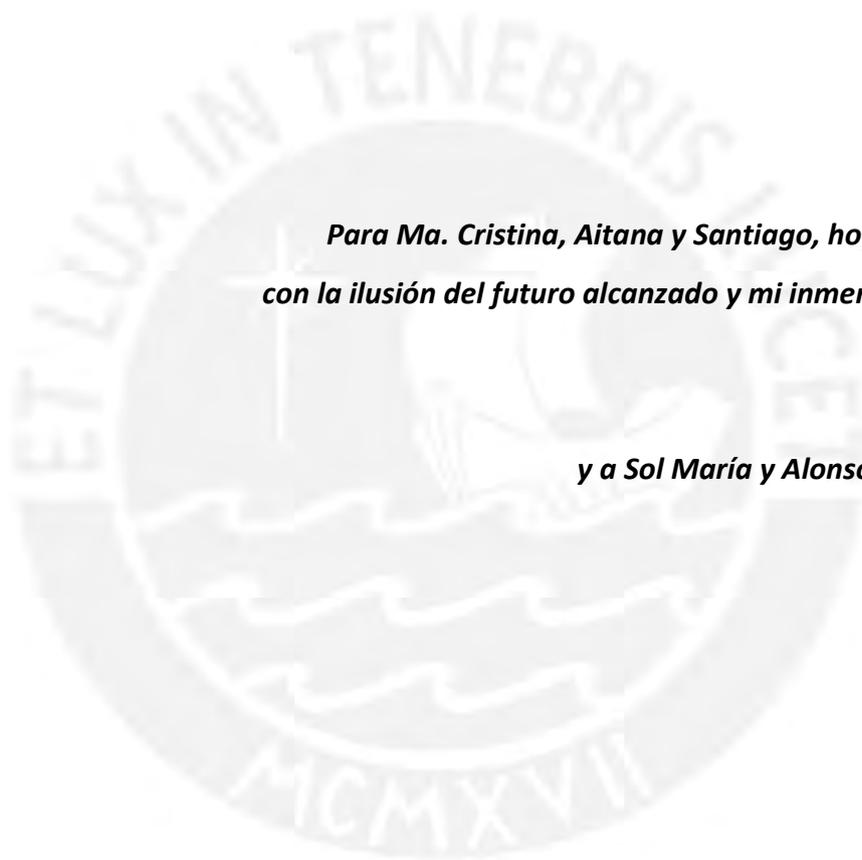
LIMA – PERÚ

2017



*Para Ma. Cristina, Aitana y Santiago, hoy realidad,  
con la ilusión del futuro alcanzado y mi inmenso amor...*

*y a Sol María y Alonso, siempre.*



## RESUMEN

El arbitraje es una institución fascinante que tiene una raíz común con el proceso judicial: el conflicto. Por ello, aunque la realidad de ambos (arbitraje y proceso judicial) se produce en planos diferentes y respecto de diferentes pretensiones, siempre se proyectan hacia un fin común: dar pacífica solución a las controversias bajo un mismo esquema procesal. Esto demuestra que tienen una misma naturaleza jurídica.

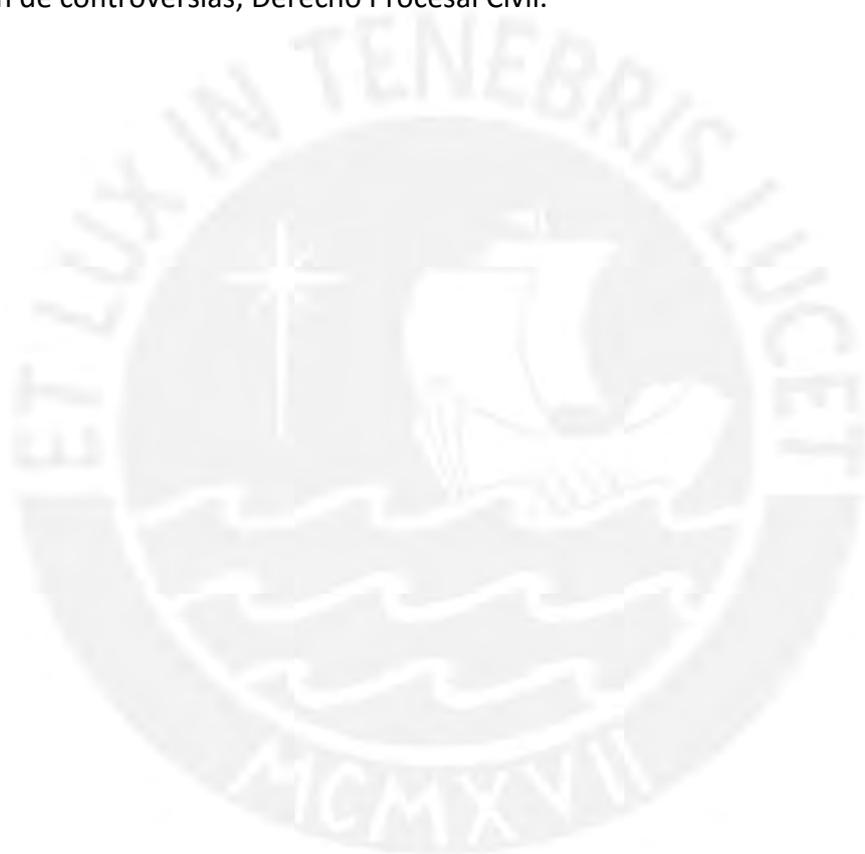
Esto es más claro en la actual crisis globalizada de la administración de justicia estatal. Los *Alternative Dispute Resolutions* (ADR's), son presentados con un sentido equívoco como *formas alternativas de solución de conflictos*: una suerte de opción alterna al sistema judicial que ofrece el ordenamiento jurídico. Esto es profundamente errado pues el arbitraje no es propiamente un medio alternativo al sistema judicial para la solución de los conflictos intersubjetivos de una sociedad, sino una forma antecedente para solucionar tales conflictos y parte del abanico de instrumentos que el Derecho Procesal ofrece para ese fin antes de llegar al proceso judicial jurisdiccional.

El arbitraje no nació como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado Moderno de Derecho, sino como un antecedente al mismo. Es, pues, parte de la historia inicial del proceso. Es el embrión de proceso judicial jurisdiccional que ha subsistido — pese a la vigencia del proceso judicial— por muy diversas razones y finalidades, que el propio proceso judicial alienta y estimula. Habiendo sido su antecedente fáctico, hoy es una fórmula procesal artesanal remanente de marcados y propios perfiles en un ámbito específico del Derecho Procesal y su Teoría General.

El arbitraje comparte la misma naturaleza jurídica del proceso judicial. Tienen una misma finalidad y repiten, en mayor o menor grado, el mismo método y esquema. Además, ambos se sirven del proceso y su teoría general para lograr su realidad y

finalidad. Sus diferencias, basadas en su origen y algunas particularidades, no le restan un ápice de la esencia de una común naturaleza jurídica.

**Palabras clave:** Arbitraje, Proceso Arbitral, Árbitro, Proceso Judicial Jurisdiccional, Naturaleza Jurídica, Arbitramiento, Árbitros, Tribunal Arbitral, Ley General de Arbitraje, Debido Proceso Legal, Método pacífico de solución de controversias, formas alternativas de solución de controversias, Derecho Procesal Civil.



## ABSTRACT

Arbitration is a fascinating institution that shares a common root with the judicial process: the conflict. For that reason, even though their reality occurs on different levels, and regarding different pretensions, they are always projected towards a common goal: to give a peaceful solution to disputes under the same procedural scheme. This demonstrates that they have the same legal basis.

This is more evident nowadays, due to the current global crisis in the administration of justice offered by the State. In these contexts, the Alternative Dispute of Resolutions (ADRs), are presented with a wrong conception, as *alternative forms of conflict resolution*: some sort of alternative to the judicial system offered by the state legal system. This is deeply wrong because arbitration is not properly an alternative to the judicial system for the solution of a society's intersubjective conflicts, but rather an ancient form of settlement of such conflicts that is part of the range of instruments that the Procedural Law offers to solve them before arriving at the judicial process.

Arbitration was not born as an alternative to the jurisdictional faculty of the modern democratic State, but as an antecedent. It is part of the initial history of the process. It is the embryo of judicial process that has remained —despite the validity of the judicial process— for many reasons and purposes, and it is even encouraged by the very judicial process. Having been the factual antecedent of this, arbitration is seen nowadays as a remanent procedural formula, with an own profile in a specific area of the procedural law and its general theory.

Arbitration shares the same juridical nature of the judicial process and they have the same goal and repeat the same method and scheme —to a greater or lesser extent. Moreover, they both use the process, and their general theory, to achieve their reality

and goal. Their differences, based on their origin and some particularities, do not detract from the essence of a common legal nature.

**Keywords:** Arbitration, Arbitration Process, Arbitrator, Jurisdictional Judicial Process, Juridical Nature, Arbitration Panel, Arbitration Court, Arbitrators, General Arbitration Law, Due Process of Law, Peaceful Method of Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution, Civil Procedural Law.



## CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....	10
INTRODUCCIÓN .....	12
Capítulo 1 .....	25
TEORÍA DEL PROCESO Y EL ARBITRAJE: PRINCIPALES INSTITUCIONES .....	25
1. Estructura del Derecho Procesal .....	26
2. La acción.....	27
3. La excepción .....	27
4. La jurisdicción.....	30
5. La competencia .....	32
6. El órgano jurisdiccional .....	34
7. Los principios procesales.....	35
8. Los principios básicos del proceso .....	37
9. Los presupuestos procesales.....	43
10. La tutela judicial efectiva.....	45
Capítulo 2 .....	48
ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE .....	48
1. Origen y evolución del arbitraje.....	48
2. Esquemas sobre composición de conflictos.....	52
Capítulo 3 .....	57
NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE .....	57
1. La teoría contractualista.....	59
2. La teoría jurisdiccionalista.....	63
3. La teoría mixta o híbrida .....	71
4. Nuestra posición.....	72
Capítulo 4 .....	74
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ .....	74
1. El Código de Enjuiciamientos en material Civil (1852) .....	74
2. El Código de Procedimientos Civiles (1912) .....	75

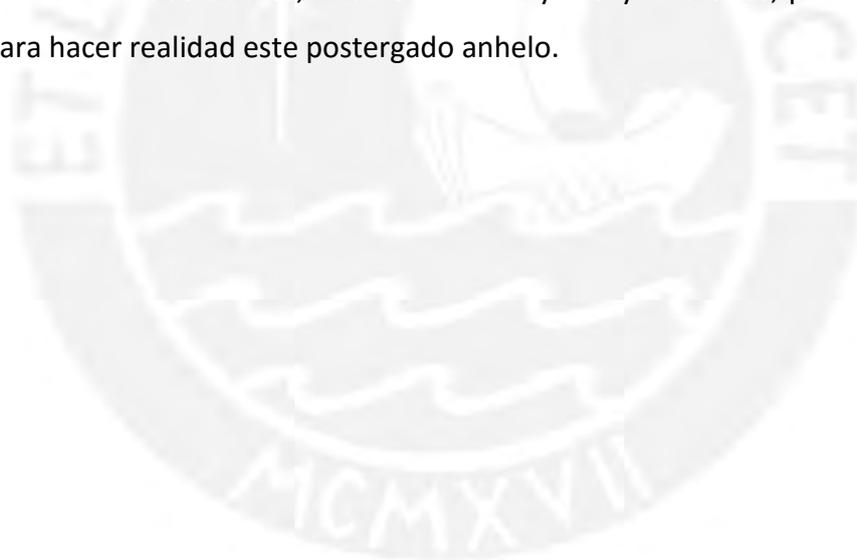
3. El Código Civil de 1936 .....	77
4. La Constitución Política de 1979 .....	77
5. El Código Civil de 1984 .....	79
6. La Constitución Política de 1993 .....	82
7. El Código Procesal Civil de 1993 y la primera Ley de Arbitraje (D.Ley N° 25935) .....	84
8. La segunda Ley de Arbitraje (Ley N° 26572).....	86
9. La actual Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071).....	92
10. Las modificaciones establecidas por el D. Leg. N° 1231.....	93
11. La Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) y su modificatoria por el D. Leg. 1341 .....	94
12. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 350-2015-EF).....	108
Capítulo 5 .....	121
PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA ACTUAL LEY DE ARBITRAJE .....	121
1. Sobre la definición.....	121
2. Sobre la extensión del convenio arbitral.....	123
3. Sobre la excepción de incompetencia material por convenio arbitral .....	124
4. Sobre la renuncia al proceso arbitral .....	127
5. Sobre el número de árbitros .....	128
6. Sobre la libertad de las regulaciones de actuaciones arbitrales .....	129
7. Sobre la representación procesal y la defensa cautiva .....	130
8. Sobre los principios procesales .....	131
9. Sobre los alcances de la competencia del Tribunal Arbitral .....	132
10. Sobre el plazo para laudo.....	133
11. Sobre el control difuso .....	133
12. Sobre el recurso de anulación .....	135
13. El arbitraje en las asociaciones público-privadas.....	137
14. Sobre las causales de recusación de árbitros.....	139
15. Medidas preventivas contra el uso ilegal del arbitraje .....	141
16. Sobre el denominado <i>arbitraje popular</i> .....	143
17. Reflexiones finales.....	145
CONCLUSIONES .....	146
BIBLIOGRAFÍA.....	162



## AGRADECIMIENTOS

Como bien dice un antiguo refrán castellano: es de bien nacido ser agradecido.

Este trabajo no habría llegado a este punto sin el decidido apoyo de diversas personas, a quienes debo agradecer sin ambages: a Carlos Blancas, jurista, profesor y probado amigo, cuya infinita generosidad ha contribuido decididamente a su realidad y bondad como su asesor. A Ciro Alegría, destacado académico, quien apostó por esta maestría — y sus integrantes— en un medio no siempre pacífico. A Armando Guevara, jurista, colega y docente, por su eficiente dedicación y esmero en la coordinación de la maestría que le sirve de marco. A Roxana Vergara por su paciente comprensión y eficaz colaboración. A Mario Castillo, destacado y depurado jurista, docente y amigo que distrajo valioso tiempo aportando desinteresadamente inteligentes observaciones a la versión final de esta tesis. Y a mis colaboradores, Kristhel Ramírez y Melly Villalobos, por su generoso esfuerzo para hacer realidad este postergado anhelo.



«[A] un hombre se le cayeron tres monedas, y otro las encontró. Ambos fueron ante el juez y los dos insistían en que no les correspondía quedarse con el dinero. El que dejó caer las monedas, explicó que no merecía recuperarlas porque la pérdida se debía a su propia negligencia. El que las encontró argumentó que no podía quedarse con ellas, porque no le pertenecían originalmente.

Después de escuchar a las partes, el juez sacó otras tres monedas de su propio bolsillo y las agregó a las otras, luego dividió las seis entre los tres. Al final dijo: el que dejó caer las monedas, y que tenía tres al principio, ahora tiene dos; el que encontró tres monedas, también tiene dos; yo tenía tres monedas en mi bolsillo, pero ahora tengo dos. Cada uno de nosotros perdió una moneda. Este es mi Fallo».

— Decisión judicial del periodo feudal Edo (1600-868)<sup>1</sup>

«Las lecciones de Darwin no son solo aplicables a especies biológicas. También se aplican (a) las instituciones. Al igual que las especies vivas, las instituciones ([...] las reglas de juego y convivencia en una sociedad) creadas por los seres pueden reflejar estupidez o inteligencia. Las malas instituciones tenderán a desaparecer porque no podrán adaptarse a la realidad, mientras que las nuevas instituciones tenderán a sobrevivir y a traer desarrollo. Y si la inteligencia es capaz de modificar el medio ambiente, las chances de adaptarse y sobrevivir aumentan [...].

Y dentro de las “especies institucionales” podemos encontrar a las normas creadas para solucionar conflictos. Y dentro de estas podemos encontrar las reglas arbitrales las que se encuentran en el mismo ambiente que otros mecanismos como la jurisdicción ordinaria, la mediación, la conciliación, etc.

Estas reglas pueden ser más capaces de adaptarse a las necesidades de los hombres y al marco social y económico dentro del cual se desenvuelven. Es de esperar que las reglas con más capacidad de adaptación sobrevivan y las que no desaparezcan o se utilicen menos.

Hayek distingue entre órdenes constructivistas y órdenes espontáneos. Los primeros son creados e impuestos desde arriba, como puede ser el caso de un Código Procesal [...] [que] es construido por el legislador. Una vez dado, su estructura es rígida y para cambiar (mutar en términos de Darwin) requiere de un cambio legislativo, algo complicado, lento y difícil de hacer. Su capacidad de adaptación es limitada y por tanto su supervivencia (entendida como su uso social intenso) es complicada.

Por el contrario, el arbitraje es tremendamente flexible y puede cambiar y adaptarse fácilmente. Las leyes de arbitraje suelen ser cortas, generales y permiten, casi sin excepción, pactar en contra(rio). Las reglas que se aplican en un arbitraje nacen más de la práctica acumulada que de un acto del legislador. Para cambiar la práctica no hay que cambiar la ley».

—Alfredo Bullard González (2016: 17)

«Los procesasalosaurios son una especie que abunda en el Perú. Rondan por las escaleras del Poder Judicial y tienen largas garras con las que amedrentan a secretarios, jueces y congresistas. Su dieta básica consiste en una porción de excepciones, con guarnición de impugnaciones y salsa de formalismos. Que quede claro: no son abogados procesalistas. Se hacen pasar como tales, pero en realidad son litigantes u “operativos” estancados a la mitad de la cadena evolutiva, sin capacidad de adecuarse a un sistema transparente.

En los últimos años, esta feroz especie ha sido presa de la creciente preferencia por el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos. Acostumbrados a “jugar debajo de la mesa”; las reglas claras, transparencia y predictibilidad que suelen caracterizar al arbitraje han supuesto un riesgo para su supervivencia.

La primera reacción jurásica consistió en judicializar los arbitrajes, forzando a que estos sean discutidos en un terreno donde se sentían más cómodos».

—José María de la Jara (2016: 165)

<sup>1</sup> Tomado de Zolezzi (1987).

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una figura judicial fascinante. Muchos se preguntarán cómo puede ser definida como judicial si suele constituirse en sede privada arbitral. Pero ocurre que la ideología imperante sobre la materia, y la desinformación, la han presentado en los últimos tiempos como diferente, y hasta antagónica, respecto del proceso judicial, cuando en realidad no es así. Precisamente el objeto principal de este trabajo es ingresar al estudio y análisis de la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje, a fin de constatar, como premisa básica, que tal visión es equivocada<sup>1</sup>.

Pese a tener una raíz común (el conflicto) la realidad del arbitraje y del proceso judicial se dan en planos diferentes, respecto de diferentes pretensiones, pero proyectados hacia un mismo fin (la solución del conflicto), bajo una misma plantilla o modelo procesal, lo que demuestra que tienen una misma naturaleza o raíz jurídica.

Esto resalta más con la actual crisis generalizada y globalizada —en mayor o menor medida— de la administración de justicia estatal y la aparición de los ADR's (*alternative dispute of resolutions*), que en traducción equivocada suelen presentarse como *formas alternativas de resolución de conflictos*. Y es equívoca porque, en estricto, el arbitraje no es un medio alternativo al sistema judicial para la solución de los conflictos intersubjetivos de una sociedad, sino que constituye una forma antecedente de solución de tales conflictos (y de administración de justicia), formando parte de los instrumentos judiciales que brinda el sistema jurídico para ello. Se trata, pues, de una parte del abanico de instrumentos que el Derecho Procesal ofrece para la solución de tales conflictos de modo previo al proceso judicial jurisdiccional que, a partir de finales del Siglo XVIII, el Estado de derecho ha monopolizado para sí. Así, el arbitraje es el embrión de proceso judicial jurisdiccional, y ha subsistido hasta la fecha —a pesar de la

---

<sup>1</sup> El presente trabajo, y su premisa esencial respecto de la naturaleza procesal del arbitraje, han sido desarrollados a lo largo de varios años en sus aspectos básicos en diversos artículos que publicamos. Véase, especialmente, Quiroga (2008: 153-182).

vigencia del proceso judicial— por muy diversas razones y finalidades, que son también comunes a las del proceso judicial y que, sin duda, el mismo proceso judicial alienta y estimula<sup>2</sup>.

El arbitraje comparte la misma naturaleza jurídica del proceso judicial. Tienen una misma finalidad, repiten en mayor o en menor grado el mismo método, y ambos se sirven del proceso —y su teoría general<sup>3</sup>— para lograr su realidad. Sus diferencias, basadas en su origen y algunas particularidades, no le quitan la esencia de su naturaleza jurídica.

En puridad, el proceso judicial privado o arbitral es una de las varias formas iniciales que el sistema jurídico ha ofrecido como solución pacífica frente al conflicto de sus ciudadanos. Posteriormente, luego de una evidente evolución histórica, llegó a la solución final que el Estado ofrece frente a los conflictos intersubjetivos de sus ciudadanos, y se puede definir como el *proceso judicial jurisdiccional* (la jurisdicción estatal), para distinguirlo de los procesos judiciales no jurisdiccionales (dentro de los que se encuentra el arbitraje), en la medida en que remeda a aquel y constituye una fórmula trilogica en su estructuración: una parte alega (A), la otra parte contradice (B) y un tercero decide (C). De allí que Aragonese (1960) señale que toda fórmula trilogica de solución de conflictos (donde intervenga un tercero) será *judicial*, y que la de los jueces del Poder Judicial del Estado deberá ser llamada *judicial jurisdiccional*.

En los orígenes de la humanidad, donde hunde sus raíces el surgimiento del proceso como medio pacífico de solución de controversias —superando precisamente las formas directas o violentistas como modo de solución de esas controversias— las disputas al interior de una comunidad fueron inicialmente resueltas por mano propia. Regía entonces la ley del más fuerte, la ley de la selva, la *Ley de Talión*, la *autotutela* como medio de la defensa, protección y reparación de los derechos de cada cual o de cada quien.

---

<sup>2</sup> Un viejo principio del derecho procesal, tanto en el *common law* cuanto en el *civil law*, y que mantiene plena vigencia, enseña que: «la composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial» (Quiroga 2000: 778, 793 y 797).

<sup>3</sup> Referido a la *Teoría General del Proceso*.

Con el desarrollo y evolución de las condiciones sociales de vida, las gentes dejaron de pegarse y de matarse para dirimir la razón y sus derechos, y empezaron a hacer acuerdos bilaterales de solución, a negociar, a hacer *autocomposición*, para la composición de los derechos de las partes. El problema continuó —en menor grado, es verdad, pero subsistió—, en la medida en que no en todos los casos las partes podían llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio, o siquiera mínimamente satisfactorio que aplacara su sed de venganza, o que les redimiera de la ofensa, frente a la limitación de la negociación cuando las partes no necesariamente cedían ni podían llegar a un acuerdo frente al sentimiento de injusticia por lo acontecido. Esto, porque siempre había una parte más fuerte y una más débil, una más astuta y una más lerda, una más poderosa y otra menos pudiente, una con mejor defensa y la otra con una menos hábil, por lo que el riesgo de involución hacia formas autotutelares, rencorosas y directas pervivió.

Finalmente, en el grado máximo del desarrollo social, y ante el temor cierto de que el fracaso les hiciera involucionar nuevamente hacia la confrontación directa —con el grave perjuicio que ello supondría para cualesquiera de las partes— el desarrollo de la evolución social en comunidad hizo que decidieran hacer intervenir a un tercero para lograr tal solución. La principal característica de este tercero sería su *imparcialidad* y que, contando con la aceptación de los contendores y una necesaria legitimación social, determinase a los confrontados finalmente lo que a cada cual correspondía. Se descubrió entonces la *heterocomposición*, como necesaria trilogía judicial de una comunidad social para alcanzar por entero la solución pacífica de sus controversias (Alcalá-Zamora 1947). Esto se encuentra magníficamente condensado por González Pérez:

Los hombres que en su estado primitivo natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban, por consiguiente, autorizados para hacerlo por sí propios; la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios, pues no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que

mejorasen en la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia. (1984: 19)

Este tercero podía ser —en aquel entonces— el más *anciano* de la comunidad, el *brujo*, el *chamán*, a quien se considerara el *más sabio*, el *líder*, el *azar*, el *sacerdote*, el que accedía a la verdad y/o a la justicia, etc.<sup>4</sup> Avanzada la civilización dejando atrás su estadio primitivo, dentro de una de las fases del desarrollo del derecho en Roma, a ese tercero precisamente se le denominó *arbiter*, para luego en la fase final de la *Extraordinaria Cognitio* adoptar la denominación de *iudicum*, de la que se deriva los vocablos *lúdice*, *iudicum*, y hoy el del juez (el que dice la ley o el que dice el derecho) y el de la *iurisdictio* (jurisdicción), definida como la acción de decir —o de quien dice— el derecho en un caso concreto entre dos partes y con carácter definitivo. Esto hoy se reconoce como la potestad jurisdiccional (dentro de la que está el pleno acceso a la tutela jurisdiccional y la autoridad de la cosa juzgada o *res iudicata*) reservada de modo exclusivo y excluyente al Estado<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Calamandrei señala que, históricamente, la cualidad preeminente de la idea de juzgar, desde los albores de la civilidad, ha sido la búsqueda de la ansiada imparcialidad. Así, de modo muy significativo, el juez se confunde con el sacerdote o brujo, que requiere de la ayuda sobrehumana para la inspiración de la superstición o magia, y hallará la motivación de sus fallos en el simple vuelo de las aves o en las vísceras palpitantes de las víctimas así inmoladas. El *juicio de dios*, la *prueba de fuego*, el *óculo chiuso*, etc., serán expedientes suficientes para introducir en el juicio la garantía de la necesaria imparcialidad, entendida como una fuerza superior a todo cálculo humano, a todo poder terrestre, a todo margen de error, como es la indiferencia de los dioses y la suerte ciega. También el método seguido por el famoso juez *Bridoye di Ravelais*, que metía en una balanza los escritos de los litigantes dando la razón a los que pesaran más. Como la justicia del *Cadí turco* que decidía con los ojos vendados lanzando puñales a los eventuales contrincantes, sacrificándose al que perdía el juicio. Cuenta también la experiencia de un etnólogo extranjero que presenció en una tribu africana, habitante en las orillas de un lago: cuando se producía una disputa, los litigantes eran atados a dos palos erigidos en la proximidad del lago, a igual distancia el uno del otro con respecto al agua, quedándose allí a la espera de la sentencia. Al cabo de un rato, el oleaje anunciaba la presencia del juez: un viejísimo cocodrilo, muy enterado en aquellos menesteres, que después de haber sopesado muy seriamente la cuestión, se acercaba muy lentamente a uno de los palos. El litigante devorado había perdido la causa, con evidente condena accesoria de propia vida (1954: 46-49).

<sup>5</sup> El *arbitraje* constituye la cuna del proceso jurisdiccional. Los antiguos jueces romanos, tanto dentro de la *Ordinaria Cognitio* como dentro de la *Extraordinaria Cognitio* recibieron la denominación de *Pretores* o *Arbíter*. Quiroga León (1992).

Como señala con agudeza Calamandrei, la idea fundamental que se encuentra en los más remotos albores de la civilización y que constituye el germen de todos los institutos judiciales posteriores es la siguiente:

Para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que por estar desinteresado pueda ser imparcial. Pero no se debe creer que este tercero imparcial, que se opone entre los sujetos del conflicto, sea originariamente el mismo Estado, con un órgano suyo con carácter de Juez público. En un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la controversia a un particular de confianza común entre los contendientes (Árbitro) a cuya decisión las partes se obligan por contrato a atenerse. Del arbitraje facultativo, al cual los contendientes recurren solamente si están de acuerdo en preferir la solución arbitral al uso de la fuerza privada, y en el que la decisión del árbitro es obligatoria sólo en cuanto es aceptada por las partes, se pasa al arbitraje obligatorio en el sentido de que los contendientes están obligados por la autoridad a recurrir a él, y que la obligatoriedad de la decisión se impone también con la fuerza del Estado. De aquí a la institución de los jueces públicos el paso es corto: cuando el Estado en lugar de limitarse a imponer a los contendientes el recurrir a árbitros privados, asume directamente la función plena de garantizar el derecho, mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias, la Jurisdicción como función del Estado ha nacido ya. (Citado por Aragonese Alonso 1960: 76)

El arbitraje se ha mantenido —y ha sobrevivido— como figura jurídico-procesal artesanal válida para la solución definitiva de determinadas controversias, en las que el Estado cede su posición exclusiva y excluyente permitiendo, siempre bajo su control, que sus ciudadanos obtengan la satisfacción a sus conflictos de un modo *consensualmente judicializado*. Pero sólo en aquellas actividades que el Estado lo

permita y bajo la tutela de éste, tanto como se permite la renuncia a los derechos judiciales, la conciliación de éstos, la transacción o su negociación. Ni más, ni menos que en estos casos y es *artesanal* porque el proceso arbitral se *construye* para cada caso y termina con el fin del caso.

Sin embargo, tal vez por la grave crisis del *Sistema Judicial* a nivel mundial en la sociedad contemporánea, a la que nuestro país no es inmune, muchos han vuelto sus ojos hacia el *arbitraje* tejiendo una serie de mitos sobre su realidad, y otorgándole una calidad que no tiene, ni le corresponde, y que a la larga más que beneficiarle le restará fortaleza como se demostrará al final de este trabajo- como adecuado mecanismo *antecedente* de solución de conflictos entre los particulares.

El arbitraje no puede ser considerado como una *alternativa* al proceso judicial, porque no lo es, ni por historia ni por realidad; como tampoco lo son el desistimiento de los derechos o la transacción judicial. Es un *mecanismo antecedente* de solución de conflictos que el Derecho Procesal contiene de sus múltiples variables, en donde el *proceso judicial jurisdiccional* será el modo final, terminal, de lograr la *solución compuesta* por el Estado, a falta de voluntad de los litigantes.

El principal elemento común al *arbitraje* y al *proceso jurisdiccional* es el conflicto, ya que ambas figuras tienen por finalidad dar fin de modo pacífico, ordenado, metodológico, secuencial, a un determinado conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica que genera un conflicto. Eso es de fundamental entendimiento, para poder alcanzar el más certero análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje, arribando a la conclusión de su fuerza vital procesal o *élan procesal*.

Y es que por principio metodológico no debemos confundir la causa con la fórmula de solución. Ni el proceso judicial jurisdiccional del Estado ni el arbitraje son fines en sí mismos, ni sobreviven por sí solos sin contenido de los derechos subjetivos de las personas en disputa; por lo que ambos por igual son métodos de solución pacífica de controversias. Por ello afirmamos con énfasis que no se debe confundir la causa de

la enfermedad (el conflicto intersubjetivo) con el remedio para solucionarla (el proceso que pone fin a ese conflicto intersubjetivo).

Los partícipes de la naturaleza meramente *contractualista* del arbitraje, es decir los llamados *arbitrativistas*, suelen confundir ello. Pero, lo que es más llamativo aún, creen que el arbitraje se funda con posterioridad al proceso judicial jurisdiccional del Estado, llegando a la errada conclusión de ser instituciones diferentes, casi opuestas, creyendo ver en los defectos de una los aciertos y bondades de la otra. En verdad, una básica y apropiada literatura procesal ineludiblemente nos llevará a la convicción de que —teniendo la una y la otra obvias bondades en escenarios y realidades diferentes— una no es más que la evolución natural del proceso de desarrollo social de la humanidad y su convivencia social de la otra, por un lado, y de la consolidación del Estado social de derecho hace poco más de dos siglos, por el otro.

Y la principal diferencia entre el *arbitraje* y el Proceso Jurisdiccional es: *la voluntad*. En efecto, para renunciar a un derecho, para transigir con él, para arbitrar, se requiere de la voluntad expresa de hacerlo, sin la cual no se puede ingresar válidamente a ninguna de estas figuras. Así como no existe el *desistimiento forzado*, ni la *transacción compulsiva*, tampoco puede subsistir el *arbitraje obligatorio* porque dejaría de ser *arbitraje* para convertirse en liso y puro *proceso judicial jurisdiccional*, solo que falseado.

Para mantener el arbitraje —evidente institución procesal que, sin embargo, no está contenida en la versión final del Código Procesal Civil del Perú de 1993—<sup>6</sup> en su

---

<sup>6</sup> Nótese que el Código Procesal Civil del Perú fue inicialmente aprobado por Decreto Ley N° 768 de 29 de Febrero de 1992, y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el siguiente 4 de Marzo. Allí se contenía —en su Libro Segundo, artículos 841 a 931— a la denominada *Justicia Arbitral*. Sin embargo, su primera *vacatio legis* estableció que ingresaría en vigencia el 1 de enero de 1993, y ello fue postergado hasta el 28 de julio de 1993. En el *ínterin*, mediante Decreto Ley N° 25940 —expedido en la fase dictatorial del Gobierno del Presidente Fujimori después del Golpe de Estado de 5 de abril de 1992— se le modificó sustantivamente, generando la necesidad de un *Texto Único Ordenado*, que es la versión actual aprobado por Resolución Ministerial No. 010-93-JUS. En ese texto final desapareció, sin mayor explicación, el *Libro Segundo Justicia Arbitral* que luego fue regulado, con algunas modificaciones, como *Ley General de Arbitraje*, mediante Decreto Ley No. 25935(D), de 9 de diciembre de 1992, y que prontamente fue derogada de modo integral y reemplazada con el mismo epígrafe por la Ley 26572. Doce años después, un poco para comprobar los vaivenes teóricos y legislativos del arbitraje, la misma fue íntegramente sustituida por el D. Leg. 1071, en actual vigencia, con las modificaciones y adiciones incorporadas por el D. Leg. 1231.

verdadera dimensión, y con la fuerza jurídica y lugar que le corresponde, sin desdibujar sus contornos ni falsear sus alcances, porque de ese modo no se hace otra cosa que debilitarlo. Uno no puede arbitrar la validez de su matrimonio, ni la determinación de su herencia, ni su divorcio, ni todos aquellos derechos que la ley explícitamente excluye del arbitraje (la gran mayoría). Tampoco el arbitraje puede reemplazar a la justicia penal, ni a la justicia constitucional. Entonces, ¿Qué es lo que se puede someter al arbitraje?: fundamentalmente los derechos patrimoniales y que sean de libre disposición de los ciudadanos. Nada más.

Pero ello que parece poco desde un punto de vista conceptual, es bastante en la realidad. El *proceso arbitral* puede reemplazar muy eficientemente al proceso judicial del Estado al cumplir con sus mismas finalidades (*telos*). La decisión arbitral, la sentencia arbitral (laudo) equivale tanto como una sentencia judicial-jurisdiccional, y el laudo final constituye *cosa juzgada (res iudicata)* para sus protagonistas, y para el propio Estado, sustrayéndose el *conflicto o litigio* (materia arbitrable) de la competencia de la Justicia ordinaria, la que para ese caso específico deviene en incompetente en su juzgamiento por sobre el *convenio arbitral*.

Y lo que es más importante: los árbitros designados válidamente por los contendores devienen en verdaderos *jueces jurisdiccionales*, pero sólo delegados para el caso concreto de que trate el arbitraje y por el plazo que allí expresamente debe consignarse; tan Jueces como los Jueces de la justicia común, con la misma representación estatal que la Ley les reconoce y con las mismas responsabilidades e incompatibilidades. No podría ser de otro modo.

Desde un punto de vista conceptual y jurídico, no existe, pues, una *jurisdicción arbitral* propiamente dicha, como erradamente lo establece la Constitución de 1993, repitiendo el error conceptual de la anterior de 1979<sup>7</sup>. La explicación que a ello se ha

---

<sup>7</sup> **Constitución de 1979:** «Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la arbitral y la militar. (...)”

dato, antes y ahora, se expresa en función del presunto fortalecimiento y respeto de esta institución por el hecho de estar dentro del texto constitucional (Aramburú Menchaca 1990)<sup>8</sup>. A ese paso, y con la misma metodología, casi todo el país debería estar consagrado en la Constitución. No nos parece que esa deba ser la manera más adecuada en que se habrá de fortalecer y hacer efectiva una institución que permite reconducir válidamente los conflictos individuales y colectivos de la sociedad hacia las mismas soluciones pacíficas que son norte del *proceso judicial jurisdiccional*. Son su verdadera ubicación, conceptualización, educación, respeto y comprensión, lo que habrá de permitir al arbitraje constituirse en sólida válvula antecedente, manejada por los propios ciudadanos, para la composición pacífica de algunos de sus más grandes quebraderos de cabeza. Siempre que lo deseen, claro está.

Ha sido relativamente difícil ubicar a la institución del *arbitraje* en una clara definición desde la Ciencia del Proceso. La doctrina suele pasar a su descripción, a su finalidad, o ha sido captada por definiciones que surgen del Derecho Civil o, más específicamente, desde el Derecho de los Contratos o de las Obligaciones. No ha habido un gran desarrollo respecto a su verdadera naturaleza. Pareciera que ese tópico no ha sido importante o ha sido prescindible. No ha interesado. Sin embargo, queda claro que el *arbitraje es*, esencialmente, institución procesal, desde que tiene el mismo origen, cumple la misma finalidad y se sirve de las mismas categorías básicas para su realidad.

Es una institución que constituye una forma pacífica de solución de controversias en la sociedad, permitiendo mediante actos concatenados y sistémicos (*pro-caedere*), llegar a una solución que sea definitiva, definitoria y con calidad de cosa juzgada (*res*

---

**Constitución de 1993:** «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*».

<sup>8</sup> Es interesante señalar que el autor citado, Andrés Aramburú Menchaca, Constituyente de 1978 y proclamado autor de esta cláusula constitucional, señaló lo siguiente: «Al discutirse el artículo 233 [de la Constitución de 1979] hubo un intenso debate técnico-jurídico en la Asamblea Constituyente. Como se ha dicho, el artículo citado considera los arbitrajes como una jurisdicción independiente del Poder Judicial. Por eso la Constitución se refiere a la “jurisdicción arbitral” y creemos que esto es lo apropiado. Sin embargo, distinguidos procesalistas sostuvieron que el arbitraje sólo era un procedimiento, un juicio de naturaleza especial, como otros que considera el Código de Procedimientos Civiles. Triunfó la primera tesis y no seguiremos tratando ahora el punto porque existen otras teorías. Hoy impera lo que la Constitución preceptúa y esta prima sobre todas las leyes».

*iudicata*), eludiendo o evitando el proceso judicial jurisdiccional del Estado, pero dentro de la misma tutela del Estado —de hecho, permitida por éste— dentro del mismo Sistema de Justicia. Por ello, comparte los elementos esenciales del *debido proceso legal* y de la *tutela judicial efectiva*<sup>9</sup>, ocupando un importante rol y lugar dentro del Derecho Jurisdiccional<sup>10</sup>.

Hay, sin embargo, una primera gran diferencia que suele llevar a confusión; y una segunda gran limitación que suele soslayarse. En efecto, la primera gran diferencia entre el proceso arbitral del Sistema Jurídico y el proceso judicial jurisdiccional radica en que el primero, basado en la ley y permitido por el Sistema Judicial, pasa por una realidad contractual que le da nacimiento y origen a cada proceso arbitral, y donde bajo los principios procesales de la liberalidad de las formas y de la composición de las partes, debe prevalecer por sobre la composición judicial, las partes intervinientes “*escogen*” a sus jueces (a los árbitros), definen la materia válidamente arbitrable, determinan la mejor forma procesal aplicable al caso (hacen su proceso) y fijan el plazo del mismo. La gran limitación surge precisamente de allí mismo: sólo será procedente (admisible, viable y válido) para aquellos derechos civiles y comerciales de libre disponibilidad, básicamente de orden patrimonial. De allí que no se pueda hablar con propiedad del arbitraje como medio o forma “*alternativa*”, pues tal no existe: no se puede escoger entre la alternativa de arbitrar o litigar, pues en la mayoría de los casos que el derecho plantea, tal alternativa no existe. Así, no se puede arbitrar un divorcio, ni los derechos de familia, ni los de los menores, ni los personalísimos, ni los que corresponden a los

---

<sup>9</sup> Utilizaremos los conceptos de debido proceso legal y tutela judicial (jurisdiccional) efectiva (o eficaz) como sinónimos (véase Quiroga León 2014 y Chiabra Valera 2010).

<sup>10</sup> «La doctrina ha adoptado distintas posturas al respecto. Un primer sector doctrinal, siguiendo la argumentación efectuada por el TC niega la aplicabilidad de las garantías del Art. 24° CE al arbitraje. Por otro lado, un segundo sector doctrinal se ha esforzado en argumentar la vigencia en el arbitraje de las garantías del Art. 24° CE. Durante la vigencia de la LA 1988, el principal aspecto en el que puso su atención la doctrina que se manifestaba a favor de la aplicación al arbitraje de las garantías propias de la tutela judicial efectiva fue el concepto de orden público. El orden público, según la Exposición de Motivos de la LA de 1988, debía ser interpretado a la luz de la Constitución. No obstante, la LA de 1988 no indicaba a qué principios constitucionales se estaba remitiendo. [...]. La selección de principios debía efectuarse a partir del criterio establecido por la propia CE en su Art. 53.2 e incorporaba, en consecuencia, las libertades y derechos reconocidos en el Art. 14° y la Sección Primera del Capítulo II dentro del cual se encuentra el Art. 24° CE. Desde nuestro punto de vista no podemos excluir la aplicación al arbitraje de los principios y derechos constitucionales, tampoco los incluidos en el Art. 24 CE» (Mallandrich Miret 2010: 64-65).

derechos fundamentales de las personas, ni aquellos que no sean de libre disponibilidad, ni los de responsabilidad criminal regidos por las leyes penales que llevan una condena criminal, etc.

Bien visto, el *arbitraje* se establece como posibilidad en un universo limitado, pero muchas veces cualitativa y cuantitativamente importante que justifica —y permite— su realidad, pues representa un costo más elevado que el ordinario para el litigante interesado. Y asimismo, tampoco se podrá arbitrar contra la voluntad de la contraparte, de no mediar pacto previo (en sus distintas acepciones de Cláusula Compromisoria, Compromiso Arbitral, Pacto Arbitral, Contrato Arbitral, Convenio Arbitral, Contrato de Arbitraje, etc.), o pacto posterior, no se podrá compeler por ningún medio lícito ni jurídico a arbitrar, de no mediar expresa anuencia, sometimiento o siempre que, además de dicha expresa voluntad, la materia arbitrable sea lícita para tal propósito.

Ogayar y Ayllón, quizá quien mejor define esta situación, señala que:

Pero, para resolver los conflictos o contiendas entre particulares, existen diversos medios, pues, además de acudir a los Tribunales Estatales [...], hay veces que la solución se logra sacrificando una de las partes su posición, abdicando de su pretensión o de la resistencia que venía oponiendo a la pretensión ajena, mediante la renuncia de su derecho; o las partes se hacen concesiones recíprocas para poner fin al litigio, o para impedir que este surja, por la transacción, o, sin ponerle fin, se conviene que las diferencias se resuelvan no por los Órganos Jurisdiccionales del Estado, sino por un organismo extraoficial que se denomina Arbitraje, pues el Estado, respetuoso con la libertad que concede a los ciudadanos para disponer de sus intereses, la lleva a sus últimas consecuencias [...], permitiendo que las resoluciones de los procesos civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los Tribunales estatales, sino a jueces privados, facultad consagrada en las legislaciones desde una antigüedad bastante remota, porque el Estado

[...] al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional como de personas a quienes concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de juzgar para un caso concreto. (1977: 63-64).

En consecuencia, el *arbitraje* es un proceso judicial —en tanto forma trilateral *heterocompositiva*— de orden privado, bajo la autoridad, respeto y protección del Estado, y que surge de un necesario acuerdo de voluntades, expreso o tácito, para dirimir una o más controversias ante un Tribunal *ad-hoc*, convocado por el consenso de las partes y protegido por el Sistema Judicial, con decisiones ejecutoriadas y con calidad de *res iudicata* (*cosa juzgada material*). De allí que el objetivo de esta tesis sea demostrar que responde a una naturaleza procesal por excelencia, y que —desde allí— despliega los especiales contornos que le diferencia, del proceso judicial jurisdiccional del Estado.

Por su lado, Merchán Álvarez señala que:

Pero, además, de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, es decir, que podemos afirmar que los árbitros en líneas generales se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. [...]. Por eso cuando el maestro Jacobo en su Doctrina nos habla «De los jueces ordinarios et de quantas maneras que son judgadores» afirma «que son tres maneras dellos. La primera es los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la terçera de los árbitros» [...] «terçera manera de judgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín juez de abenencias» (1981: 40-41).

Y por su parte, el procesalista italiano Carnacini, señala:

Así contemplado a grandes rasgos el Arbitraje ritual, [...], se presenta como el instituto en que se concede al particular, en mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que,

en atención al fin que persigue y al resultado que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional. (1961: 27)

Las principales teorías y definiciones habrán de demostrar la premisa esencial de este análisis: la naturaleza intrínsecamente procesal de la institución arbitral que no puede ni debe ser desconocida, so riesgo de desfigurar su esencia y llegar a conclusiones erradas.



## Capítulo 1

### TEORÍA DEL PROCESO Y EL ARBITRAJE: PRINCIPALES INSTITUCIONES

Debemos partir por reconocer que el Derecho no es un simple sistema de reglas estáticas y aprehensibles que regulan la vida en sociedad a través de la vigencia de sus normas, ya sea voluntaria o coercitivamente, con la mediación del Órgano Jurisdiccional. Por el contrario, como sostiene Latorre, es una ciencia de vigencia social cuyas reglas jurídicas deben su complejidad a la naturaleza misma de la sociedad (1969: 80-82). De este modo, podemos comprender que el atrofiado desarrollo de uno de sus pilares resulta clamoroso para impedir la consecución de la justicia como fin mediato y la paz social en la solución de los conflictos intersubjetivos como fin inmediato.

Y es que la justicia, a decir de Devis Echandía (1967: 177), como noción abstracta es inmutable; pero la manera de lograrla en la práctica, difícil y esquiva, es necesariamente cambiante porque debe ajustarse a la permanente evolución del medio social y de la persona humana misma. En cada periodo histórico ha existido un diferente concepto de justicia y un especial procedimiento para adoptarla; sin que antes, ni ahora se haya alcanzado perfección, ni tal vez se la logre nunca, ni siquiera esa relativa e incompleta que suele satisfacer al hombre y que es la única que está a su alcance.

Esa es la razón de ser del Derecho Procesal y el fundamento del proceso. Por eso, sólo a través de su adecuado desarrollo se han de perfilar las adecuadas relaciones de justicia, y sólo a través de ello se puede pretender un coherente desarrollo social y humano. Por esto, partiendo desde el principio, se debe reconocer que corresponde al ordenamiento jurídico una adecuada regulación procesal, y que esta regulación

competen, a su vez, a todos los estamentos del derecho. Es ilusorio pretender el desarrollo de una ciencia jurídica nacional sin el avance coordinado y recíproco de todas las instituciones que constituyen sus pilares. El Derecho Procesal es un importante sostén para la realidad, vigencia y efectividad de las relaciones subjetivas que norman la convivencia social y la relación entre el Estado y los justiciables. Es por ello que en este primer capítulo presentamos las principales instituciones que lo conforman<sup>1</sup>.

## 1. Estructura del Derecho Procesal

El proceso responde a una organización de elementos y principios que conforman un sistema jurídico-procesal que, a su vez, responde a una determinada ideología. La comprensión de todo ello es tarea de la Teoría General del Proceso.

Ahora bien, tal organización de elementos y principios constituye la estructura del proceso que estudia la ciencia procesal puesto que, científicamente, todo sistema teórico está conformado por estructuras que le dan sustento y forma.

De acuerdo a Couture, la estructura que forma el proceso es, en verdad, un método de debate, con elementos y orden lógico-dialéctico. El proceso judicial y el proceso dialéctico aparecen así ante nosotros, unidos por un vínculo profundo. A la verdad (a través del proceso) se llega por oposiciones y por refutaciones, y por tesis, por antítesis y síntesis. El proceso, si tiene una estructura dialéctica, es porque merced a ella se procura la obtención de un bien. Toda idea de proceso es esencialmente teleológica, en cuanto apunta a una finalidad (1978a: 53-54).

Por su propia definición, *processum* indica una secuencia de actos y formas llevados positivamente al interior de una estructura encaminada hacia la composición de una realidad jurídica invocada. Por ello, tal estructuración bajo el método de debate es de orden dialéctico, en sentido aristoteliano (Salazar Cano 1979: 6-7). *Processum*

---

<sup>1</sup> Los conceptos desarrollados en este capítulo fueron abordados en varios de nuestros trabajos anteriores. Véase, en particular, Quiroga (2008).

proviene de *pro-caedere*, es decir, ir hacia adelante. Refiere una estructura secuencial de actos concatenados entre sí bajo un destino lógico, que tienen un inicio (reclamo de una pretensión) y tienen una finalidad (composición del conflicto).

## 2. La acción

En la ciencia del proceso, definir el concepto de acción es quizá la tarea más difícil, no sólo por la evidente complejidad que esto conlleva, sino además por la existencia de tantas teorías como autores o tratadistas se revisen. Por si fuera poco, encontraremos grandes dificultades debido a las múltiples acepciones que el vocablo representa.

De inicio anotaremos que la *acción procesal* parte conceptualmente de una proyección romanística como declaraciones solemnes, en fórmulas sacramentales acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba, por lo general, ante el Magistrado, con la finalidad de proclamar un derecho que se le discute o de realizar un derecho previamente reconocido. En esto va la longeva definición de Celso y su complementación con los post-glosadores.

Posteriormente surgió la polémica entre los romanistas y los publicistas, determinando el concepto de acción dentro del derecho público subjetivo de todo ciudadano para acceder a la *Tutela Judicial Efectiva* del derecho a través del Órgano Jurisdiccional (Salazar Cano 1979: 92-93).

## 3. La excepción

La tarea de definir el concepto de excepción es también difícil. Para graficar la diferencia entre ambas, Couture afirma que la acción es el sustituto civilizado de la venganza, en tanto la excepción es el sustituto civilizado de la defensa (1978b: 90-91).

Es de común aceptación la existencia de dos concepciones respecto de la excepción: una lata o genérica y otra estricta o restringida. Según Redenti (1957: 52), en

su sentido más vago o genérico, se puede llamar excepción a cualquier motivación o razón que pueda adoptarse ante el juez para que no emita las providencias que se le ha solicitado por un accionante. Dentro de este concepto lato, excepción es el ejercicio del derecho de defensa en juicio, de oposición a la pretensión jurídica accionada, la materialidad del principio del *contradictorio* o de *bilateralidad* que se grafica en el aforismo *audiatur et altera pars*. También, dentro de este mismo sentido, puede definirse como el derecho de acción que el demandado tiene frente al demandante, que era el alcance del texto clásico *reus in exceptione actor est* (Couture 1978b).

En su sentido estricto o procesal, como lo indica una vez más Couture, excepción es el poder jurídico del demandado para oponerse a la pretensión que el actor ha deducido ante los órganos de la jurisdicción (1978b: 96-97). Dentro de esto último, cabe distinguir dos manifestaciones de la excepción:

- a) La que ataca directamente a la pretensión, a la relación jurídico-sustantiva; y,
- b) La que ataca directamente a la carga procesal, a la relación jurídico-procesal que contiene la pretensión, sin tocar a ésta última —la que podrá ser nuevamente intentada en una nueva construcción procesal sin defectos—.

Esta es la tradicional diferencia entre las excepciones dilatorias y las perentorias que, en puridad, no existen más, sustituyéndose tal concepción por la moderna denominación de excepciones sustantivas y procesales. Flores García señala que sobre la excepción subsiste aún la oscurantista imagen que las escinde en perentorias y dilatorias. Él la conceptúa como una fuerza antagónica, antitética (no como una bifurcación de la acción procesal) a la que puede denominarse resistencia, reacción o contra-acción y que permite al demandado también provocar la reacción del Órgano Jurisdiccional (contra-instancia) y pretender contra el actor (contra-pretensión) (Flores García 1981).

De este modo, las concepciones de excepciones dilatorias y perentorias quedaron solo como una diferencia nominal sólo su tramitación procesal en juicio, tal como sucedió con el epígrafe del artículo 312 del Código de Procedimientos de 1912 (D).

Este no fue modificado por la importante reforma del Decreto Ley N° 21773, que sí modificó la tramitación de las excepciones en juicio ordinario en el artículo 318 de dicho código<sup>2</sup>, con lo cual se produjo un desfase conceptual.

Alsina explica que, en su forma genérica, excepción es toda defensa que el demandado opondrá a la pretensión del actor, sea que con eso niegue el derecho en que se funda, sea que con eso se limite a impugnar la regularidad del procedimiento. En su sentido restringido, añadirá, es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial (1961: 78). Por su parte, Ferrero plantea que excepción es un derecho correlativo que el demandado puede oponer a la acción. Mientras la acción representa el ataque, la excepción hace lo propio con la defensa. La excepción no tiene por finalidad consagrar derecho alguno, sólo pretende hacer perecer o diferir la acción que hace valer el demandante para que se consagre su derecho (1980: 63-64).

Finalmente, podremos añadir que en su real y constreñido carácter procesal, excepción es aquella forma procesal que puede adquirir el derecho de defensa. La defensa es el género y la excepción una de sus especies: la procesal. De allí que se pueda inferir válidamente que toda excepción comporta una defensa, mas no toda defensa constituye una excepción (Monroy y Quiroga 1982: 106).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado (a través de la Casación N° 2942-2006- Cajamarca) lo siguiente:

[L]a excepción es un medio de defensa que se confiere al demandado, en virtud del cual puede poner de manifiesto al Juez la ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales (competencia del Juez, capacidad procesal de las partes y requisitos esenciales de la demanda), o de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción

---

<sup>2</sup> Las excepciones y defensas previas han sido tratadas en la Sección Cuarta, Título III, artículos 446 al 457 del TUO del Código Procesal Civil.

(legitimidad e interés para obrar), con la finalidad de paralizar y subsanar algún vicio procesal o, en su caso, extinguir la relación jurídica procesal.

#### 4. La jurisdicción

Es aparentemente sencillo definir *in-extenso* lo que constituye la *iuris-dictio*. Sin embargo, ello provocaría no sólo enunciados inevitablemente genéricos, sino, a la vez, disímiles y equívocos. Y eso es fácilmente observable en la doctrina, en el uso forense y en el uso cotidiano de los operadores jurídicos del derecho.

El concepto inicial de lo que debe entenderse por jurisdicción no parte, precisamente, de un procesalista, sino de un reputado constitucionalista y tratadista del Derecho Político como fue George Jellinek. Este señaló que el avance más notable de finales del Siglo XIX, es el haber incorporado al ámbito del Derecho Público, del ámbito del Derecho Privado, el concepto de jurisdicción; lo que acontece a la par con el cualitativo cambio político-ideológico-social ocurrido con la Revolución Francesa<sup>3</sup>. Y esto se produjo por la aplicación de la obra de Montesquieu quien sostenía, como ya se ha anotado, que los jueces son la boca por donde hablan las palabras de la ley, unos seres inanimados que no pueden morigerar ni su fuerza ni su rigor.

De aquí aparece con evidencia la complejidad de la definición del término de jurisdicción. Se han de presentar innumerables definiciones, muchas de ellas equivocadas, y la mejor manera de clarificar esto es recurriendo a la Teoría General del Proceso.

Para empezar, etimológicamente jurisdicción proviene de *iuris-dictio*, conjunción de dos vocablos latinos: *ius*=derecho y *dicere*=acción de decir. Entonces, se define así, en una primera instancia, como la acción de decir derecho.

---

<sup>3</sup> Citado por el Prof. González-Deleito y Domingo en el Curso *Justicia Constitucional* del Ciclo Doctoral 1984/1985 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España.

Ugo Rocco define la jurisdicción como «la actividad con que el Estado, interviniendo la instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que la ampara» (Citado por Peña Dueñas 1973: 43). Por su parte, Chiovenda señala que «es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares, sea para afirmar la existencia de la ley, sea para hacerla prácticamente efectiva» (Citado por Peña Dueñas 1973: 40-41). Por otro lado, Calamandrei explica que «es la posición de la Administración de Justicia en el moderno Estado de Derecho, que reivindica para sí el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional» (1961: 269-271). Finalmente, Montero Aroca, junto con otros autores de su línea de pensamiento, acota que es «la función creadora de derecho para el caso concreto, mediante juicio por órganos imparciales; donde derecho será aquello que aprueben los jueces con la autoridad que socialmente les es reconocida como poder» (1979: 20-25).

Dentro de esta gama de conceptos y definiciones, de las que solo hemos señalado una mínima parte, se comprende la dificultad en la definición con exactitud de la naturaleza y el concepto de la *iuris-dictio*. Sin embargo, resulta necesario a efectos académicos, intentar una aprehensión unívoca, más que para definir exactamente la institución, para descartar lo que es lejano a ella.

En efecto, debe entenderse que existen claramente denotadas dos acepciones comúnmente marcadas en torno a la jurisdicción. Por un lado, aquella lata, que la entiende como toda declaración válida de derecho que se efectúa con arreglo a una atribución pre-establecida y que en primer orden corresponde al Estado en uso de su inherente atribución de *ius imperium*. Esta consistiría tanto en la formulación de relaciones jurídicas de derecho material a través de la normatividad legal en su sentido formal expedidas por el órgano legislativo, como por las disposiciones legales en su amplio sentido material expedidas por el Órgano Ejecutivo y que también constituyen relaciones jurídicas de carácter material, hasta llegar al Órgano Jurisdiccional en donde primordialmente cobra vigencia mediante el establecimiento o restablecimiento de las

relaciones jurídicas esencialmente subjetivas, a través de la composición de la *litis* en la declaración de certeza (Monroy y Quiroga 1982: 55).

Por otro lado, tenemos la aceptación particularizada, acotada, que limita su conceptualización únicamente a la «*Potestad de ejercer la administración de justicia, determinándose el derecho material aplicable a un caso concreto de manera definitiva*» (Monroy y Quiroga 1982: 55).

El adecuado concepto de la jurisdicción dentro de la Ciencia del Proceso se contrae a lo segundo, donde al Estado le corresponderá la potestad de cautelar la vigencia y eficacia de las relaciones jurídicas establecidas defendiendo su presunción de justeza, correspondiéndole tal función de modo privativo al órgano jurisdiccional. El concepto enunciado condensa la vastedad del término: Derecho Público, división de poderes, imparcialidad, autonomía, composición de la *litis* en un caso concreto y cosa juzgada. Al Estado constitucionalmente se le reserva de modo singular la potestad jurisdiccional, de modo que cabe afirmar que todo juez, por el hecho de serlo, está investido de autoridad jurisdiccional. No es correcto, pues, hablar de falta de jurisdicción, ausencia de jurisdicción o pérdida de jurisdicción, salvo en los casos en que se carezca del respectivo nombramiento, renuncia o cese, como era el caso del supuesto de hecho contenido en el primer inciso del artículo 1085 del Código de Procedimientos Civiles de 1912<sup>4</sup>. En cambio, un ejemplo de una defectuosa denominación aparece en el inciso segundo del mismo artículo, donde se denomina jurisdicción a lo que en puridad es competencia, ejemplo que lamentablemente no es casual ni excepcional<sup>5</sup>.

## 5. La competencia

---

<sup>4</sup> El Art. 1 del TULO del Código Procesal Civil señala: «la potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República». No creemos que esta definición sea la más acertada y fiel al concepto *jurisdicción*.

<sup>5</sup> La Sección Primera, Título II, Capítulo 1 (Arts. 8 al 34 del TULO del Código Procesal Civil) desarrolla el concepto de *competencia* dentro del ámbito civil.

Definida la jurisdicción, es relativamente más sencillo definir el concepto de competencia. Pero aun cuando dichos conceptos están muy relacionados, hay que insistir en diferenciar el uno del otro, pues ni son equivalentes ni son sinónimos como muchas veces se sostiene e, incluso, se legislaba como en el caso del artículo 1085 del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Podremos decir, pues, que a todo juez, por el hecho de serlo, le corresponde *in-génere* el atributo jurisdiccional, más no todo juez es competente para el caso concreto, de donde se infiere que la potestad jurisdiccional sólo puede tener eficacia jurídica cuando es ejercida competentemente (Monroy y Quiroga 1982: 59).

A diferencia de los aspectos teóricos que dan sustento a la jurisdicción, la competencia se sustenta en razones de orden práctico y funcional que son propias del Derecho Procesal, como por ejemplo la territorialidad, la jerarquía, la temporalidad, la especialización, la distribución del trabajo, etc. Así, Hellwig afirma que la competencia es la porción, medida o límite natural de la facultad jurisdiccional que a cada órgano corresponde por mandato de la ley —la competencia se sustenta siempre en el principio de legalidad— en la tarea compartida de administrar justicia. Señala también que es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado, o que la competencia como capacidad objetiva es el círculo de negocios de la autoridad judicial a través de la selectividad que proporcionan los diversos criterios para determinar la capacidad objetiva del juzgador (citado por Flores García 1981: 91).

Chiovenda definió a la competencia como el conjunto de las causas en que, con arreglo a ley, puede un juez ejercer su jurisdicción y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que está atribuido (Citado por Peña Dueñas 1973: 44). Guasp añade que la competencia será la atribución de un determinado Órgano Jurisdiccional de determinadas pretensiones, con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción, y por extensión, la regla o conjunto de reglas que deciden sobre dicha atribución (Citado por Peña Dueñas 1973: 44). Por su parte, Carnelutti estableció que se llama competencia a la extensión de poder que pertenece a cada oficio o a cada componente de oficio en comparación con los demás; por consiguiente, es el poder perteneciente al oficio o al

oficial considerados en singular (1944: 286-287). Por otro lado, Mattiolo la define como la medida en que se atribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales (s/f). Finalmente, Michelli dirá que la medida de poder jurisdiccional conferida por la ley a cada juez ordinario se indica con la palabra —también de uso tradicional— competencia, con la cual quedan indicados los límites internos que cada juez ordinario encuentra en el desarrollo de sus funciones por el concurrente por poder jurisdiccional (1970: 131).

Hemos señalado anteriormente que la jurisdicción es la potestad que ejerce privativamente la administración de justicia, determinando el derecho material en un caso concreto y de manera definitiva. Entonces, podemos afirmar que la competencia no será otra cosa que la jurisdicción válidamente ejercida. De este modo, reformulando la inicial definición, podremos decir también que la competencia es la capacidad de declarar derecho, del ejercicio jurisdiccional en el caso concreto, de manera válida, pre-determinada por la ley y en forma definitiva.

## **6. El órgano jurisdiccional**

De acuerdo a nuestra organización constitucional, sustentada en las teorías liberales del Estado propiciadas tanto por Locke como por Montesquieu, el poder público republicano descansa sobre la división de los poderes o de las funciones de los órganos constitucionales, como se entiende ahora. A este efecto, existen los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial o Jurisdiccional, cuyas funciones están concisamente definidas por Duguit, quien señala que:

Mediante la función legislativa el estado formula el derecho subjetivo e indica la forma como ha de realizarse; mediante la función administrativa, el Estado crea una situación de derecho subjetivo condicionada por un acto individual, el nacimiento de una situación legal; mediante la función judicial, el Estado hace constar la existencia de una regla o de una situación de derecho, en caso de violación o de contienda

y dispone las medidas necesarias para asegurar el debido respeto a su decisión. (Citado por Pareja Paz Soldán 1980: 296)

Después de todo, será Kelsen quien estableció que la doctrina de los tres poderes del Estado es —desde el punto de vista jurídico— la doctrina de las diferentes etapas de creación y aplicación del ordenamiento jurídico nacional (1979).

Por ello, en el cumplimiento de sus funciones cada órgano del Estado expide declaraciones de derecho: el órgano legislativo bajo la forma de leyes de alcance general, el órgano ejecutivo bajo la forma de actos administrativos generales y particulares y actos de la administración, y el órgano jurisdiccional mediante los actos jurisdiccionales de declaración de certeza frente al conflicto o a la violación del derecho. En su caso, la ley se distingue del acto jurisdiccional por su carácter esencialmente genérico, estableciéndose relaciones jurídicas abstractas, en tanto que el acto jurisdiccional es esencialmente declarativo de relaciones jurídicas particulares y referidas a cada caso concreto y entre partes concretas.

Las atribuciones del órgano jurisdiccional (por su propia naturaleza de parte integrante del Estado) se encuentran contenidas, en lo básico, en la Constitución y, en lo particular, en la Ley Orgánica que lo desarrolla, así como en los Tratados Internacionales que se vinculen imperativamente con el quehacer jurisdiccional —sobre todo en la defensa de derechos fundamentales— en las demás leyes y normas legales que lo desarrollan. Su naturaleza es, por tanto, de carácter profunda y esencialmente constitucional, de la misma importancia que la vigencia y función de los otros órganos del Estado, donde la condición más importante para el eficaz cumplimiento de sus privativas funciones está constituida por la independencia política y autonomía administrativa.

## **7. Los principios procesales**

Los principios procesales son aquellos que hacen de la estructura del proceso una unidad dinámica de actos concatenados según una secuencia lógica, y realizados por sus protagonistas: las partes y el Órgano Jurisdiccional. En efecto, el proceso se halla sometido a principios lógico-jurídicos que reciben la denominación de principios formativos del proceso, que son diferentes y deben ser diferenciados de las garantías procesales y de la propia normatividad procesal (Millar 1945). No son, pues, reglas de conveniencia derivadas de la praxis, sino enunciados teóricos que fluyen de una estructura procesal determinada, otorgándose base sólida.

Como quiera que el proceso no es una construcción estática sino dinámica, viviente, de actos lógicos realizados por sus protagonistas, tales actos se hallan sometidos a los principios lógico-jurídicos que ya se han citado como formativos, y que son conceptos de orden general que definen el modo de ser del proceso en toda extensión. Estos principios se distinguen de las garantías y de la normatividad procesal, pues las primeras provienen de la esfera constitucional como medio de defensa de los derechos constitucionales, mientras las segundas son las disposiciones señaladas taxativamente en la normatividad procesal a efectos del perfeccionamiento y ejecución de los actos jurídico-procesales. Los principios procesales son, pues, categorías abstractas cuya finalidad es otorgar racionalidad al proceso.

La reunión al interior de una estructura procesal de un conjunto determinado de principios procesales da origen al procedimiento, otorgándole tipicidad. Así, el proceso es el género y el procedimiento su especie determinada y determinable. Estos caracteres típicos se encuentran enunciados doctrinariamente, en forma antitética, de la siguiente manera:

- Escritura y oralidad.
- Mediación e inmediatez.
- Concentración y fraccionamiento.
- Publicidad y reserva.
- Preclusión y permanencia.
- Formalidad y economía procesal.

A esta clasificación se le ha agregado la que resulta de las especialidades de la ciencia del derecho, y así resulta la cognición civil, cognición penal, cognición laboral, cognición agraria, cognición de familia, jurisdicción voluntaria, ejecución forzosa, providencias cautelares, etc.

## 8. Los principios básicos del proceso

**a) Bilateralidad.** Este es posiblemente el de mayor importancia, pues sin él no podría conceptualizarse el proceso en sí mismo. Se le entiende como la actividad que se ejerce dirigida a estimular al órgano jurisdiccional, propiciando el pronunciamiento jurisdiccional *meritum causae* con la necesaria participación del destinatario de la pretensión hecha valer. Por ello, Calamandrei señala que el principio bilateral del proceso no es, en sustancia, más que una consecuencia de la bilateralidad de la acción (1962).

En el antiguo derecho romano no cabía la posibilidad de proceso sin la comparecencia del demandado. En el derecho germano el inconcurrente era forzado a comparecer a través de la aplicación de drásticas medidas como el embargo y la prescripción. La misma orientación siguió el proceso francés y el canónico, que sancionaban al rebelde, al extremo de que el actor podía ser puesto en la posesión de los bienes del emplazado (*posesio tediatis*). Fue la Bula Clementina Saete de 1306 la que recogió las prácticas italianas, originadas en el derecho romano de la última etapa, según la cual podría admitirse proceso sin la intervención del demandado, con la figura de la actuación ficta, que se mantienen hasta la fecha. Se generalizaron tales disposiciones y prontamente fueron admitidas en el Siglo XVIII, dándose forma jurídica a la rebeldía o contumacia. Millar señala que el más destacado entre los principios es el concepto de que necesariamente han de ser oídas ambas partes: el principio de la audiencia bilateral. Inseparable absoluto de la administración de justicia organizada que encuentra igualmente expresión en el precepto romano: *contradictio audiatur et altera pars* (1945).

**b) Contradicción.** Derivado del principio de la bilateralidad, se le entiende por el derecho de cada parte para pronunciarse por sobre los actos de su contraria o por sobre los del Órgano Jurisdiccional, sean éstos alegatos, peticiones, objeciones, declaraciones, etc. En algunos casos la contradicción ha de ser requisitos de validez de los actos jurídico-procesales, en otros casos no, pero como garantía esencial del proceso siempre las partes han de tener por lo menos el plazo legal para ejercerla.

**c) Adquisición.** Los actos jurídico-procesales, perfeccionados como tales, que son objeto de la ejecución procesal, deben beneficiar a las partes por igual, permaneciendo inmutables una vez que se han constituido válidamente. Ugo Rocco expone que allí donde las partes han desarrollado cierta actividad, haciendo que el proceso adquiera determinados elementos del mismo, tales actos o elementos permanecen firmes e inmutables, de suerte que de ellos puede valerse no sólo la parte que ha promovido su adquisición, sino también las otras (1977). Para Alsina, básicamente, este principio de la procesal evita la duplicidad de la prueba contribuyendo a la celeridad del juzgamiento (1961).

**d) Preclusión.** La división del proceso en fases o etapas del procedimiento, a modo de compartimientos estancos, se denomina preclusión procesal, que significa no sólo la amenaza de caducidad, pérdida o consumación de una determinada facultad de proceder, sino que la organización misma del proceso en estadios se va cerrando o clausurando en su continuidad, dando paso a los siguientes, sin lugar a retracción. Es objeto de este principio dar al proceso un carácter lineal en el tiempo, de secuencia progresiva propiciando su necesario avance en el menor tiempo hacia la resolución de la controversia o conflicto *meritum causae*.

**e) Impulsión.** El órgano jurisdiccional debe ser siempre requerido a impulso de parte, esto es, por el titular de la relación jurídica afectada, a fin de obtener que aquel se pronuncie sobre ésta, excepto en los casos que la ley autoriza u ordena expresamente una actuación de oficio, lo que constituye una cada vez menos frecuente excepción en materia civil. Es, diríamos, la manifestación de la voluntad de los protagonistas del

proceso en asumir su rol protagónico en éste, lo que concordado con la preclusión, determina el desarrollo secuencial (ordenado y lógico) del proceso.

**f) Eventualidad.** Denominada también de la acumulación eventual, y confundida por muchos con la preclusión, se caracteriza por la oportunidad y pertinencia de la participación en el proceso. En efecto, como quiera que el proceso está dividido en compartimientos o estadios, formando en conjunto un procedimiento determinado, los protagonistas del mismo deben actuar *in-extenso* en cada etapa con arreglo a la pertinencia de la misma. La eventualidad de estadio procesal origina la preclusión, de donde se concluye que ésta es consecuencia de aquélla, lo que no es otra cosa que la ausencia de la impertinencia procesal.

**g) Concentración.** Referida a la unidad del proceso y a la del criterio del juzgador, propende a que el procedimiento de que se trate culmine en pocas actuaciones y en el menor tiempo posible, acumulando los actos jurídico-procesales para la pronta solución de la controversia. Principio más propio del proceso oral, impone que el procedimiento se desenvuelva sin interrupciones indebidas ni dilaciones impropias, que no proliferen cuestiones incidentales o accesorias, que la oportunidad probatoria única en lo posible, y que la decisión final incluya todo lo que ha sido objeto del debate, a fin de que comprometa, en aras de la eficiencia jurisdiccional, el menor número de actuaciones jurisdiccionales posibles, buscando una ventajosa relación de costo-beneficio.

**h) Inmediación.** Propende el mayor contacto entre el juzgador, en su condición de funcionario del Órgano Jurisdiccional, con las partes, en su calidad de protagonistas del proceso, a fin de lograr una mayor y mejor comprensión por parte del primero, de lo que es el objeto de la controversia de que se trate, y que los segundos puedan, igualmente, ejercer su correspondiente derecho de defensa en los términos más fieles posibles. El conocimiento de las partes, su directa participación en el proceso, la apreciación personal de los medios probatorios y su examen, aseguran al juzgador un mayor margen de certeza jurisdiccional.

**i) Oralidad.** Entendida como el predominio de la palabra hablada antes que la escrita, se relaciona con los demás principios propiciando su realidad. Así, el predominio de la verbalizada atenúa la formalidad representada por el uso de los escritos, facilita la mediación, permite la adecuada identificación de los protagonistas del proceso, propicia la concentración, y establece la resolución conjunta de las cuestiones interlocutorias. Flores García subraya en la exposición de CHIOVENDA sobre el principio de la oralidad, la enumeración magistral de sus caracteres:

La identidad física del juez, la concentración de las audiencias, la inapelabilidad de los interlocutorios (cuando la decisión del incidente no sea impugnada separadamente del fondo); a lo que podemos sumar la inmediatividad o inmediación que según Rosemberg consiste en que las alegaciones de las partes y su ofrecimiento de prueba deben producirse directamente frente y ante el tribunal de conocimiento [...]; así, sin la interposición de intermediarios judiciales. También cabe agregar la publicidad de las audiencias y la autoridad del juez como director del proceso (1981: 100-101).

**j) Escritura.** Principio opuesto dialécticamente al precedente, se establece a partir del carácter técnico del derecho y de las formas de comunicación y del conocimiento humano, que requiere de los escritos para una mejor aprehensión de los puntos en controversia dentro del conflicto judicial, y que con la oralidad es difícil de establecer, toda vez que allí los discursos pueden resultar muy dispersos o complejos, o influenciar al juzgador con una determinada retórica sin posibilidad de reflexión mesurada y detenida. Representa el carácter formalista del proceso. Sin embargo, estos principios de contenido excluyente son adaptables conjuntamente en un procedimiento, en donde pueden coexistir estadios orales y escritos (mixtos), aprovechando las mejores características de cada uno.

**k) Publicidad.** Principio que debe ser distinguido de la garantía constitucional de publicidad de los procedimientos con las excepciones de ley. En efecto, la publicidad del proceso supone la participación de la comunidad en el ejercicio de la administración de

justicia a través del funcionamiento del Órgano Jurisdiccional, lo que por lo demás pertenece a la esfera del derecho público. La publicidad como garantía está referida al control externo de la juridicidad del funcionamiento del órgano jurisdiccional y el aseguramiento para las partes de un proceso imparcial, concepto que no ingresa en la categoría de principio procesal, sino que es casi una categoría axiológica integrante del concepto de justicia.

La publicidad como principio procesal se relaciona más estrechamente con la oralidad y puede ser general o parcial, esto es, público *erga omnes*, o inter-partes. Esta situación, a su vez, admite que determinados actos procesales sean públicos en general y otros sólo públicos pero para las partes, sin llegar a la reserva o secreto, excepto cuando la ley o la Constitución así lo declaren o prevean.

**I) Disposición.** Por este principio se fijan los límites de la actuación válida del Órgano Jurisdiccional en mérito de la impulsión, sujetándola a las *Iuris Petitio* de las partes, de tal manera que no asiste validez al acto jurídico-procesal que no haya sido impulsado por las partes. Para algunos autores este principio es diferente del de presentación de las partes, que estaría condicionado por aquél. Otros, en cambio, como Goldschmidt, Schönke y Stein identifican ambos principios como uno solo.

La regla de presentación de las partes precisa la actividad de éstas en cuanto tienden a aportar el material necesario para el pronunciamiento jurisdiccional, dejando limitada la función jurisdiccional al control de que tal actividad se desenvuelva dentro de los límites de la legalidad, sin que el juzgador pueda válidamente propiciar o, menos aún, suplir el aporte de material alguno. Al ser las partes los titulares del aporte del material de conocimiento procesal, disponen de sus derechos limitando sus pretensiones jurídicas y defensa dentro del proceso. De otro lado, la actividad del juzgador se circunscribe a la recepción de dicho material aportado y a preparar, en su base, el pronunciamiento jurisdiccional. Siendo tales los alcances del principio de presentación de las partes, éste no es otro que el principio dispositivo.

El principio dispositivo o de controversia (concepto acuñado por N. T. Gonner) ha constituido siempre el marco del proceso en materia civil, a diferencia del proceso en materia penal, en que por su propia naturaleza social está enmarcado por el principio inquisitivo que le es opuesto. Así, tenemos que en el proceso romano —en sus tres estadios—, en el proceso germano y en el que resultó de la fusión de ambos, se reconoció a las partes el más amplio derecho para aportar el material de conocimiento que limitaba al mismo tiempo el pronunciamiento jurisdiccional. El curso histórico del proceso civil ha recogido fuertemente la *dispositio* como principio incontestable, máxime luego del liberalismo moderno que impregnó al proceso civil occidental de las tres grandes libertades que condensan esta disposición:

- La libertad de la demanda.
- La libertad de la prueba.
- La libertad de la impugnación.

Sin embargo, en los últimos tiempos, conjuntamente con el deterioro del liberalismo, el principio dispositivo ha ido cediendo paso en el proceso civil. Sobre todo a partir del cuestionamiento de las ideologías en el proceso, de tal suerte que el principio inquisitivo ha ido tomando vigencia aun sin cuajar ni ser aceptado totalmente, y que se condensa en la máxima: el juez es el director del proceso, tal como fuera acuñado en el artículo 2 del Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal 1999: 51). A partir de ahí fue tomado en diversos ordenamientos procesales posteriores. Por lo demás, un ordenamiento procesal civil no resulta —ni podría serlo— absolutamente dispositivo o plenamente inquisitivo. Esto porque nada obsta, y por el contrario se favorece, el uso conjunto de ambos en una sistemática apropiada, reconociéndose una mayor preeminencia de uno sobre el otro, según la ideología procesal que se adopte o se defienda, consciente o inconscientemente, debiendo poder identificar las instituciones en las cuales se presenta uno y otro.

El propio carácter de orden público de la función jurisdiccional y del rol del Estado en la consecución de la justicia entre sus miembros, exige el control por parte

del órgano jurisdiccional, de la legalidad de instituciones jurídicas pilares, haciendo imperioso el dotar al juzgador de los medios necesarios para una actuación protagónica por encima de la voluntad de las partes.

**II) Inquisición.** Permite la actuación protagónica y válida del juzgador a través de actos jurídico-procesales no pedidos directamente por las partes, con un mayor protagonismo e iniciativa *ex officio* del propio juzgador, a quien se dota de poderes para ello, donde éste decide perfeccionar bajo su singular criterio en nombre del Estado y en búsqueda de la legalidad y de la verdad judicial para una mejor resolución de la controversia de que se trate. Es un principio que emerge de un concepto particularmente publicista de la administración de justicia de que se trate, y de la ideología que al efecto se siga.

Conceptualizado como de máxima investigación o de oficialidad, donde el proceso no es considerado como un instrumento de las partes de una controversia, alrededor de una determinada relación jurídica, sino como un medio de servicio al interés general de la sociedad, que exigen de la más amplia actividad, actuación y criterio del juzgador en defensa del referido interés colectivo, desplegando su propia iniciativa dinamizada por el impulso oficial en el proceso. Como se puede inferir con facilidad, ha sido el proceso penal el que comúnmente se sirve del principio inquisitivo (habiendo sido asumido totalmente sólo en el proceso civil de Prusia bajo el Gobierno de Federico el Grande) y que en la actualidad participa parcialmente —en menor o mayor grado— dentro del moderno proceso civil en conjunto con el principio dispositivo. El desarrollo del proceso ha hecho que también tenga una actuación preeminente en los procesos laborales, agrarios, constitucionales y de protección de derechos humanos, donde el rol del Estado en la solución de ese tipo de controversias está mucho más presente.

## 9. Los presupuestos procesales

Al igual que ocurre con los principios del proceso, la realidad de los presupuestos procesales se halla condicionada a la existencia de ciertas generalidades. La teoría de la

relación jurídico-procesal y de sus presupuestos, forma la base de todos los sistemas del proceso, siendo incontestable que a partir de Von Bülow, y no antes, es que comienza a formarse una ciencia propia del Derecho Procesal, que luego ha devenido en la Teoría General del Proceso (Citado por Ferrero 1980).

Para Couture, los presupuestos procesales son aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y formal, considerando que son los supuestos previos al juicio sin los cuales no puede pensarse en él (1978b: 102). Alsina sostiene que son las condiciones necesarias para el nacimiento de la relación procesal válida (1961: 430). Por su parte, Schönke (1950: 159), Kisch (1932: 161) y Chiovenda (1940) coincidieron en que son los requisitos del desenvolvimiento de la relación procesal. Sin embargo, más adelante se presenta la discusión entre el proceso mismo y la resolución de fondo de la controversia (*meritum causae*), estableciendo que los presupuestos procesales no obstan la existencia misma del proceso, sino del pronunciamiento válido sobre el meollo sustantivo de la controversia.

Sobre la base de los conceptos de Bülow y de Chiovenda, Ferrero concluyó que los presupuestos procesales son los requisitos para que se constituya una relación procesal válida, sin que ello afecte a la acción, la cual aparecería así como no juzgada (1980: 73). Lo que niega la inexistencia del Presupuesto Procesal es la viabilidad procesal para que la acción propuesta en la *iurispetitio*, sin llegar a determinar si la pretensión jurídica existe o no en la realidad del mundo del derecho.

Se puede afirmar que los presupuestos procesales son aquellos requisitos, precedentes necesarios para el ejercicio de la acción, para el perfeccionamiento de la relación jurídico-procesal válida dentro de un proceso, y cuya ausencia deja a éste sin la eficacia del caso, careciendo de objeto, por tanto, la acción de su contenido.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República ha manifestado, a través de la Casación N° 1901-2013-Lima, lo siguiente:

En nuestro ordenamiento procesal civil se regula, lo que se denominan los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Los *presupuestos procesales* son requisitos, unos de orden formal y otros de orden material, para que se genere una relación jurídica procesal válida y para que, por consiguiente, exista un proceso válido. Los presupuestos procesales de forma o conocidos como “condiciones de la acción” son requisitos necesarios para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda sea objeto de pronunciamiento por el Juez; esto es, frente a la ausencia de un presupuesto procesal de fondo, el Juez deberá inhibirse de pronunciarse sobre el fondo del asunto, emitiendo así, una “sentencia inhibitoria” (donde se declara la improcedencia de la demanda). Por el contrario, si se verifica la existencia de los presupuestos procesales de fondo, el Juez deberá emitir una “sentencia de mérito” (en la cual se declara fundada o infundada la demanda).

Los presupuestos procesales unánimemente reconocidos como tales en la doctrina son:

- La *iuris dictio* competente, esto es, la pre-existencia de un órgano jurisdiccional con posibilidad de perfeccionar actos jurídico-procesales válidos.
- La adecuada capacidad de las partes, esto es, la pre-existencia de un elemento subjetivo necesario para el perfeccionamiento y validez del acto jurídico-procesal.
- La formalidad de la demanda, esto es, el ejercicio *ad-solemnitate*, de la acción.

## 10. La tutela judicial efectiva

Vamos a referirnos finalmente al moderno concepto de *tutela judicial efectiva* o *tutela jurídica del derecho*. La constitucionalidad de los derechos fundamentales, sobre todo a partir de las Constituciones de Querétaro y de Weimar en la década de 1920, y la asunción del acceso a un proceso justo e imparcial como un derecho fundamental, como

atributo de la personalidad, hacen de la regulación del proceso y de su finalidad una institución de rango y protección constitucional (Couture 1978b: 151). Positivamente tenemos esto graficado en los Arts. 138° y 139º de nuestra Carta Política en vigencia.

Por tutela judicial efectiva, concepto que proviene del Derecho Alemán, (*Rechtsschutzberdürfniss*), se entiende, en palabras de Couture, la plena satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (1978b: 479). Es sinónimo con el *debido proceso legal* que proviene del derecho anglosajón, concretamente de la V (1791) y XIV (1868) Enmiendas que se han aprobado a la Constitución de los EE.UU., consolidando el instituto sobre todo a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, como consecuencia directa del final de la Guerra Civil norteamericana. Fue una evolución del principio heredado del derecho anglosajón colonial, en virtud del cual toda persona tenía, antes de su condena, derecho a «*his day in the Court*», versión inglesa del derecho de audiencia español. El debido proceso legal o la tutela jurisdiccional efectiva suponen, en su caso, una elevación conceptual de estos grandes principios del derecho procesal hasta el siglo XIX.

La *tutela jurisdiccional eficaz* supone también, en cuanto a la efectividad del goce de los derechos que la ley reconoce, la vigencia de la axiología jurídica, de los valores imperantes, coordinados entre sí de modo armonioso. ¿Sirve el proceso a estos valores jurídicos? ¿Puede la ciencia procesal cooperar a la efectiva realización de la tutela judicial efectiva? La respuesta es absolutamente positiva, y para ello remitámonos a al artículo 139 de la Constitución Política del Estado y al Título Preliminar del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estos establecen las garantías de la administración de justicia, que no son otra cosa que principios, presupuestos e instituciones procesales que condensan ejemplificativamente a nivel constitucional dentro de lo que Fix-Zamudio describe como el Derecho Constitucional Procesal, las garantías del *debido proceso* o *due process of law* del derecho anglosajón o *common law*<sup>6</sup>, que señala la

---

<sup>6</sup> Consagrado en las Enmiendas V y XIV de 1791 y 1868, respectivamente, de la Constitución de los Estados Unidos y que se entronca con la observancia de la *ley de la tierra* (“*law of the land*”) de la Carta Magna inglesa. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1947: 222). Ver también: QUIROGA (2014)

justicia del proceso judicial que, aunque debiera ser una tautología, no necesariamente lo es.

Por ello, Couture ha señalado que los Códigos Procesales Civiles y sus leyes complementarias que le desarrollan son, en verdad, el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución (Alcalá-Zamora 1947: 222).

Tutela judicial efectiva es pues, la manifestación constitucional del *debido proceso legal*, las garantías procesales acordadas al justiciable para un acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida por sobre sus derechos subjetivos y que otorgue a las relaciones sociales la necesaria paz social y seguridad jurídica del derecho. Y esto que empieza en el Derecho Procesal y que la Ciencia del Proceso recoge y desarrolla es, hoy por hoy, un derecho fundamental, uno de nuestros derechos humanos.

En ese sentido, por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas sentencias lo siguiente:

Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (STC Exp. N° 763-2005-PA/TC, FJ 6.

## Capítulo 2

### ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE

#### 1. Origen y evolución del arbitraje

Históricamente el *arbitraje* no nació como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado Moderno de Derecho. Por el contrario, nació mucho antes que esta y constituye en realidad un antecedente al mismo, por lo que el *arbitraje* es –en realidad– parte de la historia inicial del proceso. Nació, si se quiere, como un *proceso anterior* o *proto-proceso*. Sin embargo, pese a haber sido el antecedente fáctico del proceso, hoy es una fórmula procesal artesanal remanente, de marcados y perfiles propios en un ámbito específico del Derecho Procesal, pero que se sirve —qué duda cabe— de la Teoría General del Proceso.

Nace como una fase anterior al desarrollo del proceso jurisdiccional. Este se volvió una tarea exclusiva y excluyente del Estado luego de la formación del Estado-Nación o Estado Derecho a fines del siglo XVIII, de modo que el Estado se convirtió en el exclusivo *arbiter* de los conflictos sociales e individuales de sus ciudadanos.

Es común en la doctrina singular situar los orígenes del arbitraje como institución en el derecho romano. Posteriormente se consolidó como institución a lo largo de la Edad Media y será reconocido en distintos cuerpos legales como el *Fuero Juzgo* en 1241 y posteriormente en las *Partidas* elaboradas durante el reinado de Alfonso X. En 1812, con la promulgación de la Constitución de Cádiz, el arbitraje adquirirá rango constitucional, toda vez que su artículo 280 estableció que «No se podrá privar a ningún

español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes» (Merchán Álvarez 1981: 38).

El *Breviario de Alarico* nos presenta una regulación muy fragmentaria que refleja determinados aspectos característicos de la institución en el Derecho romano postclásico, donde predominan claramente los rasgos jurídico-privados sobre los jurisdiccionales. Por ello, los árbitros elegidos por las partes sólo podían emitir una decisión que carecía de fuerza ejecutoria, es decir, no constituía *res iudicata*<sup>1</sup>. Esto, lógicamente, no entorpecía la facultad que tenían las partes de estipular una pena contra el litigante que no quisiera someterse al dictamen de los árbitros y el correspondiente ejercicio de la acción *ex stipulatu* para reclamar la pena<sup>2</sup>. Una excepción a este principio general parece constituir la el arbitraje especial del obispo, *episcopalis audientia*, en el que está muy acentuada la naturaleza judicial del mismo.

Además, de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez. Así, podemos afirmar que los árbitros, en líneas generales, son considerados por el legislador como unos jueces más. De este modo, en el Fuero Real sólo tienen capacidad para juzgar los alcaldes, al margen de que hubieran sido puestos por el Rey o por avenencia de las partes<sup>3</sup>. En el Espéculo y las Partidas, junto a los jueces puestos por el Rey (de los que se realiza una larga enumeración) hay otros que son puestos por las partes<sup>4</sup>. Por eso cuando el maestro Jacobo en su *Dotrinal* nos habla «De los juezes ordinarios et quantas maneras son de judgadores»; afirmando: «que son tres los juezes maneras dellos. La primera es de los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la tercera de los árbitros» (I, 2, único); y

---

<sup>1</sup> *Pauli Sententiarum* (Breviario de Alarico), 5,5,1: «*inter partes [...] ex compromisso iud exsuntus rem iudaicatam non facit*» (Cfr. Conrat 1963: 288).

<sup>2</sup> *Pauli Sententiarum* (Breviario de Alarico), 5,5,1: «*sed si poenas inter eos promissasit, poenarei in iudicium deductae ex stipulatu petipotest*» (Cfr. Comrat 1963: 288).

<sup>3</sup> *Fuero Real*, Libro I, Título VII, Ley II: «Nengun ome non sea osado de judgar pleitos si non fuere alcalde puesto por el rey, o si non fuere por placer de las partes, que lo tomen por avenencia para judgar algun pleito» (Real Academia de la Historia 1836: 17).

<sup>4</sup> *Espéculo*, Libro IV, Título I, Ley IV: «Los otros alcalles que llaman de avenencia, que ponen amas las partes entre si en algún pleito» (España 1849: 64). *Partidas*, III, 4,1: «E sin todos aquestos (los que son puestos por el rey), y ha aun otros (jueces), que son llamados en latin Arbitros; que muestra tanto como judgadores de aluedrio, que son escogidos, para librar algun pleyto señalado con otorgamiento de ambas las partes» (España 1848: 38); *Partidas*, III,4,2: «Mas los otros Juezes de aluedrio non pueden ser puestos, sin non por auenencia de ambas partes, assi como suso es dicho» (España 1848: 38).

esta «tercera manera de juzgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín (sic) juez de avenencias» (I,4,1) (Ureña y Bonilla 1924: 185).

En el *Liber Iudiciorum* no existe una regulación específica, pero se puede extraer un sistema de arbitraje de las normas del libro II, título I, dedicadas a *De iudicis et iudiculis*, el cual se conserva en su traducción romance o Fuero Juzgo con leves modificaciones<sup>5</sup>.

La exaltación del individualismo decimonónico se manifestó en la Constitución de Cádiz, la que consideró al arbitraje como un derecho fundamental, elevado a rango constitucional. Pero, además, modificó puntos tan neurálgicos de la institución como los que se refieren al valor y apelación de las sentencias arbitrales<sup>6</sup>.

Desde fines del siglo XX, luego de la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de su propia justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde *jueces particulares*, a través de un laudo, resuelven una determinada controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial (Del Águila 2011: 17).

De este modo, podemos afirmar que el arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de la administración de justicia. La práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera adelantada y obligatoria la decisión, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. Fue con posterioridad, con el perfeccionamiento de la organización de la sociedad, que se permitió a la institución

---

<sup>5</sup> *Liber Iudiciorum*, libro II: *De negotis causarum* Título I: *De iudicibus et iudiculis*, ley 15.

<sup>6</sup> **Constitución de Cádiz (1812)**: Artículo 280: «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (Título V: *De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal*, capítulo II: *De la administración de justicia en lo civil*). Sobre los efectos en el valor de la sentencia arbitral, véase el capítulo VIII, ap. 3.; y para las consecuencias que se produjeron en la apelación de la sentencia, véase el capítulo X., ap. 4.B.

judicial jurisdiccional propiamente dicha, como instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno.

Por tanto, a la luz de lo expuesto, podemos afirmar con plena convicción que el arbitraje no nace propiamente de un contrato o convenio que lo viabilice o que le de materialidad o le de concreción. Nace, en verdad, del conflicto (y de las legítimas pretensiones de los contendores) y de la necesidad de mantener una solución pacífica a las controversias de los ciudadanos y sus empresas fuera del ámbito judicial ordinario, pero siempre con la tutela y anuencia del Estado de derecho que le otorga su autoridad de cosa juzgada. El convenio arbitral, o el contrato de arbitraje, serán tan sólo una consecuencia de la existencia o previsión del conflicto en las relaciones humanas y sociales de los ciudadanos y sus empresas y de la normatividad prevista o permitida por el Estado. Desde ese punto de vista, comparte el mismo origen, racionalidad y finalidad que el proceso judicial jurisdiccional reservado para la actividad jurisdiccional del Estado. Su diferenciación está marcada por la mayor cercanía de las partes al manejo del esquema procesal del arbitraje, su mayor disponibilidad, lo que es aportado por las propias reglas, principios y postulados de la Teoría del Proceso. Y, finalmente, la voluntad consensuada en el querer arbitrar, lo que no existe ni se requiere en el proceso jurisdiccional del Estado, en donde la comparecencia en el proceso sea siempre compulsiva.

## 2. Esquemas sobre composición de conflictos

### 2.1. Línea de tiempo: Histórica

Autotutela (1)	Autocomposición (2)	Heterocomposición no procesalizada (3)	Heterocomposición procesalizada (4)
<ul style="list-style-type: none"><li>- Legítima Defensa</li><li>- Defensas posesorias</li><li>- Defensa por mano propia</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Negociación</li><li>- Transacción</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Arbitraje</li><li>- Conciliación</li><li>- Mediación</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Proceso Judicial Jurisdiccional</li></ul>

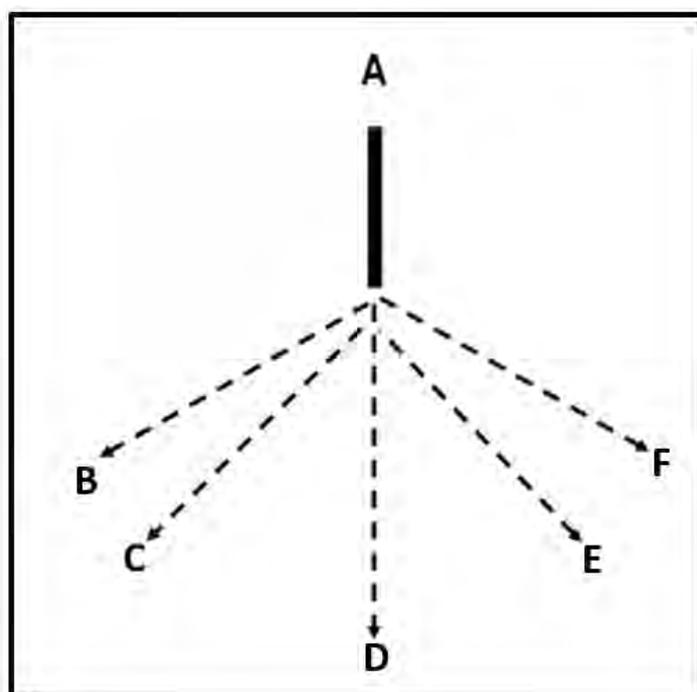
(1) Unilateral

(2) Bilateral

(3) Trilateral convencional

(4) Trilateral estatal o forzosa

## 2.2. Autotutela



Leyenda:

A: Reclamante – Acción directa

B:

C:

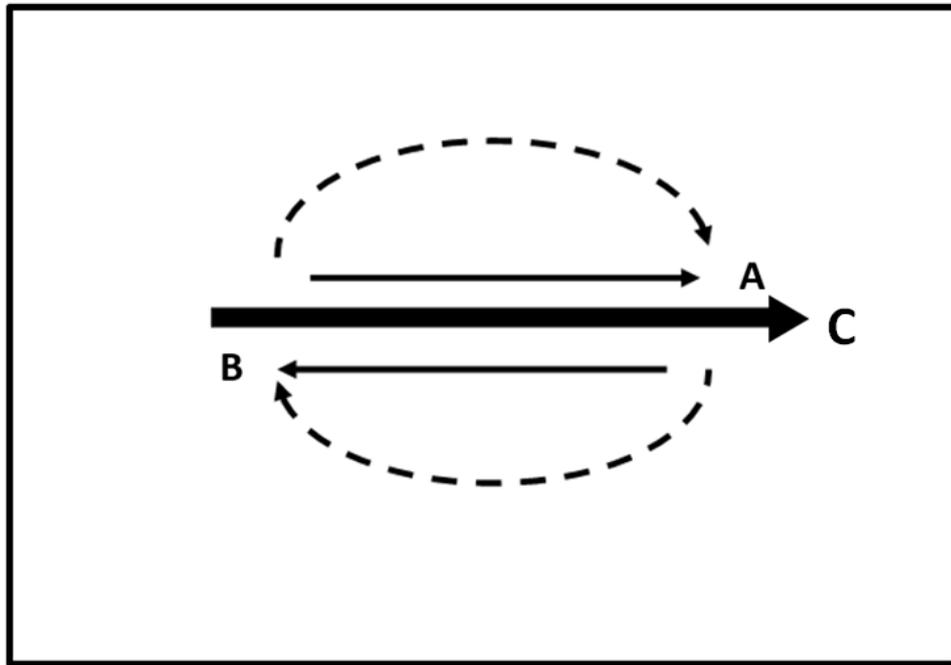
D:

E:

F:

Reclamados

### 2.3. Autocomposición



Leyenda:

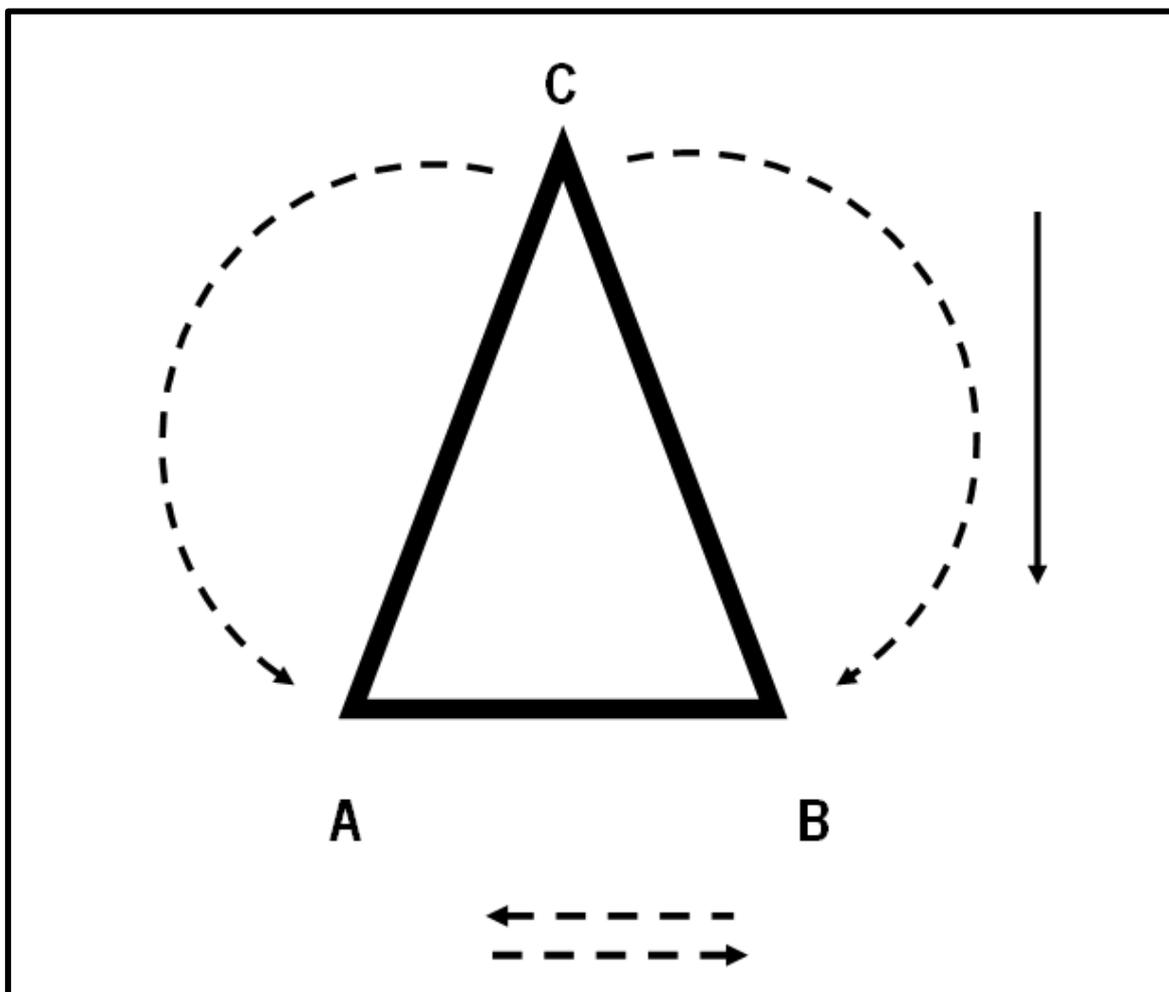
A: Reclamante

B: Reclamado

C: Acuerdo o Convención Bilateral

**Negociación**

## 2.4. Heterocomposición no procesalizada (Mediación, conciliación, arbitraje)

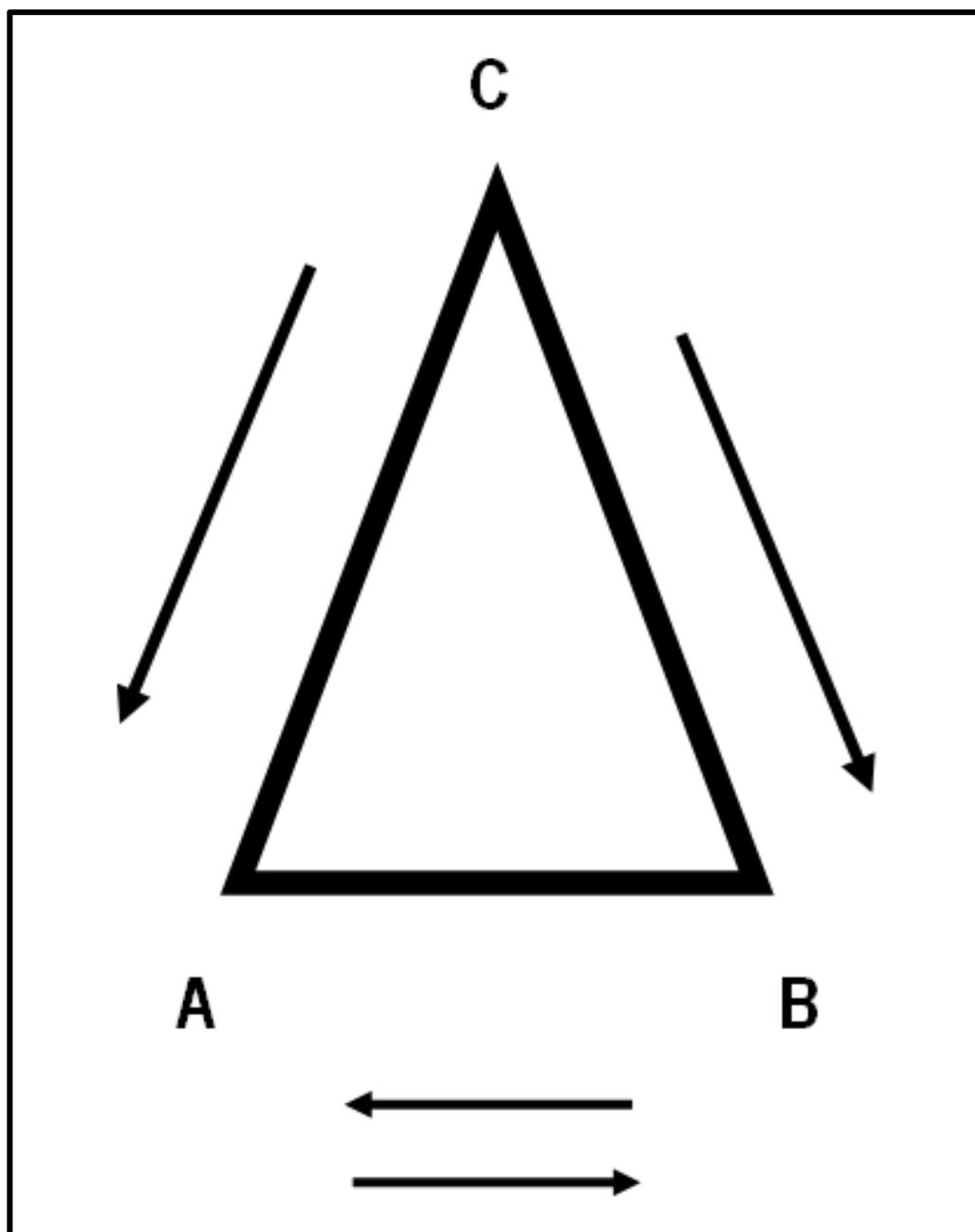


Leyenda:

A: Demandante }  
B: Demandado } Partes de un proceso con acuerdo previo

C: Árbitro / Mediador / Conciliador – componedor

## 2.5. Heterocomposición procesalizada (Proceso judicial jurisdiccional)



**Leyenda:**

**A:** Juez – autoridad estatal

**B:** Demandante

**C:** Demandado

} Partes de un proceso obligatorio y reglado solo por la ley

## Capítulo 3

### NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de un largo debate desde hace mucho. En nuestra opinión, esto se debe —en gran medida— a que se ha abordado la institución con desconocimiento fundamental de los aspectos básicos que aporta la ciencia del proceso, pasando por alto los necesarios antecedentes de la noble institución arbitral, y sin la literatura adecuada desde el campo del derecho procesal —sobre todo, la Teoría General del Proceso—. En suma, se ha abordado al arbitraje desde el arbitraje mismo, o desde su cara contractual, explicando cómo funciona, o cómo debiera de funcionar, sin haberse tomado en cuenta sus orígenes ni sus antecedentes históricos.

Este es un debate que aún no ha concluido ni es pacífico en la doctrina. No obstante, es posible identificar tres teorías relevantes actualmente vigentes: a) la contractualista; b) la jurisdiccionalista; y otra no tan generalizada: c) la mixta o híbrida.

Al respecto, Mallandrich explica que:

La doctrina se ha dividido tradicionalmente entre los partidarios de las llamadas teorías contractualistas y jurisdiccionalistas de la naturaleza jurídica del arbitraje. La teoría contractual del arbitraje es aquella que presta su atención en el elemento iniciador del arbitraje, en el convenio arbitral, que origina y funda el arbitraje. Para este sector doctrinal, en el que se debe destacar a Guasp Fernández, el laudo es la manifestación final del contrato inicial y, por lo tanto, éste comparte la naturaleza contractual. Por

su lado, los partidarios de la teoría jurisdiccional aunque admiten que el convenio arbitral es el acto que da origen al arbitraje, indican que el elemento identificativo del arbitraje es la actividad que en él se desarrolla, que es de tipo jurisdiccional y los efectos que éste produce, que son los propios de una sentencia judicial. (2010: 65)

Por su parte, Merchán Álvarez, sostiene que se aprecian simultáneamente caracteres diversos: unos propios del *Derecho Privado*, derivados de su origen contractual (afirmando que el arbitraje surge como consecuencia de un acuerdo de voluntades), otros propios del *Derecho procesal*, derivados de la existencia de una controversia, de la resolución de la misma por un tercero imparcial, del procedimiento y efectos de la resolución, que recuerdan a los efectos jurisdiccionales. Por ello se formula las siguientes preguntas: «¿Cuáles de esas características son las predominantes?, ¿las jurídico-privadas y entonces lógico será pensar que nos encontramos ante una institución del derecho de obligaciones?, ¿las procesales y entonces nos hallamos ¿fundamentalmente ante una figura jurisdiccional? O ¿existe un equilibrio entre ambas características?» (1981: 38).

La primera teoría sostiene que el arbitraje es un negocio jurídico, que solo depende de la voluntad de los sujetos, de los negocios jurídicos cuyo contenido sea transaccional. De este modo, es posible consagrar como su base inicial una cláusula arbitral.

La segunda plantea que los árbitros son unos verdaderos jueces, que ahí está el imperio del Estado a través de los particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia y que en esa condición fallan mediante sus laudos. Este es el enfoque *jurídico jurisdiccional o procesal*.

Y, finalmente, la teoría eclética sostiene que la naturaleza del arbitraje reúne las dos características anteriores. Es decir, que el arbitraje nace del conflicto, se perfecciona por la voluntad de las partes, tiene una regulación jurídica procesal reconocida por el Estado en cuanto su inicio y realidad general, la incompetencia del Poder Judicial y su

decisión final (laudo) es reconocida por el Estado con la autoridad de cosa juzgada, lo que impide que el Estado permita que nadie pueda recontrovertir lo así laudado en un ulterior proceso jurisdiccional (Arévalo Reyes 2012: 6).

## 1. La teoría contractualista

La teoría contractualista sólo ubica al arbitraje como nacido de una relación contractual. Es decir nace del pacto arbitral, de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral o, como genéricamente se le denomina ahora, de la Cláusula Arbitral o Convenio Arbitral. Esto supone desechar por completo que el arbitraje esté siempre supervisado por el Estado, y desdeña sus antecedentes o el que su método se asemeje al proceso judicial. De este modo, es una visión tradicionalista del arbitraje que le escinde por completo del proceso judicial como si fuesen realidades diferentes, y hasta opuestas. Esta teoría solo pondera la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje, a despecho de que su realidad, su naturaleza y sus consecuencias (cosa juzgada o *res iudicata*) son reconocidas por el Estado como una institución de derecho público.

La teoría contractual entiende que el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, tiene un origen y una clara naturaleza contractual (acuerdo de voluntades). Así, el arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato. En otras palabras, el arbitraje es hijo del contrato.

En el Perú, Bullard es un claro defensor de esta teoría:

Decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia

estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias. (2013: 61)

En respuesta a esta tesis, Cantuarias y Repetto sostienen que:

[E]l principal problema [...] con esta teoría, es que desconoce que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal. En efecto, esta teoría desecha algo trascendental: la necesidad del respaldo del Estado. Si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato. Es más, sin el respaldo del Estado, [...] las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en un laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial cada vez que quisiera paralizar el arbitraje. Basta con ver cómo son los arbitrajes en los países que no siguen los principios de la Ley Modelo UNCITRAL para comprobar la ineficacia del arbitraje. (2014: 101)

Así pues, según la teoría contractualista —con la que discrepamos—, los orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral, ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje, siendo los mismos un conjunto de actos contractuales privados.

Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes (González de Cossío 2004: 12 y ss.).

De este modo, quienes siguen esta teoría equiparan el arbitraje a un contrato privado, mera manifestación de voluntad de las partes de la relación jurídica. Consagran la génesis del arbitraje al contrato compromisorio, con la premisa de que, del mismo

modo que las partes pueden transigir sus controversias, pueden también comprometerlas en un arbitraje, en los supuestos de disposición de sus derechos, obligándose a aceptar la resolución que estos terceros adopten.

Esta tesis contractualista se sitúa en el ámbito del derecho privado. Por ello, como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, también es privada su función y son de derecho privado las relaciones que se engendran, al igual que el laudo que se dicta. Estas son consecuencias lógicas pues, si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo el interés privado; entonces se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el que de ellos emana (Roca Martínez 1992: 41).

Chiovenda, en clara discrepancia con la teoría jurisdiccional, argumentó lo siguiente:

La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc. Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libres a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión se prepara sin uso de poderes jurisdiccionales. (1954: 91-92)

En suma, esta teoría asume que las partes intervinientes en una determinada relación jurídica deciden, ante la existencia de un conflicto entre las mismas, o en previsión de que se pueda ocasionar un conflicto, que éste será resuelto, no a través del sistema estatal de resolución de controversias, sino mediante la decisión de una o varias personas privadas. En el derecho español, a nivel contractual este pacto entraría dentro de la esfera del artículo 1255 del Código Civil, según el cual «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público» (Gete Alonso 2000: 535).

Pero en el arbitraje las partes no solamente son libres para decidir si desean que sus controversias sean resueltas por una o varias personas privadas, sino que esta autonomía de la voluntad es también la base o principio inspirador que va a regir en su configuración. Así, son las partes en una determinada relación jurídica quienes, haciendo uso de esta potestad que les es reconocida de concertar libremente aquellos pactos o acuerdos que estimen convenientes, deciden acudir al arbitraje para que sus controversias sean resueltas por uno o varios terceros. Es decir, para que pueda existir un arbitraje es necesario que las partes lo acuerden expresamente por medio del convenio arbitral (Mallandrich 2010: 56).

Pero el convenio arbitral no solamente implica la manifestación de la voluntad de las partes, en el sentido de obligarse a acudir al arbitraje, sino que la ley le vincula otros efectos. Son los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. El efecto positivo se refiere a la ya citada obligación de acudir al arbitraje, pero también la vinculación de las partes al resultado del arbitraje. El efecto negativo se refiere a la exclusión de la jurisdicción de los órganos judiciales para conocer de aquellas controversias que pertenezcan al ámbito material del convenio (Caballol Angelats 1997: 37).

En otro nivel, la autonomía de la voluntad opera en el arbitraje, al igual que en el proceso civil, como elemento que determina la existencia del proceso. Para que un convenio arbitral sea válido y produzca los mencionados efectos positivo y negativo,

será necesario que en el mismo se manifieste la decisión de acudir al arbitraje, pero también que se indique la relación jurídica a la que afecte el convenio. Sin embargo, no es necesario en el momento de celebración del convenio que exista una controversia entre las partes. El surgimiento de la controversia es lo que determina que pueda iniciarse el proceso arbitral mediante una nueva manifestación de la voluntad, ya sea de ambas partes conjuntamente o de una sola. Las partes podrán ahora delimitar cuáles serán las concretas pretensiones que van a someter a la decisión del árbitro o de los árbitros y que van a constituir el objeto del proceso arbitral (Mallandrich Miret 2010: 58).

## 2. La teoría jurisdiccionalista

La teoría jurisdiccionalista asume al el arbitraje como uno de los tipos de proceso judicial, cuyo esquema, configuración y fórmula vienen dadas por el Estado y están dispuestas por la ley. Desde este punto de vista, el arbitraje sería tan sólo una de las formas que puede adquirir el proceso, solo que más liberal y con mayor incidencia de la intervención de las partes. Pero es asumido como un proceso dado y supervisado por el Estado. De este modo, sus consecuencias son dadas por el Estado (cosa juzgada o *res iudicata*) y susceptible de control (por la apelación, la impugnación o la nulidad de laudo) por las cortes de justicia ordinaria del Estado. Así, quienes siguen esta perspectiva desdeñan, a su vez, la enorme participación de la autonomía de la voluntad de las partes que se desarrolla a su interior.

Según Cantuarias, bajo esta corriente la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional debido a que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica.

Para esta concepción, el Estado tiene la función de controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Esto es así porque asume que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función

jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal (Mallandrich Miret 2010: 58).

En esa línea, Caivano ha enfatizado que:

No existe razón lógica alguna para considerar que la misma función pueda variar según su naturaleza por el solo hecho de que varíe la calidad de la persona que la lleva a cabo. Ni las diferencias de metodología y de espíritu con que se lleva a cabo el arbitraje, ni la calidad de particular de los árbitros son causales suficientes para considerar diferente la función de fondo respecto de los jueces. Los árbitros revisten la calidad de verdaderos jueces, en tanto su misión es esencialmente igual, emitiendo un laudo que no tiene diferencias sustanciales con la sentencia de un magistrado, al punto de ser consideradas en absoluto pie de igualdad con aquéllas al momento de su ejecución. (2000: 98)

Por su parte, Charles Jarrosson, experto francés, propone entender que el arbitraje es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos. Dicho tercero es un árbitro. Y sobre la figura del árbitro, otra importante tesis doctoral francesa, propone el siguiente concepto: «el “árbitro” es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia». Otros expertos comparten la postura. Por ejemplo, Rubellin-Devichi dice que el árbitro es un juez privado (Cfr. González de Cossío 2008: 512-513).

En la misma línea, el procesalista italiano Carnacini sugiere que:

Así contemplado a grandes rasgos el Arbitraje ritual, [...], se presenta como el instituto en que se concede al particular, en mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional. (1961: 22 y ss.)

Al respecto, Vidal Ramírez, agrega lo siguiente:

Que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal. Así pues, exponiendo el régimen procesal de la época clásica hace referencia al arbitraje como una función juzgadora, un *iudicium*, ajena a un *imperium magistratual* y basa únicamente en el *officium* de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, en virtud del cual acordaban someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o árbitro. (2003: 10)

En el derecho nacional, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2015-PHC-TC, *Caso Cantuarias*, ha sostenido que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que lo complementa, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. También ha planteado que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y sobre todo para la resolución de las controversias en la contratación internacional. Para justificar la institución, el TC recurre a la historia:

3. A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura, dice, como un juicio de conocimiento en donde «jueces particulares», a través

de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.

4. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre éstos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

Respecto a la naturaleza y característica de la jurisdicción arbitral, la Sentencia antes indicada señala que:

5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139°, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación» [...]

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido el Colegiado Constitucional: “[...] el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:  
Conflicto entre las partes.

Interés social en la composición del conflicto.

Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.

Aplicación de la ley o integración del derecho. [...]»

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

10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio (sic), sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el Art. 2º, inc. 24to., lit. a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo

51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que el Tribunal Constitucional efectúe una lectura *iuspublicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

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

Si bien la cita anterior es extensa, nos permite observar cual es la línea de razonamiento del Tribunal Constitucional, y creemos con todo fundamento que para los efectos de este trabajo se justifica consignarla debido a la riqueza conceptual de su contenido, aun cuando no compartamos alguna de sus generalidades, aunque sí la principal conclusión.

Así también, en los Exps. N° 6149-2006-PA/TC y N° 6662-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que:

### **§2.1.1 Consideraciones del Tribunal Constitucional con relación al derecho al juez imparcial en un proceso arbitral.-**

60. Dicho esto, inmediatamente el Tribunal ha de advertir que el contenido constitucionalmente declarado del derecho al juez imparcial no tiene alcances similares en el ámbito de un proceso judicial y en el seno de un procedimiento arbitral. Con independencia de otras consideraciones, que no es el caso que aquí se tengan que detallar, ello es consecuencia de la forma como la ley y los convenios arbitrales consienten que se integre un tribunal arbitral colegiado.

61. En particular, tal circunstancia ha de tomarse en consideración cada vez que por acuerdo de las partes o por mandato de la ley, cada una de ellas tenga la facultad de nombrar a un árbitro, y estos, a su vez, a un tercero. En un supuesto de esa naturaleza, más allá del hecho de que «Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad [...]», y del hecho que, de conformidad con el artículo 29 de la Ley General del Arbitraje, «La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación» [...], lo cierto del caso es que una de las partes no podrá considerar violado su derecho al juez imparcial por el hecho de que su contraparte efectúe el nombramiento de uno de los árbitros, y viceversa. Bajo la teoría de la apariencia, ha de exigirse que el tercer árbitro nombrado se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de manera

que el arbitraje cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez arbitral imparcial.

62. Las garantías que se derivan del derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial, por el contrario, son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, cuando el nombramiento de los miembros (alguno o algunos) del tribunal arbitral la efectúa una institución ajena a las partes del convenio que permite su constitución.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República también se ha pronunciado sobre el arbitraje, estableciendo que es una jurisdicción excepcional y auténtica, que goza de independencia e imparcialidad, que le corresponde —de acuerdo al convenio arbitral pactado por las partes— que el conflicto que se le someta a su competencia se resuelva vía arbitral. Todo esto de acuerdo con su interpretación concordada de los incisos 2 y 4 del artículo 139 de la Constitución, recogiendo la previa doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Así, ha señalado que:

TERCERO.- Que, el arbitraje es considerado como una jurisdicción excepcional dentro del contexto de la Constitución Política del Estado, y que goza de independencia e imparcialidad en su función, según lo ha considerado el Tribunal Constitucional en el Fund. 9 de la sentencia [...] 6167-2005-PHC/TC; considerando respecto de este extremo, en el Fund. 10, que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre de disposición, y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación nacional o internacional. (Cas. N° 635-2007-Lima)

### 3. La teoría mixta o híbrida

En el medio de las dos teorías ya descritas se encuentra la teoría mixta o híbrida, que consiste básicamente en una compatibilización de las teorías antes expuestas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado, el arbitraje sería de poca utilidad. El arbitraje es pues para esta teoría un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales (Cantuarias y Repetto 2014: 104).

Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros competentes designados para resolver la controversia) fueron objeto de una enérgica crítica. De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos. Ante ello se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. Pese a ser totalmente opuestas, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas y así surgió la teoría mixta<sup>1</sup>.

De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sino que la enriquece al convertirla en una institución híbrida (González de Cossío s/f: 15).

---

<sup>1</sup> «Esta teoría fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al *Institut du Droit International* en 1952, en el cual argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez del sometimiento al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisoluble» (González de Cossío s/f: 15).

#### 4. Nuestra posición

Consideramos que el arbitraje tiene una naturaleza clara y eminentemente procesal. De eso no nos queda duda alguna. Esa es la razón de ser del presente trabajo y su principal constatación. Esto porque bien revisada la historia del proceso, el arbitraje fue el antecedente histórico del proceso jurisdiccional que el Estado se ha reservado de manera exclusiva y excluyente para sí luego de la consolidación del estado Nación en el Estado democrático de derecho recién desde finales del Siglo XVIII. El proceso ha existido desde mucho tiempo atrás, casi desde el nacimiento mismo de la humanidad. Es decir, en la historia de la humanidad, la búsqueda de fórmulas pacíficas de solución de conflictos creó precedentemente al arbitraje (con el *arbiter*) como una de sus expresiones, sobre todo en la fase de la *extraordinaria cognitio* del Derecho Romano. Esto ocurrió mucho antes del nacimiento del proceso judicial jurisdiccional, como hoy conocemos al proceso que provee el Estado para la solución de los conflictos de los particulares, o de los particulares hacia el Estado. Ese esquema fue desarrollado, ampliado y mejorado, hasta llegar a la fórmula moderna del proceso judicial jurisdiccional a cargo del Estado, que ha monopolizado la administración de justicia, sobre todo después del nacimiento del Estado Nación. Sin embargo, debido a su utilidad marginal, el arbitraje quedó como un remanente entre los diversos modos de solución pacífica de controversias (como la transacción, la conciliación y la mediación), solo que el arbitraje —al tener una estructura heterocompositiva (trilateral)— se asemeja o remeda (o ha sido remedado) por el proceso judicial jurisdiccional del Estado.

Pero lo anterior no significa disminuir o minusvalorar la esencia del arbitraje. Todo lo contrario. Creemos que esta posición más bien le enriquece ampliamente. Y esto es más claro aun cuando se analiza y comprende que el origen del proceso y del arbitraje, que es uno común: *el conflicto*. Ambos tienen por finalidad darle solución en forma pacífica, y de ello se deriva —en común— una fórmula pacífica de solución al mismo. Esa fórmula, cuando median derechos de libre disponibilidad y la voluntad de ambas partes, puede derivar hacia el arbitraje, que será un proceso (proceso al fin) especial, singular, faccionado para el caso, más breve, más seguro, confidencial, como mayor manejo de la voluntad de ambas partes (por su método contractual y la

contractilidad de su consecuencia metodológica), pero necesariamente más caro para las partes. Sin embargo, allí cuando no haya voluntad común, o no existan derechos en disputa que sean de libre disponibilidad, entonces el arbitraje no podrá ser utilizado y devendrá en improcedente, dando paso a la única solución que hoy ofrece el moderno Estado de Derecho: el proceso judicial jurisdiccional bajo su monopólico manejo.

Por eso es que asumimos enfáticamente, como premisa esencial de este trabajo, que el arbitraje responde a una naturaleza procesal, solo que se desarrolla flexibilizada por la voluntad de sus partes bajo la autorización y supervisión de la ley del Estado y de sus órganos jurisdiccionales que actuarán en supletoriedad al arbitraje, conforme a la ley de la materia. Por eso es que la jurisdicción del Estado cederá paso (por incompetencia) frente a un arbitraje bien perfeccionado conforme a ley, y su resultado evitará que se pueda replicar lo juzgado en el arbitraje en un posterior juicio del Poder Judicial, como consecuencia del efecto de cosa juzgada<sup>2</sup> (*res iudicata*, institución de orden público) que el Estado —precisamente— le atribuye y reconoce al laudo arbitral.

---

<sup>2</sup> Al respecto, las diversas legislaciones extranjeras señalan, por ejemplo, que el laudo produce los efectos de cosa juzgada, de la siguiente forma:

**La Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)** señala que:

«Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos.

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

**La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador (Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997)** señala:

«Artículo 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

[...]

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo».

**La Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras (Decreto N° 161-2000):**

«Artículo 71.- Efectos del laudo.

El laudo arbitral firme produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo en la misma forma y términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para las sentencias judiciales».

**La Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia (Ley N° 1770), artículo 60:**

«Artículo 60.- Ejecutoria y efectos

El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolución que así lo declare».

## Capítulo 4

### ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

La legislación peruana conoció el arbitraje desde antiguo, aunque su forma de regularlo demostró carencia de bondad técnica. La forma histórica en que se incorporó en nuestra legislación refleja el desconocimiento de su realidad y naturaleza jurídica, así como desdén académico por analizarlas y ubicarlas en el desarrollo del derecho procesal en general. Por ello es necesario revisar el *íter legislativo* sobre la materia, para ver cómo es que ha sido regulado históricamente desde el nacimiento de la República.

#### **1. El Código de Enjuiciamientos en material Civil (1852)**

El primer antecedente del arbitraje en la legislación peruana se halla en el *Código de Enjuiciamientos en materia Civil del Perú* de 1852. Esta norma fue promulgada en el proceso de codificación en la nueva república durante la presidencia de Don José Rufino Echenique, casi al mismo tiempo que lo fue el Código Civil de 1852. Estos cuerpos normativos representan las primeras dos grandes codificaciones luego de la independencia del Perú que, paradójicamente, se manejó, hasta entonces, con las leyes heredadas de la Colonia en la necesidad de una aplicación de reglas jurídicas para la continuación de la sociedad. Es decir, la independencia del Perú como nación republicana se dio a mediados de 1821, pero durante las tres primeras décadas las principales reglas civiles y procesales fueron las heredadas de la época colonial.

Mientras el nuevo Código Civil de 1852 fue casi una copia del *Code Napoléonico francés*, el Código de Enjuiciamientos en materia Civil del Perú de 1852 tuvo una gran

influencia (si es que no fue también copia) del proyecto de la *Ley de Enjuiciamiento Civil española* que se terminaría en 1854, y que recién entraría en vigencia en 1855.

En el código peruano se reconoció al arbitraje en la Sección Primera *De la Jurisdicción*, Título Primero, *De la jurisdicción y sus especies*, estableciendo en su artículo 2 que «Egercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran, conforme á este código, para que como árbitros conozcan en algún negocio particular». Por su parte en el Título Cuarto, *De los Jueces Árbitros*, en el punto 57, se señaló que: «Pueden decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias de los litigantes que la ley no excluye expresamente».

## 2. El Código de Procedimientos Civiles (1912)

El Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 fue derogado y reemplazado por el *Código de Procedimientos Civiles*, a inicios del siglo XX. Este comenzó a ser redactado en 1905, por una comisión gubernamental, y se concluyó en 1911, junto a un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley del Notariado. Aprobado en 1911, tuvo una *vacatio legis* y entró en vigencia el 28 de julio de 1912. Es por eso que se le conoce como el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Se suponía que este código era más moderno que su predecesor —que rigió por casi 58 años— y que se abandonarían las formas y el lenguaje formulario de aquel por una nueva normatividad procesal. Sin embargo, esto no ocurrió.

Es pertinente recordar que la concepción tradicional del derecho procesal lo consideraba un mero apéndice del derecho material, su disciplina auxiliar (Quiroga León 2008: 42-43). Como ha señalado Couture:

Tras de la concepción tradicional —del derecho procesal— hay una explicación histórica: esta rama del derecho no solo ha ido mutando de contenido conforme al desarrollo histórico del derecho, sino también de

significación y aun denominación. Hasta el Siglo XVII su contenido, en los países de cultura jurídica latina o del *civil law*, era el de una simple práctica. Los libros de la época, por ejemplo, se denominaban *Práctica Judicial* (Maxia de Cabrera, 1655; Villadiego, 1788), *Práctica Civil* (Monterroso y Alvarado, 1563), *Praxis Iudicium* (Cardoso do Amaral, 1610). Todavía —hasta finales del Siglo XX— se siguieron escribiendo libros de estilo formulístico o meramente exegéticos. Es en el Siglo XIX que la voz procedimiento sustituye a la de práctica y el método, ya frecuentemente exegético al mejor estilo de los comentaristas napoleónicos, describe el proceso civil y examina el alcance de sus disposiciones. No se puede hablar todavía de ciencia, pero comienza a advertirse una concepción plenaria de esta rama del derecho. Sus nuevos cultores serán llamados procedimentalistas. (Couture 1978b)

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 siguió siendo procedimentalista, formalista y ritualista. La razón fue muy simple: empezado a redactarse en 1905 por juristas que frisaban, en promedio, los 50 años, estos fueron formados en la antigua escuela exegética de la práctica judicial del último tercio del siglo XIX. Es decir, no alcanzaron a ellos las novísimas ideas aportadas por la Ciencia del Proceso y su Teoría General que desde Alemania lanzó Von Bülow en 1868 (Cfr. 1964), y que Chiovenda, titular de la *Nueva Escuela de Derecho Procesal* relanzara en Italia en su célebre Prolusión de Boloña de 3 de febrero de 1903 (Quiroga León 2008: 44). Por eso, podríamos afirmar que el desarrollo del derecho procesal en el Perú, en el siglo pasado, acusaba cuando menos 100 años de atraso académico, conceptual y doctrinario. Ello se verá reflejado en las distintas leyes procesales que a lo largo del siglo pasado se dieron, incluyendo en ello, sin duda alguna, y por cierto, a las leyes en materia de regulación del proceso arbitral.

Por ello el Código de Procedimientos Civiles de 1912 contiene una pobre regulación del arbitraje bajo el epígrafe *Juicio Arbitral*, contenido en el Título V de su Sección Segunda. Allí se consignaba en su original artículo 548 que «[t]oda controversia,

sea o no materia de juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. El número de éstos será siempre impar».

Luego, los artículos 549 a 582 desarrollaron el proceso de formalización judicial forzosa del proceso arbitral cuando éste hubiere sido pactado de antemano y las partes no cumplieran o rehusaran con formalizarlo. Además, se regularon los requisitos de la materia arbitrable, la capacidad para conferir válidamente éste, la imposibilidad del arbitraje de las pretensiones del Estado y demás instituciones de carácter oficial, la formalidad del compromiso arbitral o del compromiso para arbitral, la sede, el carácter de equidad o de derecho, las condiciones para recurrir, las causales de anulación del laudo y la manera de conformación del mismo en defecto de la aceptación de las partes.

Asimismo, esas reglas resultaban aplicables por supletoriedad a todo proceso arbitral instaurado en defecto de norma arbitral expresa y, por vía de conexión, a todo el *Corpus Juris* mismo del Código de Procedimientos Civiles de 1912. En especial las normas del entonces denominado *Juicio Ordinario*, que era el esquema procesal más lato que dicho ordenamiento legal preveía para el *proceso de cognición* (proceso de conocimiento).

### **3. El Código Civil de 1936**

Veinticuatro años más tarde entró en vigencia el Código Civil de 1936, que guardó silencio absoluto sobre el arbitraje. En efecto, ninguna de sus estipulaciones de Obligaciones o del Derecho de los Contratos hizo referencia a este instituto, ni en lo procesal ni en lo sustantivo.

### **4. La Constitución Política de 1979**

Fue recién la Constitución Política del Perú de 1979, vigente desde el 28 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1993, donde por vez primera se hizo referencia expresa al Arbitraje a nivel constitucional. En efecto, esta Carta Política, definió la *Jurisdicción Arbitral* en su capítulo IX, reservado al Poder Judicial y las denominadas

*Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia.* Ciertamente la nomenclatura era controvertida, y equívoca, al suponer que el arbitraje también conforma o supone una jurisdicción de excepción —equiparable al fuero autónomo de la Justicia Militar—, y como si estuviese fuera del control judicial de los Tribunales Ordinarios. Esto no reflejaba ninguna bondad técnica ni tenía respaldo en doctrina procesal alguna. Por el contrario, tuvo como paradójico propósito *encerrar y definir* en el texto constitucional al arbitraje, a fin de forzar su regulación legal por el legislador y su respeto por parte de la Administración de Justicia estatal. Sobre el particular, en su momento afirmamos que:

Hay sólo, señala taxativamente la Constitución, dos excepciones a esta regla general: la jurisdicción militar que se rige por la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar como rezago moderno de un típico «fuero de casta» que se mantiene vigente en la mayoría de las naciones y que está referido al juzgamiento del personal militar en servicio y solo por los actos del servicio o función militar, siendo por tanto un fuero privativo en razón de la actividad pública del Estado que realizan los funcionarios militares. La segunda está referida a la denominada “*jurisdicción arbitral*” que en puridad no es una jurisdicción diferente a la del Poder Judicial. Sin embargo, las excepciones a la regla general no están a su vez exceptuadas del cumplimiento de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia ni de los principios básicos del Debido Proceso Legal, de tal modo que no podrá existir juzgamiento militar válido, ni soportable por nuestra estructura constitucional (recordemos que las dos excepciones están igualmente sometidas a la autoridad de la Constitución) si es que en su realidad se han cumplido las reglas esenciales del juzgamiento justo que precisamente la Constitución y los Pactos Internacionales prescriben de modo imperativo. E igual principio debe regir también en las reglas procesales que terminen siendo pactadas dentro de un compromiso arbitral. (Quiroga León 1989: 307-308)

## 5. El Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año, derogando el Código Civil de 1936, trajo como novedad la referencia a la cláusula compromisoria y compromiso arbitral, entre sus artículos 1906 y 1922 —dispuestos en su Título XI de la Sección Segunda, *Contratos Nominados*, de su Libro VII, *Fuentes de las Obligaciones*— y que fueron posteriormente derogados<sup>3</sup>.

Es importante observar que la Comisión Revisora del Código Civil, que trabajó por varios años para reformar el principal cuerpo jurídico civil, y no contó con ningún procesalista, se avocó a legislar sobre esta institución. En tales condiciones, ni se le reconoció ni se le aceptó carácter procesal alguno, desconociéndose la esencia de su naturaleza jurídica.

Así, en los artículos 1906 a 1908 (Capítulo Primero, *Cláusula Compromisoria*), se regulaban las características (como *contrato preliminar*) y la formalidad (pacto principal o estipulación accesoria, pacto a futuro y materia arbitrable), así como su efecto vinculante ante el Poder Judicial.

Por otro lado, entre los artículos 1909 a 1922 (Capítulo Segundo, *Compromiso Arbitral*), se regulaba el compromiso arbitral, su naturaleza, definición, solemnidad (por escrito), tanto para casos fuera de proceso, como cuando se hacía dentro del proceso (petición escrita suscrita por ambas partes con firmas legalizadas por el secretario de la causa). Asimismo, su contenido, sanciones en caso de incumplimiento, libertad de los árbitros para fijar las costas, materias no arbitrables (en el caso del Estado y sus bienes, con excepción de las empresas de derecho público o estatales o de economía mixta, en cuyo caso el compromiso arbitral debía ser previamente aprobado por Resolución Suprema), la regulación del arbitraje de derecho o el de conciencia (presumiéndose a

---

<sup>3</sup> Fueron derogados por la Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25935 denominada “*Ley General de Arbitraje*”. Posteriormente esta norma lo fue, a su vez, sustituida *ad-integrum* por una nueva “*Ley General de Arbitraje*” (Ley N° 26572). Finalmente esta también fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1071, denominado “*Ley de Arbitraje*”, el cual ha sufrido importantes modificaciones recientemente a través del Decreto Legislativo N° 1231.

falta de acuerdo expreso en contrario, que el arbitraje debía de ser de derecho), la obligatoriedad de designar árbitros letrados reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico peruano, necesariamente abogados. Esto último se exceptuaba en el caso de los árbitros de conciencia o equidad (que el Código denomina impropriamente, con evidente confusión, “amigable componedor”), en que la designación podía recaer en personas naturales nacionales o extranjeras mayores de 25 años con pleno ejercicio de sus derechos civiles. En cualquier caso, el número debía ser impar. Además se regularon los impedimentos para ser árbitro, el funcionamiento del tribunal arbitral colegiado, las obligaciones y deberes básicos de los árbitros y las causales de extinción del compromiso arbitral. Sin embargo, y en forma contradictoria, se termina esta regulación con una referencia genérica a la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles de 1912 al proceso arbitral, en aquello no previsto por el Código Civil. Esto, sin duda alguna, restó técnica y eficacia a toda esta regulación que —siendo más avanzada que su predecesora— estuvo lastrada por esta sujeción procedimentalista y por el fraccionamiento del convenio arbitral entre la *cláusula compromisoria* y el *compromiso arbitral*. Si bien, sobre todo a partir de la nominación constitucional en la Carta Política de 1979 y su posterior regulación en el Código Civil de 1984, le dieron un novedoso impulso y le puso en la palestra de las instituciones jurídicas al servicio de los justiciables, fueron notorios sus defectos conceptuales y las limitaciones en su desarrollo.

Comentario aparte merece el artículo 1914, actualmente derogado, pues constituye una disposición eminentemente procesal (inserta indebidamente en un código sustantivo) que amerita una disgregación individual:

Artículo 1914.- La existencia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral puede ser invocada como excepción por cualquiera de las partes.

Resultan evidentes las limitaciones técnicas de esta previsión procesal, que da el mismo pie de igualdad a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, no obstante que la propia normatividad del Código Civil las trata como diferentes. Por otro lado, el código *creó* una excepción adicional a las que el catálogo de excepciones traía

ya en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 e, incluso, a las que luego reformuló el novísimo Código Procesal Civil de 1993, en vigencia hasta la actualidad a través de un *Texto Único Ordenado*.

Esto significó un grave error conceptual y escasa técnica procesal para semejante regulación. Para empezar, ninguno de los miembros de la comisión que revisó el código en este apartado era experto en derecho procesal y —en el ánimo de hacer respetar el arbitraje y *blindarlo* frente al Poder Judicial o a su jurisdiccionalización— no se les ocurrió mejor idea que expresar que la existencia de un pacto arbitral podía ser invocada como “excepción procesal” si es que alguna de sus partes, desconociéndolo, recurría al Poder Judicial y no al inicio del proceso arbitral como había sido pactado por esta misma parte. Entonces, ante la manifiesta incompetencia material del juez de esta demanda, la parte demandada podía invocar el pacto arbitral, en vía de excepción procesal, para detener el proceso judicial y obligar al demandante a retomar el cauce arbitral.

Entonces no hacía falta *crear* una nueva figura procesal inexistente (excepción arbitral), confusa por lo demás, pues hubiese bastado regular que «la existencia de la cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral válidamente otorgado determina la incompetencia por razón de la materia del juzgador ordinario». El problema de este error conceptual, es que lo mismo se hubiese logrado, con una adecuada técnica procesal, si en vez de *crear* una nueva *excepción procesal*, la regla hubiese señalado lo siguiente: «La existencia de una clausula compromisoria, de un compromiso arbitral o de un convenio arbitral, da lugar a la excepción de incompetencia ante el juez que pretenda conocer una materia que ha sido previa y lícitamente sometida a un arbitraje por las partes del proceso judicial».

Por otro lado, como ya se anotó, no deja de llamar la atención que sea el Código Civil el que cree una supuesta nueva figura de *excepción procesal* —en este caso, fue llamada *excepción de arbitraje*—, que es de aplicación en un proceso judicial y que no guarda relación técnica con las excepciones materia de un proceso judicial. De acuerdo a esta normativa, la existencia de un pacto arbitral o de un compromiso arbitral (cualquiera sea su naturaleza o la denominación que reciba) determina la *incompetencia*

*material* de la autoridad judicial ordinaria, que deberá ceder paso a la autoridad arbitral nominada por la voluntad de las partes que, con la expresa autorización legal, determina legítimamente que la controversia sea definitivamente resuelta por un Tribunal Arbitral, colegiado o unipersonal.

Ello genera de modo ineludible la incapacidad material (incompetencia por razón de la materia) del órgano jurisdiccional para dirimir válidamente tal controversia, en contravención a lo pactado de modo previo para que sea un tribunal arbitral el que, conforme al mismo pacto, se instale, resuelva la misma mediante un laudo, de modo definitivo y definitorio, con calidad de cosa juzgada (*res iudicata*). Los actos procesales que realice la autoridad judicial en contrario al válido acuerdo expreso de las partes, en tal sentido serían, por ende, nulos de pleno derecho, siempre que ello se le haga saber en la forma o modo oportunos.

Por tanto, el legislador imaginó —con evidente ausencia de una apropiada técnica procesal— que había creado una nueva excepción para el proceso judicial —a pesar de que estaba legislando para el Código Civil— y que en verdad está destinada a defender la inexistencia o ausencia de un presupuesto esencial básico del proceso, denunciando la construcción de una inadecuada relación jurídica-procesal que determina la nulidad o improcedencia del proceso judicial.

Como ya se apuntó, la denominada *excepción de arbitraje* no es más que una variante de la *excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia*, de modo que bastaría que la norma pertinente regulase que la existencia de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral (hoy convenio arbitral) da lugar a la excepción de incompetencia por razón de la materia, y se hubiese defendido al arbitraje con la misma fortaleza, pero con mejor entendimiento y técnica jurídica apropiada.

## 6. La Constitución Política de 1993

La Constitución de 1993, que derogó la Constitución de 1979 luego de un proceso político complicado y conflictivo, repite literalmente en este punto de nuestro estudio arbitral la formulación constitucional de su predecesora.

Entró en vigencia —luego de un polémico proceso de referéndum— el 31 de diciembre de 1993, manteniéndose hasta la fecha con algunas pocas reformas constitucionales. Esta Constitución se refiere al arbitraje en su artículo 139, inciso 1 (Capítulo VII, *Poder Judicial*). Al igual que su antecesora, se denomina *Jurisdicción arbitral*, como jurisdicción independiente, de excepción, al igual que la Justicia Militar. Como aquella fuera del control judicial de los Tribunales Ordinarios. Como ya se ha dicho con relación a la Constitución de 1979, sin reflejar bondad técnica, ni tener el respaldo en la moderna doctrina procesal, teniendo más bien como paradójico propósito “encerrar” y “definir” en el texto constitucional al instituto del *arbitraje*, a fin de forzar a su regulación legal por el legislador y forzar a su respeto por parte de la Administración de Justicia estatal.

No se discute la importancia del Arbitraje como tal, menos aún en la hora actual del casi total fracaso y colapso de los sistemas de administración de justicia en la sociedad contemporánea. Lo que criticamos sin ambages es que no se haya hecho de modo adecuado. Pudo hacerse esto, quizá dentro de las mismas *Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, por la necesidad de revalorar y relanzar el arbitraje como una forma pacífica de solución de controversias. Tal vez más pacífica incluso —si cabe la expresión— que el proceso judicial jurisdiccional, debido al manejo y presencia de las partes sobre su proceso, por la mayor confianza y certeza en la labor de los árbitros y, en suma, por ser un proceso *ad-hoc* generado, creado y faccionado por las partes antes que el proceso judicial ordinario que en forma seriada ofrece el Estado hoy, no siempre con la bondad y resultados que la sociedad espera para la consecución de la ansiada paz social que tanto reclamó Couture (Quiroga León 1986: 243 y ss.), más allá de la mera satisfacción de las partes interesadas en la composición del litigio o controversia.

## 7. El Código Procesal Civil de 1993 y la primera Ley de Arbitraje (D.Ley N° 25935)

El Código Procesal Civil de 1993 originalmente reguló el arbitraje en el Libro II: *Justicia Arbitral*. Pero ocurrió algo extraño nunca bien explicado: antes de que se cumpliera el periodo de la *vacatio legis* de este código, sus postulados sufrieron importantes reformas. Entre las más llamativas se encuentra la supresión del referido libro sobre la *Justicia Arbitral*, que fue extraído de la versión final del Código Procesal Civil de 1993. Por ello, cuando el código entró en vigencia, sus postulados ya no contenían referencia alguna al arbitraje, como ocurre hasta la fecha. Así, lo referente al capítulo arbitral fue una legislación no nata en este código, que actualmente se regula a partir de un denominado Texto Único Ordenado, que trata de justificar sus muchas reformas acaecidas desde su no nacimiento hasta la fecha.

Casi al mismo tiempo de que entrara en vigencia el Código Procesal Civil de 1993, durante la fase dictatorial más dura del Gobierno de Alberto Fujimori, mediante Decreto Ley N° 25935 se reemplazó todo el Libro II del no nato Código Procesal Civil de 1993. Este decreto ley fue denominado *Ley General de Arbitraje* —con una regulación bastante más completa e integral que la regulación originalmente prevista en el Libro II del Código Procesal Civil de 1993—, y definió al *Convenio Arbitral* como un contrato previo y solemne (artículos 4 a 15). De este modo, dicha regulación superó y suprimió para siempre de nuestra legislación la antigua y clásica dicotomía entre *Cláusula Compromisoria* y *Compromiso Arbitral* que, en verdad, poca aplicación y utilidad tuvo en el tiempo de su vigencia de poco menos de nueve años.

Sus características más saltantes fueron las siguientes:

- a) La definición del *Convenio Arbitral* como un contrato previo, solemne (artículos 4 a 15);
- b) La determinación de que la integración o formalización judicial del arbitraje, y sus reglas, sobre la base de un *Convenio Arbitral* no honrado por las partes, debe hacerla el Juez Civil señalado por las partes, o el del

- lugar en donde éste deberá realizarse, o del lugar de celebración del Convenio, o el del lugar del domicilio del demandado, o de cualquiera de ellos si fueran varios;
- c) La presunción de que, en defecto de pacto expreso, el *Arbitraje* deberá ser de derecho;
  - d) En cuanto a los *Árbitros* (artículos 16 a 25), se establece que en el caso de los *Arbitrajes de Derecho*, éstos deberán llevarse a cabo por árbitros letrados conforme a las leyes peruanas, debidamente Colegiados (Defensa Cautiva);
  - e) La prohibición de deferir a una sola de las partes la designación de la totalidad de los *Árbitros*;
  - f) En cuanto al *Proceso Arbitral* en sí mismo (artículos 26 a 34), se estableció la libertad de las formas;
  - g) La posibilidad del *Arbitraje Administrado*, a cargo de instituciones especializadas para el efecto, frente al *Arbitraje de partes*;
  - h) La posibilidad de que el *Proceso Arbitral* concluya por Conciliación, Transacción, Suspensión del Proceso Arbitral, Renuncia al Proceso Arbitral y Desistimiento del Proceso Arbitral (artículos 35 a 37);
  - i) Competencia de los *Árbitros* y su sistema de votación en el caso de los *Tribunales Arbitrales Colegiados*;
  - j) Las características del Laudo (artículos 42 a 51);
  - k) Los recursos apelación, cuando su procedencia haya sido pactada (artículos 52 a 54), sea ante una segunda instancia judicial, sea ante una segunda instancia arbitral expresamente pactada;
  - l) El recurso de anulación de Laudo (artículos 55 y 56), en las causales *numerus clausus* allí expresamente previstas;
  - m) Las medidas Cautelares y de Ejecución del laudo (artículos 73 a 80);
  - n) El Arbitraje Internacional (artículos 81 a 107), su definición y características; y,
  - o) El reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales provenientes de Arbitrajes Internacionales.

Sin embargo, a escasos tres años de vigencia, sin mayor explicación<sup>4</sup>, el Decreto Ley N° 25935 fue íntegramente derogado y sustituido por la Ley N° 26572.

## 8. La segunda Ley de Arbitraje (Ley N° 26572)

La Ley N° 26572, del 5 de enero de 1996, también denominada *Ley de Arbitraje*, fue dada en el intento de reconstitucionalización del segundo mandato de Alberto Fujimori y cuando ya estaba en vigencia la actual Constitución de 1993. Esta norma reguló nuevamente por completo todo el *proceso arbitral*, estableciendo la posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos, para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas. ¿Por qué ocurrió esto? Lo que siempre se ha sostenido es que ha habido hasta dos grupos de arbitrativistas de ideología diferente en cuanto a esta institución. Cuando uno de ellos ha estado cerca del poder de turno (por ejemplo, en la época dictatorial de Alberto Fujimori luego del Golpe de Estado de 1992 se dio lugar a un tipo de normatividad). Cuando los otros han estado cerca de ese poder de turno en 1996, el péndulo se dio hacia el otro lado y se estableció una nueva regulación. La actual regulación legislativa del Arbitraje no ha estado, ciertamente, exenta de ello. Por eso es que la Ley de Arbitraje fue sustituida íntegramente de nuevo por el Decreto Legislativo N° 1071 y, a finales de 2015 ha sufrido algunas modificaciones por medio del Decreto Legislativo N° 1231. Y eso se puede distinguir con mediana

---

<sup>4</sup> El auge del *arbitraje* empezó a generar doctrina, instituciones habilitadas, mayor cobertura y difusión. Esto motivó que su tarea se *repartiera* en el seno de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil. Así, la mayoría se dedicó a este Corpus Iuris y una minoría al tema del *arbitraje*, en un pacto mutuo de apoyo. Esto es más evidente cuando se comparan los textos del Libro II con respecto al propio Código Procesal Civil —p.e. el Código Procesal Civil se presenta sumillado—, en tanto que su Libro II no lo estaba, además de ser notoria una diferente redacción y utilización de conceptos procesales. Quizás ello explique el porqué de su escisión aun antes de que el Código Procesal Civil ingrese en vigencia. Luego de esta curiosa *división del trabajo*, una Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia aprobó el denominado *Texto Único Ordenado* del Código Procesal en la versión que mayoritariamente rige hasta ahora —ya sin el Libro II *Justicia Arbitral*—, en tanto que un Decreto Ley —norma legal con rango de ley que promulga el Ejecutivo, en la sede del Consejo de Ministros, en ausencia del Congreso Nacional en la fase dictatorial del Gobierno Peruano en 1992, luego de un *Autogolpe de Estado Institucional* que dio paso al autodenominado *Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*—. Con esto se hace evidente que ni una ni otra norma se hubiesen podido dictar así, en tales condiciones, sin un apoyo explícito del Ejecutivo, sobre todo desde su Ministerio de Justicia, de aquella fase dictatorial, de consuno con los mentores de estas dos normas legales.

claridad en el tenor de sus postulados que van cambiando los aspectos sustantivos de la regulación normativa Arbitraje y su concepción misma.

La segunda Ley de Arbitraje estableció disposiciones generales en sus ocho primeros artículos, resaltando lo siguiente:

- a) La posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos, para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas;
- b) La regulación del *Arbitraje del Estado*, con un cambio cualitativo a toda regulación pasada (e.g. la regulación del *Arbitraje* en el Código Civil de 1984), sin necesidad de autorización previa especial, entendiendo como Estado al Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales (Municipalidades). Se estableció que las Empresas estatales de derecho privado o de economía mixta podían acordar libremente, sin necesidad de autorización previa, someterse a Arbitraje Nacional, con relación a los contratos celebrados con nacionales y extranjeros;
- c) Se invirtió la presunción, en el sentido de que, a falta de pacto expreso, el *Arbitraje* debía ser de *consciencia o equidad*, a menos que expresamente se hubiera pactado el *Arbitraje de Derecho*. Y aun en este último caso, cuando el arbitraje versase sobre asuntos de carácter comercial, los *Árbitros* debían tomar en cuenta los usos mercantiles aplicables a cada caso;
- d) Se excluyó, a falta de pacto expreso, la intervención del Poder Judicial, sometiéndose de modo exclusivo y excluyente a la denominada *Jurisdicción Arbitral*;
- e) Se reguló el *Arbitraje Administrado* a cargo de una Institución Arbitral, la que necesariamente debía instituirse como Persona Jurídica, dándose a la misma la facultad de nombrar *Árbitros*, el procedimiento y demás reglas con las que administrará el *Arbitraje*, de conformidad con su Reglamento Arbitral;

- f) Se abandonó definitivamente la diferenciación, clasificación y distinción de *Cláusula Compromisoria* y *Compromiso Arbitral*, para resumirse en un solo concepto: *Convenio Arbitral*, que resultó así regulado en los artículos 9 a 17. De este modo, la definición legal del *convenio arbitral* era la siguiente:

Art. 9.- Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada.

Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán en favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con este último.

- g) La solemnidad escrita del *convenio arbitral* se flexibilizó, ya que se señaló que por forma escrita no sólo se entendería cuando éste se celebrase por escrito, sino cuando resultase claro del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia en que inequívocamente se dejase constancia documental de las partes de

someterse a *arbitraje*. Ello era mucho más avanzado, aun cuando la norma señalaba que a pesar de no haberse formalizado el *convenio arbitral* respectivo, el mismo se entendía perfeccionado cuando una de las partes tomase la iniciativa de iniciar el *arbitraje*, bajo el conocimiento de uno o más *Árbitros*, y la otra parte aceptase la misma, sea expresamente, sea tácitamente apersonándose al *proceso arbitral* sin objetar tal intervención, en una suerte de convalidación tácita retroactiva;

- h) El *convenio arbitral* podía tomar la forma de *cláusula accesoria*, o relación jurídica estándar, y era oponible y exigible, siempre que hubiera sido conocida o hubiera podido ser conocida por la otra usando la diligencia ordinaria, fuese en *cláusulas generales de contratación* o *contratos por adhesión*. También se reconoció el *arbitraje estatutario* configurado por el *convenio arbitral* regulado por los Estatutos o normas equivalentes en sociedades civiles o mercantiles cualesquiera sea su denominación conforme a ley, asociaciones jurídicas y demás entidades colectivas. Se reguló, asimismo, el denominado *arbitraje testamentario* cuando así lo hubiese previsto el Testador respecto de cualquier controversia surgida o por surgir entre los herederos testamentarios, o de terceros en relación con los bienes de la herencia;
- i) Se previó la separabilidad del *convenio arbitral* respecto del Contrato o Convenio que lo contenía, de manera que constituían pactos independientes, donde la inexistencia, anulabilidad, nulidad, resolución, rescisión, etc., de éste, ni afectaba a la existencia, validez o exigibilidad de aquél, inclusive para determinar válidamente las condiciones jurídicas del convenio o contrato que él contenía;
- j) Se insistió nuevamente en el concepto, errado en nuestro criterio, de la denominada *excepción de convenio arbitral*, de manera tal que el desconocimiento en juicio ordinario de la existencia del *convenio arbitral* para la solución de la controversia sometida a la justicia ordinaria, daba lugar a la oponibilidad de la *excepción de convenio arbitral* válida de este medio de defensa. Vencido el plazo previsto para éste, se entendía

renunciado el derecho a invocarla, y sin efecto alguno el convenio arbitral;

- k) Era posible la sustracción de la materia sometida al Proceso Judicial cuando las partes celebrasen, en el curso de la misma, un Convenio Arbitral que debía ser respetado por la autoridad judicial haciendo caducar el proceso de que se trate y cediendo paso a la instalación del Tribunal Arbitral de que se trate, bajo las reglas que se pactasen para este efecto;
- l) El Capítulo de Los Árbitros estuvo regulado entre los artículos 18 a 32, siendo lo más destacable el que los Árbitros podían ser personas naturales o personas jurídicas dentro de una plena libertad para el proceso de su nombramiento, siendo en este último caso nombrada a su vez como entidad nominadora, y cuando se trate de Arbitraje de Derecho este debía recaer en Abogados, sea nacionales o extranjeros, sin que estos últimos debieran ser necesariamente Abogados registrados en el territorio nacional;
- m) Se reguló, finalmente, un procedimiento judicial expeditivo para la designación judicial de los Árbitros de la parte renuente a hacerlo, sin que quedase recurso alguno cuando el Juez hubiese nombrado al o a los Árbitros, y sí con efecto suspensivo, cuando lo hubiese negado;
- n) El *proceso arbitral* se reguló entre los artículos 33 y 40, bajo el principio de que la *Libertad de la Regulación del Proceso*, bajo el cumplimiento estricto del principio procesal de que a composición de las partes prevalece por sobre la composición judicial, desmitificando el concepto de la irrenunciabilidad o el carácter público de las normas procesales, siendo alternativo el sometiendo a los reglamentos de las entidades autorizadas a llevar el *Arbitraje Administrado*;
- o) Se establecieron reglas básicas, de funcionamiento supletorio, de la tramitación del *Proceso Arbitral*. Dentro de esto, una regla esencial era la contenida en el artículo 39, en donde, además de la materia arbitrable que las partes conceden en el *Proceso Arbitral*, se estableció como norma de orden público la facultad inmanente de que los *Árbitros* siempre

tendrían la potestad de establecer los límites válidos de su propia competencia, incluyendo la posibilidad de determinar en ello la existencia o inexistencia, eficacia o validez del propio *Convenio Arbitral*. Esta facultad podía exigirse *ex officio*, pudiendo hacerlo como cuestión previa, o reservarse, por decisión del propio *Tribunal Arbitral*, a la expedición del Laudo, sin que fuese esta decisión susceptible de recurso alguno;

- p) También se estableció como regla genérica la posibilidad del *Tribunal Arbitral* de recurrir, aun las partes con autorización de éste, a la autoridad judicial para requerir el auxilio judicial en la actuación de los medios probatorios;
- q) Las demás normas se referían a la posibilidad de conciliar o transigir ante los *árbitros*, quienes debían ser promotores de estas posibilidades, aun del desistimiento y de la suspensión temporal del *proceso arbitral*, la competencia de los *árbitros* y las mayorías para laudar válidamente, el laudo arbitral, los costos del *arbitraje*, los recursos, sea en una *segunda instancia arbitral*, o ante el Poder Judicial —en la Sala Civil correspondiente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial que corresponda—, cuando ello hubiera sido expresamente autorizado por el *Convenio Arbitral* o por las reglas pactadas para el mismo, las causales taxativas de anulación del laudo (*numerus clausus*), y la posibilidad restrictiva del Recurso de Casación sólo cuando el laudo hubiera sido anulado en todo o en parte, donde este Recurso Extraordinario de Impugnación se preveía sólo en defensa del proceso y de la institución arbitral;
- r) Se regularon también, entre los artículos 79 a 87, con bastante precisión, las providencias cautelares susceptibles de solicitarse en el *Proceso Arbitral*, sea en sede judicial, sea en sede arbitral, la ejecución del Laudo y su publicación en diarios o en revistas de la prensa del Laudo a costa del que lo solicite, como sanción moral para la parte que obligó al vencedor a recurrir al Poder Judicial para la ejecución y cumplimiento de lo que hubiera sido así laudado;

- s) También se reguló con profusión y prolijidad el *Arbitraje Internacional* entre los artículos 88 y 126, con toda una normatividad propia;
- t) Se estableció entre los artículos 127 y 131 las condiciones del *Exequatur*<sup>5</sup> de los Laudos extranjeros, las condiciones de su reconocimiento y ejecución;
- u) Es interesante destacar, dentro de lo ya señalado en torno al principal objeto de este comentario, que la *Primera Disposición Complementaria y Transitoria* señalaba que toda referencia legal o convencional a una “cláusula compromisoria” o a un “compromiso arbitral” debía ser reconducida al entendimiento legal de un *Convenio Arbitral*, en los términos de los supuestos de hecho de esta Ley;
- v) Se estableció también un plazo para la adecuación de los reglamentos arbitrales de las instituciones del *Arbitraje Administrado* (60 días), y la necesidad de que estas instituciones fuesen siempre —y tuviesen forma de— persona jurídica; y,
- w) Finalmente, se ordenó la creación de Juzgados y Cortes de Justicia de especialidad arbitral para el conocimiento de la designación de los *Árbitros* en defecto del cumplimiento de la parte renuente, y para el conocimiento de los recursos de apelación, cuando esto haya sido pactado, y para conocer el Recurso de Anulación que esta Ley prevé taxativa y restrictivamente.

## 9. La actual Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071)

La actual Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 y vigente desde el 1 de septiembre de 2008, derogó por completo la Ley N° 26572. Esta norma reforzó el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas (Castillo

---

<sup>5</sup> Procedimiento para el reconocimiento, homologación y ejecución de fallos y laudos del extranjero dentro del territorio nacional, conforme a tratados internacionales y/o la legislación nacional, sobre todo la procesal.

Freyre y otros 2014b: 35). Esta es la norma legal que rige hasta la fecha, con algunos cambios menores de último momento, como se explicará más adelante.

Los artículos de esta ley refuerzan la competencia de los árbitros, consagran el recurso de anulación —para evitar el uso de recursos anteriores al laudo, que pretendieran evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros— y buscan restringir la intervención judicial en determinados supuestos para facilitar el desarrollo del arbitraje.

De manera concluyente, se ha señalado que la mayoría de los cambios contenidos en el Decreto Legislativo N° 1071 obedecen al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la exposición de motivos de la Ley, esto estandariza el tratamiento arbitral peruano acercándolo a los estándares internacionales (Castillo Freyre y otros 2014b: 35), con el propósito de dotar a las instituciones de mayores instrumentos de control en su conformación, desarrollo y resultados; con la finalidad de procurar evitar su ilegal manipulación o uso indebido en desmedro jurídico y público de la institución arbitral. Dentro de ese péndulo legislativo que tanto caracteriza a la legislación sobre el arbitraje, este Decreto Legislativo ha sufrido algunas modificaciones como a continuación desarrollamos.

## **10. Las modificaciones establecidas por el D. Leg. N° 1231**

La actual Ley de Arbitraje ha sufrido recientemente algunas modificaciones menores a través del Decreto Legislativo N° 1231, publicado el 26 de setiembre de 2015. De este modo, se modificó el artículo 20, referente a la capacidad del árbitro, y el artículo 28, sobre los motivos de abstención y de recusación de éstos. Básicamente, ante la evidencia del ingreso de la corrupción al interior de algunos procesos arbitrales, —su grosera y evidente manipulación a partir de algunas de sus características (confidencialidad, limitación de control jurisdiccional, etc.) para obtener ilícitos resultados y la utilización de sus postulados limitados y blindados al proceso judicial para

facilitar su mal utilización— se ha tratado ahora de reforzar las seguridades para que esto no suceda, básicamente a partir de la mayor responsabilidad personal, legal y hasta penal de los que ejercen la función de árbitros.

No necesariamente esto va a mejorar. Como siempre ocurre con las normas coyunturales, se cae en el riesgo de ir de un extremo al otro, sin lograr una solución eficaz.

De este modo, se incorpora también la posibilidad de inscribir en los Registros Públicos el proceso arbitral y su resultado. Esto permite romper parcialmente la regla de su confidencialidad para evitar que la misma sea mal utilizada, entre otras disposiciones complementarias y finales. Entre estas destaca la regulación de la necesaria publicidad de los laudos arbitrales donde el Estado haya sido parte de un proceso arbitral, flexibilizando la regla general de la confidencialidad *inter partes* por razones de notorio interés público evitando que esa confidencialidad sea caldo de cultivo de su mal utilización con fines ilícitos en perjuicio del Estado o de terceros.

## **11. La Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) y su modificatoria por el D. Leg. 1341**

Debe destacarse también la actual Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225), del 11 de julio de 2014. Esta ha establecido, en su artículo 45, la regulación de los medios de solución de controversias de la ejecución contractual en el ámbito de la contratación del Estado. Esto se antepone a la Ley de Arbitraje cuando se trate de arbitrajes que surjan como consecuencia de una contratación con el Estado, creándose una suerte de bifurcación legislativa y regulatoria del arbitraje en el Perú, por un lado el “arbitraje privado” y por otra parte el “arbitraje del Estado” (es decir, cuando el Estado es parte en virtud de una contratación estatal):

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

partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

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

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

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final. Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de

controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

Todos los plazos antes señalados son de caducidad.

45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

45.4 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.

45.5 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto. El reglamento establece los criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar.

45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada

en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado. Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

45.7 Para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto.

45.8 El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta Ley resulta, en principio y salvo el supuesto de excepción previsto en el presente numeral, competente para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.

En ese sentido, cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes debe solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 45.2 del presente artículo.

El árbitro único o el tribunal arbitral acumula las nuevas pretensiones que se sometan a su conocimiento, siempre que estas sean solicitadas antes de la conclusión de la etapa probatoria. Excepcionalmente, el árbitro único o el tribunal arbitral, mediante resolución fundamentada, puede denegar la acumulación solicitada tomando en cuenta la naturaleza de las

nuevas pretensiones, el estado del proceso arbitral y demás circunstancias que estime pertinentes.

En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.

45.9 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071.

Adicionalmente, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

45.10 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida

ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituyen infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:

- a) Amonestación.
- b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
- c) Inhabilitación permanente.

Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo es honorario. La organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento.

45.11 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento. Este régimen se rige por su propio reglamento arbitral que es aprobado mediante directiva por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o norma que lo sustituya.

45.12 Los medios de solución de controversias a que se refiere la presente Ley o su reglamento, se desarrollan en cumplimiento del Principio de Transparencia.

Las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con remitir la información que establezca el reglamento y aquella que solicite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a las controversias derivadas de la aplicación de la presente Ley, bajo responsabilidad de su titular o representante legal.

Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por un plazo no menor de diez (10) años desde la terminación de las mismas. En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo antes señalado. Antes del vencimiento de dicho plazo, la custodia puede ser encargada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), bajo los requisitos y condiciones previstos en el reglamento.

45.13 Las resoluciones sobre devolución de honorarios de árbitros emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) constituyen título ejecutivo.

Esta normatividad fue modificada en gran parte por el Decreto Legislativo No. 1341 de 6 de enero de 2017, y que fuera publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el siguiente 7 de enero, por lo que entró en vigor a partir del décimo quino día posterior a las modificaciones al reglamento de la Ley de Contrataciones, según su propia “*vacatio legis*”, con excepción de sus artículos 2, 9 y literales m) y n) de su artículo 11 que entró en vigencia el 7 de enero de 2017, pero que no son relevantes para este análisis.

En esta norma parcialmente modificatoria –en lo pertinente para este trabajo– se establece una nueva regulación en el “arbitraje del Estado” en los Arts. 45, 52 lit. j) y la Primera Disposición Complementaria Final, estableciendo las siguientes nuevas reglas:

1. En el artículo 45 se regulan los “*medios de solución de controversias de la ejecución contractual*”.

2. En su Art. 45.1 se establece textualmente que:

Art. 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

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

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

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

Todos los plazos señalados en este numeral son de caducidad.

45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

45.4 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.

45.5 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor

de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto.

Presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la Entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede.

El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar

45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

Asimismo, para desempeñarse como árbitro, en el caso de los arbitrajes Ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

45.7 El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta Ley resulta, en principio y salvo el supuesto de excepción previsto en el presente numeral, competente para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.

En ese sentido, cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes debe solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 45.2 del presente artículo.

El árbitro único o el tribunal arbitral acumula las nuevas pretensiones que se sometan a su conocimiento, siempre que estas sean solicitadas antes de la conclusión de la etapa probatoria. Excepcionalmente, el árbitro único o el tribunal arbitral, mediante resolución fundamentada, puede denegar la acumulación solicitada tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado del proceso arbitral y demás circunstancias que estime pertinentes.

En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.

45.8 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.

La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

Las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnada en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta:

1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.

2. Que la referida autorización sea aprobada por el Titular del sector correspondiente, excepto tratándose de Ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministros.

Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrir en responsabilidad.

Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

45.9 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

Los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales durante el desarrollo del arbitraje. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituye infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:

- a) Amonestación.
- b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
- c) Inhabilitación permanente.

Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros independientes de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo puede ser remunerado. La organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento.

45.10 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento.

Este régimen se rige por su propio reglamento arbitral que es aprobado mediante directiva por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o norma que lo sustituya.

45.11 Los medios de solución de controversias a que se refiere la presente Ley o su reglamento, se desarrollan en cumplimiento del Principio de Transparencia.

Las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con remitir la información que establezca el reglamento y aquella que solicite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a las controversias derivadas de la aplicación de la presente Ley, bajo responsabilidad de su titular o representante legal.

En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo de diez (10) años desde su terminación. Antes del vencimiento de dicho plazo, la custodia puede ser encargada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), bajo los requisitos y condiciones previstos en el reglamento. Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por el plazo señalado.

45.12 Las resoluciones sobre devolución de honorarios de árbitros emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) constituyen título ejecutivo.

45.13 Si como resultado de un proceso arbitral se reconoce algún monto a pagar al proveedor o contratista, el pago por parte de la Entidad debe efectuarse junto con la liquidación o conclusión del contrato.

(...)

#### **Artículo 52. Funciones**

(...)

j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un Banco de Laudos Arbitrales de fácil acceso en la que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros.

(...)

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

Primera.- La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios,

u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

(...)

## **12. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 350-2015-EF)**

Finalmente, debemos tomar en cuenta el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, del 10 de diciembre de 2015. Esta norma regula entre sus artículos 182 a 204 (en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 de la referida Ley) el Capítulo *Conciliación y Arbitraje* del Título *Controversias durante la ejecución contractual* de la Ley de Contrataciones del Estado. Estos artículos guardan estrecha relación y congruencia con los *medios de solución de controversias de la ejecución contractual*, descritos anteriormente:

### **Art. 182.- Disposiciones Generales**

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

Bajo responsabilidad, el Titular de la Entidad o por quien este haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos y riesgos de no adoptar un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal.

#### Art. 183.- Conciliación

Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente.

Las Entidades deberán registrar las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el SEACE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad.

De ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos antes señalados la Entidad no presenta la Resolución Autoritativa ante el Centro de Conciliación, se entenderá que no existe acuerdo y se concluirá el procedimiento conciliatorio.

#### Art. 184.- Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho.

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la institución arbitral debe encontrarse debidamente acreditada ante OSCE, correspondiendo a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje por escrito.

En caso haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, sin acuerdo o con acuerdo parcial, el arbitraje respecto de las materias no conciliadas deberá iniciarse dentro del plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.2 del Art. 45 de la Ley.

Si las partes han convenido que las controversias se sometan previamente a una Junta de Resolución de Disputas (JRD), el inicio del arbitraje y su plazo se rige por lo dispuesto en el Art. 213.

#### Art. 185- Convenio Arbitral

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La acreditación de la institución arbitral debe ser verificada por el funcionario que suscribe el contrato.

El OSCE publica en su portal institucional la relación de instituciones arbitrales acreditadas, así como los convenios arbitrales tipo.

En caso el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, o se refiera a una institución arbitral no acreditada, el proceso arbitral debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada.

En caso la institución arbitral elegida pierda su acreditación con posterioridad a la suscripción del contrato, y antes del inicio del proceso arbitral, el proceso arbitral respectivo debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional o no se designa a una institución arbitral determinada, o no se incorpore el convenio arbitral en el contrato, la controversia se resuelve mediante un arbitraje ad hoc, aplicándose las reglas previstas para este tipo de arbitraje.

Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

#### Art. 186.- Solicitud de Arbitraje

En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio

arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La designación del árbitro por parte de la Entidad debe ser aprobada por su Titular o por quien este haya delegado tal función. La solicitud también deberá incluir un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía, de ser pertinente.

La comunicación a la Entidad o al contratista debe ser dirigida al último domicilio válidamente señalado para efectos de la ejecución contractual.

#### Art. 187.- Respuesta de Arbitraje

La parte que reciba una solicitud de arbitraje de conformidad con el artículo precedente, debe responderla por escrito dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, que en caso de la Entidad debe ser aprobado por su Titular o por quien este haya delegado tal función, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta puede contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

La falta de respuesta o toda oposición formulada en contra del arbitraje, no interrumpe el desarrollo del mismo ni de los respectivos procedimientos para que se lleve a cabo la conformación del tribunal arbitral y la tramitación del arbitraje.

#### Art. 188.- Excepciones u objeciones

Las excepciones u objeciones al arbitraje cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia deben ser resueltas al finalizar la etapa postulatoria y antes que se fijen los puntos controvertidos del proceso.

#### Art. 189.- Árbitros

El arbitraje es resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, es resuelto por árbitro

único, salvo en los casos en que las partes se hayan sometido al arbitraje institucional, en cuyo supuesto deberán sujetarse a lo establecido en el respectivo reglamento.

En los arbitrajes ad hoc tratándose de controversias cuya cuantía sea igual o superior a mil Unidades Impositivas Tributarias (1000 UIT) o se refieran a resolución o nulidad de contrato suscritos por montos iguales o superiores a dicho límite, a falta de acuerdo de partes o en caso de duda, serán resueltos por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. Los árbitros deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Árbitros (RNA) y cumplir con los demás requisitos establecidos en el numeral 45.6 del Art. 45 de la Ley.

#### Art. 190.- Impedimentos para ser árbitro

Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitros:

1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los Titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos.
4. Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
5. El Contralor General de la República y el Vice Contralor.
6. Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo.
7. Los gobernadores regionales y los alcaldes.
8. Los directores de las empresas del Estado.
9. El personal militar y policial en situación de actividad.
10. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.

11. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
12. Los sometidos a proceso concursal.
13. Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
14. Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
15. Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
16. Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.

En los casos a que se refieren los numerales 8 y 10, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

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

En aquellos procesos arbitrales ad hoc en los cuales las partes no hayan pactado la forma en la que se designa a los árbitros o no se hayan puesto de acuerdo respecto a la designación del árbitro único o algún árbitro que integre el Tribunal Arbitral, o los árbitros no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del presidente del Tribunal Arbitral, cuando corresponda, cualquiera de las partes puede solicitar al OSCE la designación residual, la que se efectuará a través de una asignación aleatoria por medios electrónicos, de acuerdo a los plazos y procedimiento previstos en la Directiva correspondiente. En caso la solicitud de designación residual no se presente dentro del plazo respectivo, la solicitud de arbitraje queda sin efecto automáticamente. Las designaciones residuales efectuadas por el OSCE se realizan de su nómina de Árbitros para Designación Residual, y son definitivas e inimpugnables. Los procedimientos de inscripción y renovación de

árbitros en dicha nómina se realizan conforme a lo establecido en la respectiva Directiva.

#### Art. 192.- Independencia, imparcialidad y deber de información

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

Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

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

#### Art. 193.- Recusación

Los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas:

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

En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional, la recusación es resuelta por la Presidencia Ejecutiva OSCE, en forma

definitiva e inimpugnable, conforme al procedimiento establecido en la Directiva correspondiente, salvo que aquéllas hayan acordado que la recusación sea resuelta por una institución arbitral acreditada.

El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros, o cuando lo disponga el Tribunal Arbitral. Esta norma es aplicable a los arbitrajes ad hoc y a los arbitrajes institucionales cuando no se haya regulado al respecto.

#### Art. 194.- Instalación

Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes debe solicitar al OSCE la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los veinte (20) días siguientes de conocida la aceptación de estos, según corresponda. Para tales efectos, las instalaciones se pueden realizar en la Oficinas Desconcentradas de OSCE. Dentro del plazo de diez (10) días de realizada la instalación del árbitro único o tribunal arbitral, se trate de un arbitraje ad hoc o institucional, las Entidades, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad o de quien este haya delegado tal función, deben registrar en el SEACE los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos.

#### Art. 195.- De la organización y Administración de Arbitrajes a cargo del SNA – OSCE

El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en Contrataciones del Estado, en armonía con el principio de subsidiariedad, sujetándose a las siguientes reglas y a la Directiva que OSCE apruebe para estos efectos:

1. El OSCE puede aprobar uno o más reglamentos de arbitraje aplicables a los procesos arbitrales que este administre, de acuerdo a la complejidad, cuantía y otros criterios.

2. El OSCE puede realizar las actividades de organización y administración de arbitrajes en las regiones donde haya carencia de instituciones arbitrales acreditadas.

En el respectivo convenio arbitral las partes podrán encomendar al OSCE la organización y administración del arbitraje, siempre que al momento del perfeccionamiento del contrato se encuentre habilitado para ejercer dicha función en la región donde se desarrollará el mismo, conforme a lo establecido en la Directiva, con independencia que con posterioridad al perfeccionamiento se determine que OSCE no administre arbitrajes en la región correspondiente.

3. El OSCE puede también realizar las actividades de organización y administración de arbitrajes para las controversias derivadas de contratos celebrados para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías, cuya cuantía no exceda del límite previsto mediante Directiva.

Este tipo de arbitraje se desarrolla bajo el reglamento arbitral de carácter especial que el OSCE aprueba, que contempla un procedimiento expeditivo y de costos razonables, atendiendo a la magnitud de las controversias y/o montos contractuales involucrados.

Si en los contratos señalados en el presente numeral no se ha incorporado una cláusula arbitral, se considera incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje, bajo el reglamento arbitral previsto en el párrafo precedente: «Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y

administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento especial».

4. En caso se pacte en el convenio arbitral que el OSCE organice y administre arbitrajes en contratos de bienes, servicios en general y consultorías que exceden la cuantía establecida en la Directiva o en regiones en las cuales no se encuentre habilitada a ejercer tal función, el arbitraje debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada

5. Cuando el convenio arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encuentra a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE o de cualquiera de sus órganos, siempre que el mismo resulte competente para organizarlo y administrarlo, se entiende que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su respectivo Reglamento.

6. El OSCE se encuentra facultado para encargar a otras instituciones públicas, mediante convenio, la organización y administración del régimen institucional de arbitraje subsidiario a su cargo.

#### Art. 196.- Gastos Arbitrales

Los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje.

El OSCE aprueba mediante Directiva una tabla de gastos arbitrales, la que es aplicable a los arbitrajes que organice y administre conforme a su Reglamento, así como a los arbitrajes ad hoc.

En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no pueden exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de los límites máximos establecidos por la tabla de gastos arbitrales aprobada por el OSCE, puede solicitar a esta entidad emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud

no suspende el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por la Directiva que OSCE apruebe para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, debe ser resuelta a pedido de parte por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios se tiene por no puesto, no pudiéndose pactar en contrario.

#### Art. 197.- Laudo

El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, debe ser notificado personalmente a las partes y a través del SEACE. El laudo vincula a las partes del Arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso. El laudo debe ser motivado, no pudiéndose pactar en contrario. Es responsabilidad del árbitro único o del presidente del Tribunal Arbitral registrar correctamente el laudo en el SEACE, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, conforme a lo dispuesto en numeral 1 del literal c del Art. 216. Asimismo, es responsable de la remisión que se requiera efectuar a la respectiva secretaría arbitral para efectos de su notificación personal.

Asimismo, las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación deben ser remitidas por el procurador público o la Entidad, según corresponda, al OSCE en el plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para su registro y publicación, bajo responsabilidad del procurador público o del Titular de la Entidad o a quien este haya delegado dicha función.

#### Art. 198.- Información que debe remitirse al OSCE

Las instituciones arbitrales y los centros que administren Juntas de Resolución de Disputas deben remitir al OSCE, en las condiciones, forma y oportunidad establecidas en la Directiva correspondiente, la siguiente información:

1. Copia de las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas.
2. Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas.
3. Copia de los documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros, secretarios arbitrales y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva.
4. Relación trimestral de arbitrajes ingresados y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso.

#### Art. 199.- Custodia de expedientes

El presidente del Tribunal Arbitral o árbitro único, así como la respectiva institución arbitral pueden encargar al OSCE, o a otra institución que ésta autorice, la custodia del expediente luego de transcurrido el plazo mínimo de un (1) año desde la fecha de culminación de las actuaciones arbitrales. Para estos efectos, el expediente debe ser micrograbado bajo las condiciones previstas en el Decreto Legislativo N° 681, sus normas complementarias, normas que la modifiquen o la sustituyan, y lo dispuesto en la Directiva correspondiente.

#### Art. 200.- Estudios a cargo del OSCE

OSCE elabora estudios de laudos, actas de conciliación y sentencias que resuelvan recursos de anulación, así como realizar estudios conducentes

a evaluar y analizar la eficiencia de los medios de solución de controversias en contratación pública, y de ser el caso proponer lineamientos de transparencia, estrategias, mejores prácticas que contribuyan al desarrollo eficiente del mercado de compras públicas, conforme con lo dispuesto por el literal s) del Art. 52 de la Ley.



## Capítulo 5

# PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA ACTUAL LEY DE ARBITRAJE

### 1. Sobre la definición

La actual Ley de Arbitraje (D.L. N° 1071) requiere varias modificaciones. El primer aporte significativo sería la incorporación de una necesaria definición del arbitraje, que encierre el concepto jurídico del instituto, que guíe al justiciable en su esencia. Esta debería ubicarse después del primer artículo, sobre el *ámbito de aplicación* de la Ley. Este nuevo artículo 2 definiría al Arbitraje de la siguiente manera:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo. 2º.- Definición de Arbitraje</b></p> <p><i>El arbitraje es un proceso consensuado en que dos o más partes acuerdan, aceptan, contratan o convienen, mediante un convenio arbitral, someter una o más controversias presentes o futuras en la decisión de uno o más árbitros, conforme a las reglas y procedimientos que ellos acuerden pactar, según la presente ley.</i></p> <p><i>El laudo arbitral definitivo tiene efecto y autoridad de cosa juzgada.</i></p>	<p><b>Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.</b></p> <p>1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.</p> <p>2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las</p>

(...)	obligaciones derivadas del convenio arbitral.
-------	---

Esta definición recoge los principales elementos jurídicos consustanciales del arbitraje. Consagra su finalidad de dar fin de modo pacífico, ordenado, metodológico, secuencial, a un determinado conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica que genera un conflicto. Es muy importante rescatar y resaltar tanto el inicio del instituto (proceso consensuado en el que confluyen el conflicto y el consentimiento de las partes) con el objeto final del mismo, que es la definición de esa controversia en forma total, plena, definitiva e incontrovertible, a través de la calidad y autoridad de cosa juzgada. La falta de una clara aceptación de la procesabilidad del arbitraje (insistiéndose en su carácter contractual o en el ser algo *especial*), y la ausencia de una visión procesal ha determinado que las diferentes legislaciones den por sentado que el laudo arbitral equivale a una sentencia jurisdiccional y que tienen el mismo valor y efectos de la cosa juzgada judicial.

Es importante subrayar que no interesa a estos efectos como se denomina o llame o consigne el documento que contenga el acto jurídico en que se incorpore la cláusula arbitral o convenio arbitral. En cualquiera de sus formas o denominaciones, dicho pacto arbitral, cláusula arbitral o convenio arbitral será plenamente válido y exigible.

Sin embargo, la omisión de esta declaración o definición legal ha sido clamorosa, sin perjuicio de lo establecido de modo tímido en el segundo inciso del artículo 59 de la Ley de Arbitraje. Se asume de modo implícito el carácter definitorio de un laudo arbitral, y los efectos de cosa juzgada que trae su expedición, pero es muy difícil encontrar en la ley arbitral o en otra norma legal que se diga una cosa tan simple como capital: que el laudo arbitral sustituye, equivale y tiene el valor de una sentencia ejecutoriada, es decir, de cosa juzgada o *res iudicata* y que, por lo tanto, goza de los mismos tres principios que definen a la cosa juzgada judicial: inmutabilidad, inimpugnabilidad y coercibilidad. Nadie lo puede modificar luego de expedido. Nadie lo puede revocar luego de expedido. Es ejecutable, exigible y vinculante una vez expedido (Quiroga León 2014: 153). La única

diferencia es que el laudo arbitral es coercible por medio —y a través de— de una ejecución judicial por el juez competente designado por la ley para su ejecución cuando falta el cumplimiento voluntario de la parte vencida. También los fallos de la Corte Suprema son ejecutados por el juez de ejecución designado al efecto y no directamente por la Corte Suprema, y eso no afecta el carácter de cosa juzgada que tiene, sin duda alguna, toda ejecutoria suprema.

## 2. Sobre la extensión del convenio arbitral

En cuanto a la extensión del convenio arbitral, existe tanto en la ley arbitral, cuanto en la práctica arbitral, una clara omisión en su extensión, en lo que se refiere a la interpretación de los actos jurídicos, contratos, o estipulaciones, que muchas veces generan conflicto innecesario. Ello genera discrepancias que solo obstaculizan innecesariamente los procesos arbitrales por la ausencia de literalidad respecto de la interpretación como facultad dada a los tribunales arbitrales. Por eso es que sugerimos la siguiente redacción, que también debería replicarse en las cláusulas modelo de convenios arbitrales.

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral</b></p> <p><i>El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe y la teoría de los actos propios, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución, interpretación o terminación del contrato que comprende el convenio</i></p>	<p><b>Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.</b></p> <p>El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o</p>

<p><i>arbitral o al que el convenio esté relacionado.</i></p> <p><i>Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato de que se traten según sus propios términos.</i></p> <p><i>En caso de duda razonable de si el convenio arbitrable se extiende o alcanza a un negocio jurídico, a un acto jurídico, a un contrato, convenio o a cualquier otras estipulación contractual o convencional, se deberá resolver en favor de la inclusión de aquello dudoso dentro del convenio arbitral y ser, por tanto, materia arbitrable.</i></p>	<p>beneficios del contrato, según sus términos.</p>
---	---

Es muy importante incluir cualquiera discusión o disputa –frecuente por lo demás- de los alcances e interpretación de una cláusula contractual o de los alcances y características de una prestación contractual. Asimismo, para subrayar la importancia y fortaleza del arbitraje se debe regular una presunción iuris tantum en favor de la competencia arbitral.

### **3. Sobre la excepción de incompetencia material por convenio arbitral**

También proponemos una modificación al artículo 16 de la actual Ley de Arbitraje, sobre la base del presente estudio, ya que en puridad procesal la llamada *excepción de convenio arbitral* no existe. Lo que existe es que la existencia de un convenio arbitral da lugar a la incompetencia material del juez jurisdiccional cuando una de las partes resulta infiel al mismo y, pese a su existencia y pacto, recurre directamente al proceso judicial desconociendo el pacto arbitral antecedente.

Por lo tanto, consideramos que el artículo 16, referido a la llamada “Excepción de Arbitraje”, debería reformularse de la siguiente forma:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 16.- Excepción de incompetencia material por Convenio Arbitral</b></p> <p><b><i>La existencia de un convenio arbitral da lugar a la excepción de incompetencia material ante el juez en que se haya presentado la demanda judicial desconociéndose la existencia de dicho convenio arbitral.</i></b></p> <p><b>1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida por Convenio Arbitral a un arbitraje, ello deberá ser denunciado ante el juez de que se trate como excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia, aun cuando no se hubiere dado inicio al proceso arbitral.</b></p> <p><b>2. Esta excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia se deducirá dentro del plazo previsto para cada vía procesal, acreditándose la existencia del Convenio Arbitral o del inicio del proceso arbitral, según sea del caso.</b></p> <p><b>3. El juez ante quien se deduzca la excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia declarará bajo</b></p>	<p><b>Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.</b></p> <p>1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.</p> <p>2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.</p> <p>3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.</p> <p>4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas</p>

*responsabilidad funcional nulo todo lo actuado cuando compruebe que las partes del proceso judicial y su pretensión o pretensiones son las mismas que constan en un convenio arbitral previo o en el inicio de un proceso arbitral ya iniciado, lo que resolverá —previo traslado— por el solo mérito del Convenio Arbitral o de los actuados arbitrales, según sea el caso, devolviendo los recaudos a la partes del proceso judicial.*

*4. La existencia de un proceso judicial que haya desconocido un Convenio Arbitral o el inicio de un proceso arbitral no obsta la tramitación del proceso arbitral, aun cuando la excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia no haya sido resuelta o no haya quedado ejecutoriada.*

*5. Cuando se demande judicialmente materia o materias contenidas en un Convenio Arbitral con pretensiones no incluidas en dicho Convenio Arbitral, o que no son susceptibles de un Convenio Arbitral, la excepción de incompetencia absoluta se dictará, anulando todo lo actuado, solo respecto de la pretensión o pretensiones comprendidas en el Convenio Arbitral o*

aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

<p><i>en el proceso arbitral ya iniciado, según sea del caso”.</i></p> <p><i>[...]</i></p>	
--	--

#### 4. Sobre la renuncia al proceso arbitral

Por ello también consideramos necesario regular con una mejor técnica, desde la teoría del proceso, la renuncia al proceso arbitral o la renuncia a arbitrar, pues nos parece capital para la determinación, nacimiento y existencia del arbitraje mismo. Así como el arbitraje nace y tiene una realidad jurídica del consentimiento de sus partes y de la voluntad convencional para arbitrar, asimismo el arbitraje pactado puede desaparecer jurídicamente –dando paso al proceso jurisdiccional- por la actuación consciente u omisiva de la misma voluntad de las partes, a las cuales la ley le otorga una valoración y consecuencia.

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 18.- Renuncia al proceso arbitral</b></p> <p><i>La renuncia al proceso arbitral será válida sea que se formule de modo expreso o tácito.</i></p> <p><i>No existe renuncia unilateral al arbitraje.</i></p> <p><i>Es expresa cuando conste por escrito debidamente suscrito por las partes del Convenio Arbitral antecedente, en documentos separados debidamente suscritos, o mediante cualquier otro documentos de comunicación convencional, digital o electrónico que demuestre en forma indubitable este</i></p>	<p><b>Artículo 18.- Renuncia al arbitraje.</b></p> <p>La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.</p>

<p><i>acuerdo de para renunciar o dejar sin efecto un Convenio Arbitral previo.</i></p> <p><i>Es tácito cuando iniciado un proceso judicial contra lo pactado en un convenio arbitral, o sobre pretensiones expresamente sometidas a un convenio arbitral, la parte afectada no deduce la excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia en el plazo procesal correspondiente.</i></p> <p><i>En tal caso la renuncia tácita sólo afectará a la o las materias demandadas judicialmente, dejando las demás vigentes en el convenio arbitral, de ser el caso.</i></p>	
--	--

## 5. Sobre el número de árbitros

Sobre este punto particular, consideramos que la ley debería hacer una necesaria precisión que viene de la práctica procesal/judicial:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 19.- Número de los árbitros</b></p> <p><i>El tribunal arbitral puede ser colegiado o unipersonal.</i></p> <p><i>Las partes podrán fijar libremente el número de los árbitros que conforman el tribunal arbitral, pero cuando se opte por un tribunal colegiado, este siempre deberá tener número impar.</i></p>	<p><b>Artículo 19.- Número de árbitros.</b></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><i>A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, el tribunal arbitral siempre estará conformado por tres árbitros.</i></p>	
---	--

## 6. Sobre la libertad de las regulaciones de actuaciones arbitrales

Sobre este punto, consideramos que la norma puede ser mejorada del siguiente modo:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo. 34.- Libertad de regulaciones de actuaciones arbitrales</b></p> <p><b>1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones, debiendo respetar siempre el principio de igualdad de armas y mutua oportunidad de defensa eficiente. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la finalidad del arbitraje y las reglas básicas del debido proceso legal.</b></p> <p><b>2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas oportunidad razonable para hacer valer sus derechos y su eficaz derecho de defensa respecto de sus pretensiones.</b></p>	<p><b>Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.</b></p> <p>1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.</p> <p>2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.</p> <p>3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su</p>

<p><b>3. El tribunal arbitral velará para que ninguna de la partes del proceso arbitral sufra de indefensión.</b></p>	<p>criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.</p> <p>4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.</p>
---	---

## 7. Sobre la representación procesal y la defensa cautiva

En este aspecto, consideramos que la Ley de Arbitraje debería modificarse en su artículo 37, de la siguiente manera:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo. 37.- Representación</b></p> <p><b>1. Las partes podrán comparecer personalmente y por medio de sus representantes ante el tribunal arbitral. También sus abogados pueden representarlas con plenitud, o cualquier otra persona debidamente designada. Para ello deberán acreditar en el primer escrito que presenten al tribunal arbitral quién o quiénes serán sus representantes. Igual procedimiento deberá seguirse para el cambio de esta representación.</b></p> <p>[...]</p> <p><b>4. No existe restricción alguna para que la defensa y representación ante el tribunal arbitral sea hecha por un</b></p>	<p><b>Artículo 37.- Representación.</b></p> <p>1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representados por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.</p> <p>[...]</p> <p>4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.</p>

*abogado extranjero, tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad o conciencia.*

## 8. Sobre los principios procesales

En cuando a los principios procesales que animan el proceso arbitral, nos parece que la regulación del artículo 38 es marcadamente insuficiente, por lo que debería ser completada del modo siguiente:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 38.- Buena fe y veracidad procesal</b></p> <p><i>Las partes, sus representantes y sus abogados están obligadas a observar el principio de la buena fe en todos sus actos procesales y en sus intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales ante el tribunal arbitral, debiendo cumplir con los deberes de la veracidad, probidad y lealtad en su conducta procesal, debiendo colaborar en todo momento con el tribunal arbitral a la consecución de los fines del proceso arbitral.</i></p> <p><i>El tribunal arbitral sancionará la contravención de estos principios esenciales del proceso arbitral.</i></p> <p><i>En todo caso, el tribunal arbitral también podrá apreciar la conducta procesal de</i></p>	<p><b>Artículo 38.- Buena fe.</b></p> <p>Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.</p>

<i>las partes, sus representantes y sus abogados al momento de emitir el laudo.</i>	
---	--

## 9. Sobre los alcances de la competencia del Tribunal Arbitral

Del mismo modo, nos parece también necesario precisar los alcances del concepto interpretación, en el numeral 40 de la Ley de Arbitraje, sobre los alcances de la competencia el Tribunal Arbitral, en los términos siguientes.

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral</b></p> <p><i>El tribunal arbitral es competente para conocer y resolver el fondo de la controversia sometida a su competencia en cualesquiera pretensiones sea formulada, incluyendo la potestad de decidir cualesquiera cuestiones conexas, accesorias o incidentales a ella, incluyendo la interpretación del negocio jurídico, acto jurídico, contrato o convenio de que trate la controversia y durante todas las actuaciones arbitrales, así como tiene plena competencia para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción del proceso arbitral y el desarrollo de todas sus fases hasta lograr su finalidad.</i></p>	<p><b>Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral.</b></p> <p>El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.</p>

## 10. Sobre el plazo para laudar

Resulta muy importante, dada la naturaleza y características del proceso arbitral, señalar cuál es la principal consecuencia de que el tribunal arbitral laude (sentencie) fuera del plazo concedido por las partes o por la norma reglamentaria aplicable. Para ello debe complementarse el artículo 53, en concordancia con lo dispuesto con el artículo 63°, Inc. 1, parágrafo g), del Decreto Legislativo No. 1071:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 53.- Plazo para laudar</b></p> <p><i>La controversia arbitral debe decidirse, laudarse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.</i></p> <p><i>Es nulo de pleno derecho el laudo expedido fuera de dicho plazo. Esa nulidad acarrea la nulidad de todo el proceso arbitral, con las subsecuentes responsabilidades para los árbitros que así procediesen.</i></p>	<p><b>Artículo 53.- Plazo.</b></p> <p>La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.</p>

## 11. Sobre el control difuso

Un tema sensible en el proceso arbitral resulta la tentación de algunos árbitros y arbitrativistas de ingresar al control difuso de la constitucionalidad de las leyes al momento de laudar. Sin embargo, esa es una facultad vedada para el arbitraje y reservada, constitucionalmente, solo para los jueces del Poder Judicial, conforme se señala expresamente en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución Política del Estado.

Nadie sabe bien quién inició, ni bajo qué criterio jurídico-constitucional se puede justificar, que los árbitros —que son jueces privados designados por las partes de un Convenio Arbitral sin designación pública alguna— pueden sentirse tentados a homologarse con los magistrados del Poder Judicial para intentar hacer *control difuso* de la constitucionalidad de las leyes en sus laudos, sobre todo cuando los árbitros están claramente excluidos de esta potestad —que además es de orden público constitucional—, sobre todo si se lee con atención la necesaria concordancia entre el artículo 138, 2da.parte, y el artículo 139, Inc. 1ero. de la Constitución Política del Estado. Ese es un despropósito mayúsculo, tergiversa el arbitraje y, por sobre todo, demuestra un nulo o escaso conocimiento de una técnica del derecho procesal constitucional. Dentro de los controles constitucionales, y que como ya se ha dicho, la Constitución ha reservado sólo para los magistrados del Poder Judicial, por historia, por su génesis a partir del caso *Marbury Vs. Madison* de la Suprema Corte de Justicia de los EE. UU. (1803), y por su propio desarrollo en el Perú, sobre todo a partir de la Carta de 1979. Por ello, nos parece altamente necesario que exista una previsión que ratifique esa prohibición legal de ejercer indebidamente una facultad constitucional a fin de atajar todo intento de repetir semejante despropósito conceptual y arbitral (Quiroga León 2014):

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 59.- Efectos del laudo arbitral</b>  <b>[...]</b>  <b>4. En ningún caso los árbitros bien sean de derecho o de conciencia o equidad, podrán hacer control difuso de las leyes ni juicio de constitucionalidad e inaplicación de las normas jurídicas vigentes con las que tengan que apoyar, citar o fundamentar sus lados.</b>  <b>El control difuso de la constitucionalidad de las leyes o el juicio de constitucionalidad e inaplicación de las</b></p>	<p>-</p>

<i>normas legales vigentes está fuera de la competencia de los árbitros y/o del tribunal arbitral, bajo responsabilidad.</i>	
--	--

## 12. Sobre el recurso de anulación

Las causales de anulación del laudo arbitral, que es el único recurso lícito contra el laudo adverso, deben ser completadas, ya que resulta con un catálogo muy estricto y omite de forma clamorosa la referencia al cumplimiento del debido proceso legal.

Para empezar, se trata de una garantía constitucional de toda forma de administración de justicia, al punto que es un instituto que “corta” horizontalmente todo el sistema jurídico, y que se encuentra normada en el artículo 139 de la Constitución. A partir de allí, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional, han zanjado en diversas sentencias que las reglas esenciales del debido proceso legal —en tanto un derecho fundamental— también deben aplicarse y respetarse en el proceso arbitral y, ciertamente, por los propios árbitros. En la medida en que en el proceso arbitral —por más que su base esencial sea consensual, por más que tenga mayor flexibilidad y la legitimidad de la aceptación de las partes plasmada en el Convenio Arbitral— es un mecanismo de la administración de justicia que puede terminar generando o restringiendo derechos a las partes que intervienen en el mismo, está constitucional y convencionalmente obligado a respetar las reglas básicas del estándar internacional del debido proceso legal, graficado para el Perú en el artículo 139 de la Constitución ya citado, y las normas constitucionales conexas (como el artículo 2 y otros), sino lo previsto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, tratado internacional de derechos humanos vigente para el Perú desde el 18 de julio de 1978 (Quiroga León 2014).

Propuesta de modificación	Versión vigente
<i>Artículo 63.- Recuso de anulación</i>	-

<p><b>1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que:</b></p> <p><b>a. [...]</b></p> <p><b>h. En la tramitación de las actuaciones arbitrales y/o en la expedición del laudo arbitral se han violentado, de manera ostensible e irresponsable, las reglas básicas del debido proceso legal, produciéndose indefensión de la parte que solicite la anulación.</b></p>	
--	--

Asimismo, hemos observado una falta de técnica en la formulación de la competencia para el conocimiento del recurso de anulación, por lo que consideramos que debería ser modificado de la siguiente forma:

Propuesta de modificación	Versión vigente
<p><b>Artículo 64.- Trámite del recurso</b></p> <p><b>1. El recurso de anulación se interpone dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo ante la Sala competente de la Corte Superior del distrito judicial de la sede del proceso arbitral. Tratándose de un arbitraje internacional será competente la Sala que corresponda de la Corte Superior de Justicia de Lima. Cuando se hubiere. (...)</b></p>	<p><b>Artículo 64.- Trámite del recurso</b></p> <p>1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos,</p>

	sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.
--	---

### 13. El arbitraje en las asociaciones público-privadas

Por otro lado, en relación al Decreto Legislativo N° 1224, *Decreto Legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones públicas privadas y proyectos en activos*, observamos que se ha regulado la obligatoria intervención de los organismos reguladores en los arbitrajes derivados de los conflictos surgidos en los contratos de Asociación Público Privada. En efecto, el artículo 23 señala:

#### **Artículo 23.- Solución de controversias**

23.1 Los contratos de Asociación Público Privada deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Asimismo, pueden incluir dentro de la etapa de trato directo, la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor quien propone una fórmula de solución de controversias que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos legales de una transacción.

La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.

23.2 De igual modo las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas conforme a lo dispuesto en los contratos, siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje. 23.3 Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del

Amigable Componedor y de las Juntas de Resolución de Disputas son establecidos en el Reglamento.

23.4. Lo dispuesto en los numerales precedentes, no es de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley N° 28933, cuando se remite la controversia a un Mecanismo Internacional de Solución de Controversias a que se refiere dicha ley.

23.5 No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado o norma que la sustituya, los servicios a ser brindados por el Amigable Componedor, los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los Centros ni las Instituciones que administren los citados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siempre que dichos servicios sean requeridos dentro de la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada.

Este artículo carece de una adecuada técnica jurídica, es demasiado largo y permite —por mandato legal y sin el concurso de la voluntad de las partes contratantes— la intervención de un *tercero* —el organismo regulador— que no es parte del contrato de Asociación Público Privada (APP), ni del convenio o pacto arbitral existente al interior de éste, donde los únicos firmantes son el Estado, a través de alguna de las entidades públicas y, el otro, uno o más inversionistas privados, como coadyuvante al Estado.

Esta norma rompe con la estructura básica del arbitraje, escapa a su fundamento convencional y constituye un claro contrasentido a la fuente consensual del arbitraje. Esta supone que dos o más personas han decidido sustraer de la justicia ordinaria las controversias surgidas o que con antelación decidieron someter en un futuro al arbitraje, atribuyendo su conocimiento y en decisión a árbitros privados, de manera institucional, esto es, por un centro de arbitraje institucional o un arbitraje *ad-hoc*.

Esta normativa arroja dos características sustanciales. La primera de ellas, el consentimiento de las partes para poder arbitrar, aunque existen casos en que la ley

*obliga* a recurrir al arbitraje, y la atribución a la resolución a los árbitros privados, que sólo vinculará a las partes.

Sin embargo, lo que en realidad sucede es una modificación del convenio arbitral que incorpora como parte a quien no lo es, bajo el eufemismo de parte *coadyuvante* (pero legitimado como parte según la definición procesal de *parte coadyuvante o litis consorte* y con interés en la pretensión o pretensiones de una de las partes), pese a que el convenio arbitral no lo vincula ni lo alcanza, ni la voluntad de las partes —esencia del arbitraje— lo ha considerado (inclusive, se puede dar contra la expresa voluntad de las partes) y no lo considera como parte ni como tercero, propiamente dicho. Lo correcto sería que tales entidades sean participantes de los contratos de asociaciones público privadas, y es este contrato, por medio de la manifestación de su voluntad, quien los incorpore y vincule al convenio. Y no después generando la probabilidad de que una de las partes tenga superioridad procesal, cierta ventaja sobre la otra, obligándola a arbitrar con quien no desea. Pero, además, resulta muy preocupante involucrar a este *tercero coadyuvante* en la pretensión material alegada por su *litis consorte*, ya que cabe la posibilidad de que ese tercero carezca por completo de interés y/o participación en la pretensión material que es objeto del proceso arbitral. Resultaría un claro contrasentido.

Lo que podría haberse hecho, en todo caso, es que en los arbitrajes que involucren a las APP, los organismos puedan ser llamados por sus partes, de considerarlo necesario, como *amicus curiae*, esto es, como un testigo especializado para ese proceso que ilustre al tribunal arbitral. Pero en ningún caso como *parte* de un proceso arbitral, sin que haya sido *parte* necesaria del convenio arbitral y alterando la relación de defensa de una de las partes, involucrándolos en el interés de una de las posiciones en la disputa arbitral. Ello nos parece un claro contrasentido y una desnaturalización del arbitraje así regulado. Resulta claro que esta norma debería ser modificada con urgencia.

#### **14. Sobre las causales de recusación de árbitros**

Sobre este punto, podemos observar que el Decreto Legislativo N° 1231 exhibe un innecesario incremento de las casuales de recusación de los árbitros, las cuales ya se encontraban reguladas en la misma ley y reglamento. Así, el nuevo numeral 3 del artículo 28 de este Decreto Legislativo No. 1071, modificado por el Decreto Legislativo N° 1231 que señala:

**Art. 28.- Motivos de abstención y de recusación.-**

[...]

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley.

Estas causales son por demás innecesarias, carecen de técnica legislativa en tanto su contenido ya se encuentra regulado en la misma ley y reglamento. Es más, la imparcialidad e independencia de quien juzga se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo y, como ya se sabe, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso.

Por tal motivo, ha sido innecesaria esta modificación, que no hace más que evidenciar una carencia de bondad conceptual y adecuada técnica legislativa que puede derivar en pocas técnicas interpretaciones o confusiones. También puede motivar aun más trabas en el curso de los procesos arbitrales, haciéndolos muy lentos y engorrosos mucho más cercanos a los procesos judiciales de lo que se pudiera creer, además de redundante al ya estar regulada en el mismo cuerpo legislativo y reglamento y amparada en el marco normativo constitucional.

## 15. Medidas preventivas contra el uso ilegal del arbitraje

Otras modificaciones que el Poder Ejecutivo ha considerado necesarias, supuestamente persiguen el objetivo de adoptar acciones preventivas contra la delincuencia y el crimen organizado, que en los últimos tiempos han instrumentalizado indebidamente los procesos arbitrales.

Así, se ha incorporado el numeral 5 de artículo 39 del Decreto Legislativo N° 1071, referido a la demanda y contestación. Se ha establecido como norma nueva que cuando la demanda o la reconvencción verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el tribunal arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo. Así, a la letra señala:

### **Artículo 39.- Demanda y Contestación**

[...]

5. Cuando la demanda o la reconvencción verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo. La anotación se solicitará dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o la reconvencción y tiene los siguientes efectos:

- a) No imposibilita la extensión de asientos registrales en la partida registral.
- b) Otorga prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con el laudo inscrito.

Se entiende que la decisión arbitral debe encontrarse motivada de manera expresa, como condición para que se inscriba en los Registros Públicos. Esta precisión puede terminar invitando al registrador a violar la propia norma, pues entra en abierta contradicción con el inciso 2 del artículo 62 de la misma Ley de Arbitraje, que prohíbe

«bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral» (Gandolfo 2015).

Lo que materialmente ha generado esta norma legal es crear una medida cautelar *sin exigir el cumplimiento de los requisitos esenciales de la misma*, por el simple hecho de que la demanda o reconvención versa sobre actos o derechos inscribibles, parecido a la anotación de demanda solicitada por un juez.

Si bien las medidas cautelares que acceden al registro generan anotaciones preventivas, es decir asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad para la ejecución del laudo que se emita, a su vez desalientan la transferencia de una partida, incluso cuando el titular no se encuentra involucrado en la materia de Litis, perjudicándolo injustificadamente.

Asimismo, otro aspecto importante materia de análisis crítico es el hecho de que con esta medida se transgrede el principio de confidencialidad, elemento casi configurador de la institución arbitral.

La confidencialidad es una de las ventajas más notables del arbitraje, ya que protege la reputación de las partes frente a terceros, convirtiéndose en una de las razones que motivan a muchos inversionistas y comerciantes para acudir al proceso arbitral (Kyriaki 2010: 177). La confidencialidad garantizaría que aquellos no involucrados en el conflicto desconozcan su existencia y así no se vea afectado su posicionamiento en el mercado por las distintas disputas a las que se enfrentan. Existen visiones opuestas respecto a la naturaleza de este principio. Sin embargo, es importante recalcar que este principio no puede ser ni será absoluto. La confidencialidad es muy valorada, es una de las esencialidades del proceso arbitral, de manera que los pactos en ese sentido deben ser respetados.

Esta norma debe ser reformulada y tratarse como lo que efectivamente es, una medida cautelar en estricto, donde lo que debe analizar el Tribunal Arbitral es el

cumplimiento irrestricto de los requisitos básicos de las cautelares y garantizar mediante una regulación clara y acertada la confidencialidad de la misma, con una regulación que contenga márgenes de tolerancia, limitaciones y genere seguridad a las partes.

## **16. Sobre el denominado *arbitraje popular***

Este es un aspecto llamativo, contenido en el Decreto Legislativo N° 1071 y re-fraseado en vía de modificación por el Decreto legislativo No. 1231, que aparece en la Primera Disposición Final, y que trata de “*popularizar*” una institución importante y vital, como es el arbitraje. Pero este también es elitista, ya que por su propia estructura convencional y consensuada no puede ser masificado, ni compulsivamente implementado por mandato de la ley. Eso es una clara y evidente contradicción. Es un concepto populista que denota lo poco que se conoce la esencia jurídica del arbitraje y que ratifica el principal objetivo del presente trabajo. La propia norma en su rimbombancia, redundancia y grandilocuencia —con ausencia de técnica y de realidad— se explica (e inutiliza) en y por sí misma:

### **DISPOSICIÓN FINAL**

#### **Primera.- Arbitraje Popular**

El arbitraje popular es un arbitraje institucional que se decide en derecho, por un árbitro único o tribunal colegiado. Su organización y administración está a cargo de una institución arbitral, conforme a los términos y materias arbitrales que se establecerán en el Decreto Supremo correspondiente.

En el arbitraje popular, tratándose de decisiones arbitrales que se inscriben o anoten en los registros Públicos, no habrá restricción de la cuantía.

Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos.

Para tales efectos, el Ministerio de Justicia y derechos Humanos queda encargado de la creación, promoción y ejecución de diversas acciones que contribuyan a la difusión, desarrollo y uso del arbitraje popular en el país, favoreciendo el acceso de las mayorías a este mecanismo alternativo de resolución de controversias, costos adecuados.

El Arbitraje Popular será conducido por el Ministerio de Justicia y derechos Humanos y podrá ser ejecutado también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante la celebración de convenios de cualquier modalidad.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

No hay mayor contrasentido y contradicción conceptual que la formulación de un denominado *Arbitraje Popular*. Como ya se dijo, el proceso arbitral es, por su propia naturaleza, elitista y no ha sido formulado para su masificación, sino para su especialización para determinado tipo de litigio con determinado tipo de perfil de justiciables. No ha sido previsto, ni su estructura resiste, una masificación, que suponga realmente una verdadera alternativa del proceso judicial o al rol del Poder Judicial. Es necesariamente caro, es especial, es breve en su estructura general, pero toma mucho tiempo a las partes y a los árbitros —lo que impide su masificación—.

Esta norma farragosa y pomposa pone de pivote al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para ser el líder en esa masificación arbitral. Podemos afirmar, sin temor al error, que hasta la fecha —luego de su vigencia con el Decreto Legislativo N° 1071 y a pesar de su modificación con el Decreto Legislativo N°1231— no se ha logrado absolutamente nada en la popularización del Arbitraje. Y, como ya hemos sostenido, jamás se habrá de lograr eso —no hay ejemplo en el derecho comparado donde ello se haya logrado—, ya que hablar de un *Arbitraje Popular* es la demostración más palpable

de la clamorosa ausencia de bondad técnica en la conceptualización teórica de un instituto como el Arbitraje, y su verdadera ubicación en el sistema jurídico, sobre todo, en el rol de los mecanismos jurídicos de solución definitiva y pacífica de controversias.

Hay que desconocer muchísimo del arbitraje para proponer o pensar en que pueda llegar a ser masivo, popular, a la par de, o superando a, la justicia que el Estado brinda por medio de la justicia jurisdiccional del Poder Judicial y de los demás órganos constitucionales ligados a la administración de justicia (Fiscalía de la Nación, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Jurado Nacional de Elecciones, etc.).

## 17. Reflexiones finales

Las normas analizadas deberían ser replanteadas y, en algunos casos, extirpadas de este cuerpo jurídico, en tanto carecen de sentido, otras de técnica legislativa y las más graves no han medido con seriedad la creación de una figura jurídica —como lo es una medida cautelar—, sin tener en consideración el cumplimiento de sus requisitos esenciales y las implicaciones en los principios intrínsecos al arbitraje, como lo es la confidencialidad. Deben llevarse a cabo las modificaciones recomendadas para que la regulación legislativa o normativa del arbitraje sea más técnica, asible y fácil de manejar, sobre todo para los usuarios del proceso arbitral y para las propias partes y sus diversos representantes. Esto debe hacerse para que se sientan cercanos e identificados con el esquema legal que rodea a la noble institución del arbitraje, y no enmarañados con normas superpuestas, muy largas y farragosas pero, por sobre todo, sin una clara definición respecto de su verdadera naturaleza y sentido teleológico: la búsqueda de la justicia y el equilibrio del derecho por medio de un mecanismo de solución de controversias más cercano, flexible, amigable, confidencial, más breve y, por sobre todo, predecible y seguro. Por allí se debería empezar a abordar de modo pleno el proceso arbitral.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El arbitraje es una figura judicial fascinante. Teniendo una raíz común con el proceso judicial (el conflicto), la realidad del arbitraje y del proceso judicial se dan hoy planos diferentes, respecto de diferentes pretensiones, pero proyectados hacia un fin común (la solución del conflicto), bajo una misma plantilla o esquema procesal, lo que demuestra que tienen una misma naturaleza o raíz jurídica. Esto resalta más en la hora actual de crisis generalizada y globalizada de la administración de justicia que ofrece el Estado.

**SEGUNDA.-** Los *Alternative Dispute Resolution* (ADR's), en una traducción semántica equívoca de su concepto jurídico, son presentados de modo grueso como *formas alternativas de solución de conflictos*. Esto es equivocado, pues el arbitraje no es propiamente un medio alternativo al sistema judicial para la solución de los conflictos intersubjetivos de una sociedad. Por el contrario, constituye una forma antecedente de solución de tales conflictos (y de administración de justicia), formando parte de los instrumentos judiciales que brinda el sistema jurídico para ello. Forma parte, pues, del abanico de instrumentos que el Derecho Procesal ofrece para la solución de tales conflictos de modo previo al proceso judicial jurisdiccional que, a partir de finales del Siglo XVIII, el Estado de derecho ha monopolizado para sí.

**TERCERA.-** El arbitraje es el embrión de proceso judicial jurisdiccional que ha subsistido hasta la fecha —a pesar de la vigencia del proceso judicial— por muy diversas razones y finalidades —que son también comunes a las del proceso judicial— y que el mismo proceso judicial alienta y estimula. El arbitraje comparte la misma naturaleza

jurídica del proceso judicial. Ambos tienen una misma finalidad y repiten, en mayor o menor grado, el mismo método. Además, ambos se sirven del proceso, y su teoría general, para lograr su realidad. Sus diferencias, basadas en su origen y algunas particularidades, no le quitan la esencia de su naturaleza jurídica.

**CUARTA.-** El proceso judicial privado o arbitral es una de las varias formas iniciales que el sistema jurídico ha ofrecido como solución pacífica frente al conflicto de sus ciudadanos. Posteriormente, luego de una evidente evolución histórica se llegó a la solución final que el Estado ofrece frente a los conflictos intersubjetivos de sus ciudadanos, a través del monopolio jurisdiccional. Este último se puede definir como el proceso judicial jurisdiccional para distinguirse de los procesos judiciales no jurisdiccionales (dentro de los que se encuentra el arbitraje), en la medida en que remeda a aquel y constituye una fórmula trilogica en su estructuración: una parte alega, la otra contradice y un tercero imparcial decide.

**QUINTA.-** Coincidimos con Aragonese en que toda fórmula trilogica de solución de conflictos (donde intervenga un tercero) será judicial, y que la de los jueces del Poder Judicial del Estado deberá ser llamada judicial jurisdiccional. El arbitraje será, así, un esquema judicial de orden privado.

**SEXTA.-** En los orígenes de la humanidad —donde hunde sus raíces el origen del proceso como medio pacífico de solución de controversias al superar formas directas o violentistas como modo de solución de esas controversias— las disputas al interior de una comunidad fueron inicialmente resueltas por mano propia. Regía entonces la ley del más fuerte, la ley de la selva, la Ley de Talión: la autotutela como medio de la defensa, protección y reparación de los derechos de cada quien.

**SÉPTIMA.-** Con el desarrollo y evolución de las condiciones sociales de vida, las gentes dejaron de pegarse y de matarse para dirimir la razón y sus derechos, y empezaron a hacer acuerdos bilaterales de solución, a negociar, a hacer autocomposición, para la composición de los derechos de las partes. El problema continuó en la medida en que no en todos los casos las partes podían llegar a un acuerdo

mutuamente satisfactorio, o siquiera mínimamente satisfactorio que aplacara su sed de venganza, o que les redimiera de la ofensa, frente a la limitación de la negociación cuando, las partes no necesariamente cedían ni podían llegar a un acuerdo frente al sentimiento de injusticia por lo acontecido, porque siempre había una parte más fuerte y una más débil, una más astuta y una más lerda, una más poderosa y otra menos pudiente, una con mejor defensa y la otra con una menos hábil, por lo que el riesgo de involución hacia formas autotutelares, rencorosas y directas pervivió.

**OCTAVA.-** El grado máximo del desarrollo social, al percatarse del grave perjuicio que supondría para cualesquiera de las partes detener el desarrollo de la evolución social en comunidad, hizo que se decidiera hacer intervenir y confiar en un tercero para lograr la solución del conflicto y cuya principal característica era ser imparcial. De este modo, al contar con la aceptación de los contendores y una necesaria legitimación social, podía determinar a los confrontados lo que a cada cual finalmente correspondía. Se descubrió, de este modo, la heterocomposición como necesaria trilogía judicial de una comunidad social para alcanzar por entero la solución pacífica de sus controversias.

**NOVENA.-** Avanzada la civilización dejando atrás su estadio primitivo, dentro de una de las fases del desarrollo del derecho en Roma, a ese tercero se le denominó *arbiter*, para luego en la fase final de la Extraordinaria Cognitio adoptar la denominación de *iudicum*, de la que se deriva los vocablos *lúdice*, *iudicum*. Posteriormente se adoptó la denominación de juez (el que dice la ley o el que dice el derecho) y la de *iurisdictio* (jurisdicción), definida como la acción de decir el derecho en un caso concreto entre dos partes y con carácter definitivo. Esto es lo que hoy se reconoce como la potestad jurisdiccional reservada de modo exclusivo y excluyente al Estado.

**DÉCIMA.-** Concordamos con Calamandrei en la idea fundamental que se encuentra en los albores de la civilización y que constituye el germen de todos los institutos judiciales posteriores:

Para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que por estar desinteresado pueda ser imparcial. Pero no se debe creer que este

tercero imparcial, que se opone entre los sujetos del conflicto, sea originariamente el mismo Estado, con un órgano suyo con carácter de Juez público. En un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la controversia a un particular de confianza común entre los contendientes (Árbitro) a cuya decisión las partes se obligan por contrato a atenerse. Del arbitraje facultativo, al cual los contendientes recurren solamente si están de acuerdo en preferir la solución arbitral al uso de la fuerza privada, y en el que la decisión del árbitro es obligatoria sólo en cuanto es aceptada por las partes, se pasa al arbitraje obligatorio en el sentido de que los contendientes están obligados por la autoridad a recurrir a él, y que la obligatoriedad de la decisión se impone también con la fuerza del Estado. De aquí a la institución de los jueces públicos el paso es corto: cuando el Estado en lugar de limitarse a imponer a los contendientes el recurrir a árbitros privados, asume directamente la función plena de garantizar el derecho, mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias, la Jurisdicción como función del Estado ha nacido ya. (Citado por Aragonese Alonso 1960: 76)

**DÉCIMO PRIMERA.-** El arbitraje ha sobrevivido como figura jurídico-procesal “*artesanal*” válida para la solución definitiva de determinadas controversias sobre todo en la era moderna, de un mayor desarrollo económico y necesaria globalización, en las que el Estado cede su posición exclusiva y excluyente permitiendo que sus ciudadanos obtengan la satisfacción consensuada o convencional a sus conflictos de un modo procesalizado. Pero sólo en aquellas actividades que el Estado lo permita, y bajo la tutela de éste, tanto como se permite la renuncia a los derechos judiciales, la conciliación de éstos, la transacción o su negociación. Ni más, ni menos que en estos casos. Y es *artesanal* porque el proceso arbitral se *construye* para cada caso y termina con el fin de cada caso.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** Debido a la grave crisis del sistema judicial a nivel mundial en la sociedad contemporánea, a la que no somos inmunes, se ha vuelto los ojos hacia el arbitraje. Esto ha motivado que se tejan varios mitos sobre su realidad, otorgándole una calidad que ni tiene ni le corresponde, y que a la larga más que beneficiarle le restará fortaleza como adecuado mecanismo antecedente de solución de conflictos entre los particulares.

**DÉCIMO TERCERA.-** El arbitraje no debe ser considerado como una alternativa al proceso judicial, porque no lo es, ni por historia ni por realidad. Es un mecanismo antecedente de solución de conflictos que el Derecho Procesal contiene de sus múltiples variables, en donde el proceso judicial jurisdiccional será el modo final, terminal, de lograr la solución compuesta por el Estado, a falta de voluntad de los litigantes. El arbitraje, en su actual estructura, ha sobrevivido por que se ha adoptado a las necesidades jurídicas de la sociedad y económicas actuales de la sociedad.

**DÉCIMO CUARTA.-** El principal elemento común entre arbitraje y el proceso jurisdiccional es el conflicto, ya que ambas figuras tienen por finalidad dar fin de modo pacífico, ordenado, metodológico, secuencial, a un determinado conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica que genera un conflicto. Por ello, para poder alcanzar el más certero análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje, arribando a la conclusión de su fuerza vital procesal o *élan* procesal.

**DÉCIMO QUINTA.-** Por principio no se debe confundir la causa con la fórmula de solución. Ni el proceso judicial jurisdiccional del Estado ni el arbitraje son fines en sí mismos, ni sobreviven por sí solos sin contenido de los derechos de las personas en disputa, por lo que ambos por igual son métodos de solución pacífica de controversias. Por ello, no se debe confundir la causa de la enfermedad (el conflicto intersubjetivo) con el remedio para solucionarla (el proceso que pone fin a ese conflicto intersubjetivo).

**DÉCIMO SEXTA.-** Lo señalado suele ser confundido por los partícipes de la naturaleza contractualista del arbitraje, también llamados *arbitrativistas*. Lo más llamativo es que creen que el arbitraje es una figura moderna que se funda con

posterioridad al proceso judicial jurisdiccional del Estado, llegando a la errada conclusión de ser instituciones diferentes, casi opuestas, creyendo ver en los defectos de una los aciertos y bondades de la otra. En realidad, una básica y apropiada literatura procesal, ineludiblemente nos llevará a la convicción de que —teniendo la una y la otra obvias bondades en escenarios y realidades diferentes— una no es más que la evolución natural del proceso de desarrollo social de la humanidad y su convivencia social, por un lado, y de la consolidación del Estado social de derecho hace poco más de dos siglos, por el otro.

**DÉCIMO SÉPTIMA.-** La principal diferencia entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional: la voluntad. Para renunciar a un derecho, para transigir con él, para conciliar un derecho, para arbitrar una pretensión se requiere de la voluntad expresa de hacerlo, sin la cual no se puede ingresar válidamente a ninguna de estas figuras. No existe el *desistimiento forzado*, ni la *transacción compulsiva*, ni tampoco puede subsistir el *arbitraje obligatorio*, porque dejaría de ser arbitraje para convertirse en liso y puro proceso judicial jurisdiccional, solo que falseado.

**DÉCIMO OCTAVA.-** Para mantener el arbitraje en su verdadera dimensión y con la fuerza jurídica que le corresponde, debe tenerse en el lugar que le corresponde, sin desdibujar sus contornos ni falsear sus alcances, porque de ese modo no se hace otra cosa que debilitarlo. Uno no puede arbitrar la validez de su matrimonio, ni la determinación de su herencia, ni su divorcio, ni todos aquellos derechos que la ley explícitamente excluye del arbitraje (la gran mayoría). Tampoco el arbitraje puede reemplazar a la justicia penal, ni a la justicia constitucional. Entonces, ¿Qué es lo que se puede someter al arbitraje? Fundamentalmente los derechos patrimoniales y que sean de libre disposición de los ciudadanos. Nada más. Se puede arbitrar en verdad sólo una parte minoritaria de los derechos existentes en el sistema jurídico.

**DÉCIMO NOVENA.-** Pero esto que parece poco desde un punto de vista conceptual, es bastante en la realidad. El proceso arbitral puede reemplazar eficientemente al proceso judicial del Estado, al cumplir con sus mismas finalidades. La decisión arbitral (laudo) equivale a una sentencia judicial-jurisdiccional, y el laudo final

constituye cosa juzgada (*res iudicata*) para sus protagonistas, y para el propio Estado, sustrayéndose el conflicto o litigio de la competencia de la Justicia ordinaria, la que para ese caso específico deviene incompetente en su juzgamiento por sobre el convenio arbitral.

**VIGÉSIMA.-** Los árbitros designados válidamente por los contendores devienen en verdaderos jueces jurisdiccionales, solo que delegados para el caso concreto de que trate el arbitraje y por el plazo que allí expresamente debe consignarse; tan jueces como los jueces de la justicia común, con la misma representación estatal que la Ley les reconoce y con las mismas responsabilidades e incompatibilidades. No podría ser de otro modo.

**VIGÉSIMA PRIMERA.-** Desde un punto de vista conceptual y jurídico, no existe una jurisdicción arbitral propiamente dicha, como erradamente lo establece la Constitución de 1993, repitiendo el error conceptual de la anterior de 1979. La explicación que a ello se expresa en el presunto fortalecimiento y respeto de esta institución por el hecho de estar dentro del texto constitucional. Su verdadera ubicación, conceptualización, educación, respeto y comprensión es lo que habrá de permitir al arbitraje fortalecerse, difundirse y constituirse en sólida válvula antecedente, manejada por la vía del consenso y de la autonomía de la voluntad por los propios ciudadanos, y sus empresas e instituciones, para la composición pacífica de algunos controversias que pueden constituir sus más grandes quebraderos de cabeza.

**VIGÉSIMA SEGUNDA.-** Ha sido relativamente difícil ubicar a la institución del arbitraje en una clara definición desde la Ciencia del Proceso. La doctrina suele pasar a su descripción, a su finalidad, o ha sido captada por definiciones que surgen del Derecho Civil o, más específicamente, desde el Derecho de los Contratos o de las Obligaciones. No ha habido un desarrollo conceptual suficiente respecto a su verdadera naturaleza. Pareciera que ese tópico no ha sido importante o ha sido prescindible. No ha generado el debido interés.

**VIGÉSIMA TERCERA.-** Queda claro que el arbitraje es, esencialmente, institución procesal, desde que tienen el mismo origen, cumplen la misma finalidad y se sirven de las mismas categorías básicas para su realidad.

**VIGÉSIMA CUARTA.-** Hay una primera gran diferencia que suele llevar a confusión y una segunda gran limitación que suele soslayarse. La primera gran diferencia entre el proceso arbitral del sistema jurídico y el proceso judicial jurisdiccional radica en que el primero, basado en la ley y permitido por el sistema judicial, pasa por una realidad contractual que le da nacimiento y origen a cada proceso arbitral, y donde bajo los principios procesales de la liberalidad de las formas y de la composición de las partes, debe prevalecer por sobre la composición judicial. Las partes intervinientes «escogen» a sus jueces (a los árbitros), definen la materia válidamente arbitrable, determinan la mejor forma procesal aplicable al caso (hacen su proceso) y fijan el plazo del mismo.

**VIGÉSIMA QUINTA.-** La gran limitación surge precisamente de allí mismo: sólo será procedente para aquellos derechos civiles y comerciales de libre disponibilidad, básicamente de orden patrimonial. Por eso no se puede hablar del arbitraje como medio o forma *alternativa* de solución de controversias, pues tal no existe: no se puede escoger entre la alternativa de arbitrar o litigar, pues en la mayoría de los casos que el derecho plantea tal alternativa, ello no existe. En efecto, no se puede arbitrar un divorcio, ni los derechos de familia, ni los de los menores, ni los personalísimos, ni los que corresponden a los derechos fundamentales de las personas, ni los de responsabilidad criminal regida por las leyes penales que llevan una condena criminal, etc.

**VIGÉSIMA SEXTA.-** El arbitraje se establece como posibilidad en un universo limitado, pero muchas veces cualitativa y cuantitativamente importante que justifica y permite su realidad, pues representa un costo más elevado que el ordinario para el litigante interesado. Asimismo, tampoco se podrá arbitrar contra la voluntad de la contraparte, de no mediar pacto previo (en sus distintas acepciones de Cláusula Compromisoria, Compromiso Arbitral, Pacto Arbitral, Contrato Arbitral, Convenio Arbitral, Contrato de Arbitraje, etc.), o pacto posterior. No es posible compeler por ningún medio lícito ni jurídico a arbitrar, de no mediar expresa anuencia, sometimiento

o siempre que, además de dicha expresa voluntad, la materia arbitrable sea lícita para tal propósito.

**VIGÉSIMA SÉPTIMA.-** El arbitraje es un proceso judicial —en tanto forma trilateral heterocompositiva— de orden privado, bajo la autoridad, respeto y protección del Estado. Surge de un necesario acuerdo de voluntades, expreso o tácito, para dirimir una o más controversias ante un tribunal *ad-hoc*, convocado por el consenso de las partes y protegido por el sistema judicial, con decisiones ejecutoriadas y con calidad de *res iudicata* (cosa juzgada material).

**VIGÉSIMO OCTAVA.-** En los últimos tiempos, conjuntamente con el deterioro del liberalismo, el principio dispositivo ha ido cediendo paso en el proceso civil, sobre todo a partir del cuestionamiento de las ideologías en el proceso, de tal suerte que el principio inquisitivo ha ido tomando vigencia aun sin cuajar ni ser aceptado totalmente. No se ha definido aún si es un proceso que debe ser *dirigido por el Juez* o es un *proceso adversarial*. El principio inquisitivo se condensa en la máxima: *el juez es el director del proceso*, tal como fuera acuñado en el artículo 2 del Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de allí tomado en diversos ordenamientos procesales posteriores. El propio carácter de orden público de la función jurisdiccional y del rol del Estado en la consecución de la justicia exige el control por parte del Órgano Jurisdiccional de la legalidad de instituciones jurídicas pilares, haciendo imperioso el dotar al juzgador de los medios necesarios para una actuación protagónica por encima de la voluntad de las partes.

**VIGÉSIMO NOVENA.-** El arbitraje no nace como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado Moderno de Derecho. Nació como un antecedente al mismo. Es parte de la historia inicial del proceso. Luego de haber sido el antecedente fáctico de éste, hoy es una fórmula procesal artesanal remanente de marcados y propios perfiles en un ámbito específico del Derecho Procesal, pero que se sirve de la Teoría General del Proceso. Nace como una fase anterior al desarrollo del proceso jurisdiccional y que, con posterioridad a la formación del Estado-Nación o Estado de Derecho, a finales del Siglo XVIII, se hace tarea exclusiva y excluyente del Estado, quien se convierte así en el

exclusivo *arbiter* de los conflictos sociales e individuales de sus ciudadanos. Hoy el arbitraje es un remanente procesal que ha adquirido identidad y perfiles propios en una sociedad económicamente desarrollada y necesariamente globalizada.

**TRIGÉSIMA.-** Es común en la doctrina singular situar los orígenes del arbitraje como institución en el derecho romano. A partir de este momento, el arbitraje se consolidará como institución a lo largo de la Edad Media y será reconocido en distintos cuerpos legales como el Fuero Juzgo en 1241 y, posteriormente, en las Partidas elaboradas durante el reinado de Alfonso X. En 1812, con la promulgación de la Constitución de Cádiz, el arbitraje adquirirá rango constitucional. El Breviario de Alarico presenta una regulación muy fragmentaria que refleja determinados aspectos característicos de la institución en el derecho romano postclásico, donde predominan claramente los rasgos jurídico-privados sobre los jurisdiccionales. Por eso los árbitros elegidos por las partes sólo podían emitir una decisión que carecía de fuerza ejecutoria, es decir, no constituía *res iudicata*.

**TRIGÉSIMA PRIMERA.-** En estos cuerpos normativos aparece una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, pudiendo afirmar que los árbitros se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. En el Fuero Real sólo tienen capacidad para juzgar los alcaldes, indiferentemente de que hayan sido puestos por el rey o por avenencia de las partes. En el Espéculo y las Partidas, junto a los jueces puestos por el rey, hay otros que son puestos por las partes. Por eso cuando el maestro Jacobo en su Doctrinal habla «*De los jueces ordinarios et quantas maneras son de judgadores*»; afirmando: «*que son tres los jueces maneras dellos. La primera es de los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la tercera de los árbitros*» (I, 2, único); y esta «*tercera manera de judgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín juez de avenencias*» (I,4,1)(sic).

**TRIGÉSIMA SEGUNDA.-** En el *Liber Iudiciorum* no hay regulación específica de las normas del libro II, título I, dedicadas a *De iudicis et iudiculis* y se puede extraer un sistema de arbitraje, el cual se conserva en su traducción romance o Fuero Juzgo con leves modificaciones. La exaltación del individualismo decimonónico tiene su

manifestación en la Constitución de Cádiz, la cual consideró al arbitraje como un derecho fundamental, elevado a rango constitucional. Pero, además, modificó puntos tan neurálgicos de la institución, como los que se refieren al valor y apelación de las sentencias arbitrales.

**TRIGESIMA TERCERA.-** A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se le concibe como un proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde “*jueces particulares*”, a través de un laudo, tienen toda amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

**TRIGÉSIMA CUARTA.-** Concluimos que el Arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de la administración de justicia. La práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera adelantada y obligatoria la decisión, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. Posteriormente, el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió la institución judicial jurisdiccional, propiamente dicha, como instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno.

**TRIGÉSIMA QUINTA.-** Se concluye también que el arbitraje no nace propiamente de un contrato o convenio que le dé origen. En verdad nace del conflicto y de la necesidad de mantener una solución pacífica a las controversias de los ciudadanos y sus empresas. El convenio arbitral, o el contrato de arbitraje serán tan sólo una necesaria consecuencia de la existencia del conflicto y la necesidad de su pacífica superación en las relaciones humanas y sociales de los ciudadanos y sus empresas de la vida moderna del ciudadano. Desde ese punto de vista, comparte el mismo origen, racionalidad y finalidad que el proceso judicial jurisdiccional reservado para la actividad jurisdiccional del Estado.

**TRIGÉSIMA SEXTA.-** La naturaleza jurídica del arbitraje siempre ha generado debate. Eso se ha debido a que se ha abordado la institución con desconocimiento

fundamental de los aspectos básicos que aporta la ciencia del proceso, pasando por alto los necesarios antecedentes de la noble institución arbitral y sin la literatura adecuada desde el campo del derecho procesal, sobre todo, desde la Teoría General del Proceso. Se ha abordado el arbitraje desde el arbitraje mismo, o desde su cara contractual, explicando cómo funciona, o cómo debiera de funcionar, sin haberse tomado en cuenta sus orígenes ni sus antecedentes históricos.

**TRIGÉSIMA SÉPTIMA.-** En la actualidad, este debate no ha encontrado una solución generalmente aceptada, ni ha sido pacífica en la doctrina. Por ello existen vigentes tres teorías relevantes: a) la contractualista; b) la jurisdiccionalista; y c) la mixta o híbrida (aunque no tan generalizada).

**TRIGÉSIMA OCTAVA.-** La teoría contractualista ubica al arbitraje como nacido de una relación contractual: del pacto arbitral, de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral o, como genéricamente se le denomina ahora: de la Cláusula Arbitral o Convenio Arbitral. Para ello desecha el que el arbitraje esté siempre supervisado por el Estado y desdeña sus antecedentes o el que su método se asemeje al proceso judicial. Es una visión tradicionalista del arbitraje, que le escinde por completo del proceso judicial como si fuesen realidades diferentes, y hasta opuestas. Sólo pondera la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje, a despecho de que su realidad, su naturaleza y sus consecuencias de cosa juzgada son reconocidas por el Estado como una institución de derecho público. La teoría contractual entiende que el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, tiene un origen y una clara naturaleza contractual (acuerdo de voluntades). Así, el arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato. En otras palabras, el arbitraje es hijo del contrato.

**TRIGÉSIMA NOVENA.-** La ubicación sistemática en función de la naturaleza judicial del arbitraje tiene su proyección en el Derecho de la Codificación, en cuanto que los códigos en los que se acoge la institución son los procesales. La teoría jurisdiccionalista asemeja el arbitraje como sucedáneo del proceso judicial, como una de sus tipologías, donde su esquema, configuración y fórmula vienen dadas por el Estado y están dispuestas por la ley. El arbitraje sería tan solo una de las formas que puede adquirir el

proceso, solo que más liberal y con mayor incidencia de la intervención de las partes. Pero es asumido como un proceso dado por el Estado, supervisado por el Estado, cuyas consecuencias son dadas por el Estado: cosa juzgada y susceptible de control por las cortes de justicia ordinaria del Estado. Desdeñan, a su vez, la enorme participación de la autonomía de la voluntad de las partes que se desarrolla a su interior.

**CUADRAGÉSIMA.-** La teoría mixta o híbrida consiste en una compatibilización de las teorías antes expuestas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro lado, toma en cuenta que sin reconocimiento del Estado, el arbitraje sería de poca utilidad. El arbitraje es pues para esta teoría un acuerdo de voluntades que tiene efectos jurisdiccionales. De este modo, la teoría mixta supera las críticas que se formularon a la teoría contractualista y la jurisdiccionalista, reconciliando los puntos más sólidos de cada una.

**CUADRAGÉSIMA PRIMERA.-** En la teoría mixta los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida.

**CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.-** Nuestra posición es que el arbitraje tiene una naturaleza clara y eminentemente procesal, en tanto es el incuestionado antecedente histórico del proceso jurisdiccional que el Estado se ha reservado de manera exclusiva y excluyente para sí luego de la consolidación del Estado democrático de derecho desde finales del Siglo XVIII. Es decir, en la historia de la humanidad, la búsqueda de fórmulas pacíficas de solución de conflictos creó precedentemente al arbitraje (con el *arbiter*) como una de sus expresiones, mucho antes del nacimiento del proceso judicial jurisdiccional como hoy conocemos al proceso que provee el Estado para la solución de los conflictos de los particulares o de los particulares hacia el Estado. Ese esquema fue

desarrollado, ampliado y mejorado, hasta llegar a la fórmula moderna del proceso judicial jurisdiccional a cargo del Estado, que ha monopolizado la administración de justicia, sobre todo después del nacimiento del Estado Nación. Sin embargo, debido a su utilidad marginal y pragmática, en algunos casos el arbitraje quedó como un remanente entre los diversos modos de solución pacífica de controversias (como la transacción, la conciliación y la mediación), sólo que el arbitraje —al tener una estructura heterocompositiva trilateral— se asemeja o remeda al proceso judicial jurisdiccional del Estado.

**CUADRAGÉSIMA TERCERA.**- Esto es más claro aun cuando se analiza el común origen del proceso y del arbitraje: el conflicto, al que buscan dar solución mediante una fórmula pacífica común. Esa fórmula, cuando median derechos de libre disponibilidad y la voluntad de ambas partes, puede derivar hacia el arbitraje, que será un proceso (proceso al fin) especial, singular, faccionado para el caso, más breve, más seguro, confidencial, como mayor manejo de la voluntad de ambas partes por su método contractual y la contractibilidad de su consecuencia metodológica, pero necesariamente más caro para las partes y más costoso en tiempo para los árbitros. Por eso mismo, allí cuando no haya voluntad común, o no existan derechos en disputa que sean de libre disponibilidad, entonces el arbitraje no podrá ser utilizado y devendrá en improcedente, dando paso a la única solución que hoy ofrece el moderno Estado de Derecho: el proceso judicial jurisdiccional bajo su monopólico manejo.

**CUADRAGÉSIMA CUARTA.**- Por eso es que concluimos enfáticamente que al arbitraje le corresponde una naturaleza procesal, sólo que se desarrolla flexibilizada por la voluntad de sus partes bajo la autorización y supervisión de la ley del Estado y de sus órganos jurisdiccionales que actuarán en supletoriedad al arbitraje, conforme a la ley de la materia. La jurisdicción del Estado cederá paso (por incompetencia material) frente a un arbitraje bien perfeccionado conforme a ley, y su resultado evitará que se pueda replicar lo juzgado en el arbitraje en un posterior juicio del Poder Judicial, como consecuencia del efecto de cosa juzgada (*res iudicata*, institución de orden público) que el Estado —precisamente— le atribuye y reconoce al laudo arbitral.

**CUADRAGÉSIMA QUINTA.-** El *íter* legislativo del arbitraje en el Perú no ha sido bondadoso ni proficuo (ha sido más bien azaroso) hasta la Carta Constitucional de 1979, que le consignó en su texto, constitucionalizando a la institución del arbitraje en el Perú. Antes había sido un elemento marginal y poco utilizado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Con el intento de vigencia del nuevo Código Procesal Civil de 1993 se quiso regular todo un capítulo referido al arbitraje. Sin embargo, en el periodo de su *vacatio legis* algo extraño ocurrió, ya que sin que entrase en vigencia este Código, gran parte de su apresurado texto fue modificado, entre ello todo el capítulo arbitral, dando lugar al mismo tiempo a su escisión e independización por medio de un decreto ley de la época dictatorial del Presidente Fujimori. A partir de entonces, ha sido una ley general la que ha regulado, hasta la fecha, al arbitraje en el Perú, al margen de la codificación procesal civil, acrecentando el divorcio normativo y conceptual.

**CUADRAGÉSIMA SEXTA.-** Además de ir de un lado al otro conforme diversos grupos de arbitristas estuvieron cercanos al poder de turno, diversas leyes generales se fueron sucediendo con distinta tónica, regulación e ideología, hasta llegar a la fecha a la actual Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071), vigente con las modificaciones que le impuso el D. Leg. N° 1231. El punto es que en todos estos casos, desde el Código Civil de 1984, pasando por el D. Ley N° 25935, hasta la fecha, la diferente normativa arbitral ha carecido de bondad y técnica procesal. Se podría decir que casi hasta ha tenido un evidente desprecio por lo “procesal”, pese a que el arbitraje es un proceso, pertenece a institución procesal y que se sirve de los principios y presupuestos de la teoría del proceso. No terminan de aceptar y comprender su naturaleza eminentemente procesal. Ello no ha sido tomado en cuenta, y hasta ha sido recusado, forjándose –por ello mismo, por normar sobre lo que no se conoce o sobre lo que se *minus* valora- una normativa farragosa, equívoca y de difícil manejo para el usuario arbitral y sus abogados, lo que genera no pocas confusiones y complicaciones en un proceso que debiera ser breve, simple, flexible y con una marcada celeridad y eficacia procesal.

**CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA.-** Esto se ve reflejado en dos aspectos diferentes pero igualmente importantes. Por un lado, la normativa arbitral en la contratación con el Estado, que se ha complejizado muchísimo y en forma innecesaria, hasta casi romper

los principios esenciales del arbitraje con la inclusión en el proceso de quien no es parte del convenio arbitral o la pérdida de la confidencialidad. Por el otro, en la actual normativa arbitral se ha llegado a la formulación marcadamente demagógica e ineficaz de aquello que se ha venido en denominar *arbitraje popular*, que pomposamente ha sido declarado de *interés nacional* bajo la tutela del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sin que hasta la fecha se haya logrado nada tangible con ello.



## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.

2012a *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Volumen 20. Lima: Palestra.

2012b *Arbitraje y Constitución*. Volumen 21. Lima: Palestra. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 21. Lima: Palestra.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto

1947 *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: Imprenta Universitaria.

1946 *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*. Buenos Aires: EDIAR S.A.

ALSINA, Hugo

1961 *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: EDIAR Editores.

1958 *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: Eds. Jurídicas Europa–América EJEA.

ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés

1990 *Notas al margen de la Constitución*. Lima: CONCYTEC.

ARAGONESES ALONSO, Pedro

1960 *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Gráficas Halar.

ARAVENA ARREDONDO, Leonardo

1969 *Naturaleza jurídica del arbitraje*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.

ARÉVALO REYES, Héctor Darío

2012 *Arbitraje: arbitramento en Derecho, en equidad, técnica, legal, institucional e independiente o Ad Hoc*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

AYLWIN AZÓCAR, Patricio

2005 *El juicio arbitral*. Quinta edición actualizada. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.

BARONA VILAR, Silvia y otros

2011 *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Segunda edición. Pamplona: Civitas.

BRISEÑO SIERRA, Humberto

1999 *El arbitraje comercial: doctrina y Legislación*. México: LIMUSA.

BÜLOW, Oskar von

1964 *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA).

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2016 «Charles Darwin y el arbitraje». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (ed.). *Litigio Arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, pp. 15-30.

2013 «¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá,

número 19, Julio-Diciembre 2013, pp. 55-93. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

<http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>

CABALLOL ANGELATS, Lluís

1997 *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch.

CAIVANO, Roque Jerónimo

2000 *Arbitraje*. Segunda edición. Buenos Aires: AD HOC.

1998 *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación.

CALAMANDREI, Piero

1997 *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Volumen 1. México: Harla.

1962 *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1961 *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

1960 *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1954 *Processo e Democrazia: conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico*. Padova: CEDAM.

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

2016 *Reglamento de Arbitraje*. Lima: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO

2014 «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino». *Forseti: Revista de Derecho*. Lima: número 1, pp. 97-110. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
[http://www.forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/11\\_ne719IS.pdf](http://www.forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/11_ne719IS.pdf)

CARNACINI, Tito

1961 *Arbitraje*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

CARNELUTTI, Francesco

1971 *Derecho Procesal Civil y Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1973 *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1944 *Sistema de Derecho Procesal - Civil*. Buenos Aires: UTEHA.

1997 *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Volumen 3. México: Harla.

CASTILLO FREYRE, Mario

2016 *Arbitraje: entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 35. Lima: Centro de Arbitraje de la PUCP y Thomson Reuters.

CASTILLO FREYRE, Mario y otros

2014a *Arbitraje: comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 25. Lima: Thomson Reuters.

2014b *Arbitraje: comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 26. Lima: Thomson Reuters.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA

2011 *Arbitraje: ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso OSITRAN.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 17. Lima: Palestra.

2009 *El Arbitraje en la contratación pública.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 7. Lima: Palestra.

CHIABRA VALERA, Cristina

2010 «Debido Proceso Legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva: Más similitudes que diferencias». *Revista Elementos de Juicio.* Bogotá, número 14, pp. 125-140.

CHIOVENDA, Giuseppe

1997 *Curso de Derecho Procesal Civil.* Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Volumen 6. México: Harla.

1949a *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1949b *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Tomo II. Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1940 *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

1954 *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María

2000 *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (ed.)

2011 *Diccionario Terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 18. Lima: Palestra.

2007 *Arbitraje: el Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Segunda parte. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 4. Lima: Palestra.

2010 *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje*. Nos. 4/5/6 2007/2008/2009. Lima: Palestra.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis y CREMADES, Anne-Carole (eds.)

2013 *Arbitraje Comercial Internacional en Europa*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 22. Lima: Palestra.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1852 *Código de enjuiciamientos en materia civil del Perú*. Lima: Imprenta del Gobierno, por Eusebio Aranda.

CONRAT, Max

1963 [1903] *Breviarium Alaricianum. Römisches Recht Im Fränkischen Reych In Systematischer Darstellung.* Primera reimpression. Leipzig: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
<https://ia600306.us.archive.org/21/items/breviariumalari00cohngoog/breviariumalari00cohngoog.pdf>

CORDÓN MORENO, Faustino

2010 *Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas.* Madrid: Aranzadi / Thomson Reuters.

COUTURE, Eduardo J

1979 *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

1978a *Introducción al Estudio del Proceso Civil.* Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma.

1978b *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Depalma.

1945 *Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República Oriental del Uruguay.* Buenos Aires: Depalma

s/f *Curso de Derecho Procesal Civil.* Montevideo: Editorial Medina.

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo

2011 *Arbitraje: principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

1967 «IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal». *Revista de Derecho Español y Americano.* Año XII, número 17.

ESPAÑA

1848 *Los códigos españoles: concordados y anotados*. Tomo tercero. Código de las Siete Partidas. Madrid: Imprenta de la Publicidad. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

[https://books.google.com.pe/books?id=zJWDhvqIPswC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=zJWDhvqIPswC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

1849 *Los códigos españoles: concordados y anotados*. Tomo sexto. Madrid: Imprenta de la Publicidad. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

<https://books.google.com.pe/books?id=tjUrAQAAAMAAJ&pg=PP13&lpq=PP13&dq=los+codigos+espa%C3%B1oles+concordados+y+anotados,+tomo+sexto&source=bl&ots=vQZNwmXJaj&sig=AF3YR930cQQZpk-ggNoPN1geJLQ&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwjOz56Zi8PSAhXHQjYKHdR1DxlQ6AEITzAH#v=onepage&q&f=false>

FERRERO, Augusto

1980 *Derecho Procesal Civil: excepciones*. Tercera edición. Lima: Editorial Ausonía.

FLORES GARCÍA, Fernando

1981 *La Teoría General del Proceso y el amparo mexicano*. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*. México, tomo XXI, número 118, enero-abril 1981, pp. 85-123. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27367/24709>

GANDOLFO CORTÉS, Ricardo

2015 «Las modificaciones de la Ley de Arbitraje». *Ediciones propuesta*. 27 de septiembre de 2015. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

<http://edicionespropuesta.blogspot.pe/2015/09/las-modificaciones-de-la-ley-de.html>

GETE ALONSO, María y otros

2000 *Manual de Derecho Civil*. Tomo II: Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons.

GOLDSCHMIDT, James

1936a *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Editorial Labor.

1936b *Derecho Procesal Civil y Proceso Civil General*. Barcelona: Editorial Labor.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2008 «La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balance químico». *Anuario mexicano de derecho internacional*. México, volumen 8, pp. 509-525. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a13.pdf>

2004 *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa.

s/f «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora». En *González de Cossío Abogados, SC.*, 38 pp. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

1984 *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Editorial CIVITAS.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto

2014 *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 23. Lima: Palestra.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

1999 *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Tercera edición.  
Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria (FCU).

JARA, José María de la

2016 «El ataque de los procesalosaurios». En: En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo  
(ed.). *Litigio Arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra,  
pp. 165-170.

KELSEN, Hans

1979 *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Facultad de Derecho de  
la Universidad Autónoma de México.

KISCH, Wilhelm

1940 *Elementos de derecho procesal civil*. Madrid: Ed. Revista de Derecho  
Privado.

LATORRE SEGURA, Ángel

1969 *Introducción al Derecho*. Segunda edición. Barcelona: Ariel.

MALLANDRICH MIRET, Núria

2010 *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier.

MATTIROLO, Luis

s/f *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial La España  
Moderna.

MERCHAN ALVAREZ, Antonio

1981 *El arbitraje: estudio histórico jurídico*. Anales de la Universidad Hispalense  
– Serie Derecho. Sevilla: Universidad de Sevilla.

MICHELI, Gian Antonio

1970 *Curso de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA).

MILLAR, Robert Wynes

1945 *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar.

MONROY Gálvez, Juan y Aníbal QUIROGA LEÓN

1982 *Las excepciones en el proceso civil peruano: análisis y alternativa, proyecto modificador*. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho. Tomos I y II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

MONTERO AROCA, Juan

1979 *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos.

KYRIAKI, Noussia

2010 *Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*. Heidelberg: Springer.

OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás

1977 *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas.

PAREJA PAZ SOLDÁN, José

1980 *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Volumen 1. Lima: Editor J. Valenzuela V.

PEÑA DUEÑAS, Hernán

1973 *Distinción de los conceptos fundamentales del derecho procesal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

PROTO PISANI, Andrea

2014 *La Tutela Jurisdiccional*. Lima: Palestra.

PUGLIANINI GUERRA, Luis

2012 *La relación partes–árbitro*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 19. Lima: Palestra.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

2014 *El Debido Proceso Legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Segunda Edición. Lima: IDEMSA.

2008 *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: IDEMSA.

2005 *Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional*. Lima: ARA Editores.

2004 «La Destreza Legal como parte de la Enseñanza del Derecho». En Lima: DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier y otros (eds.). *Homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 253-288.

2000 «Conciliación y arbitraje en el Perú: presente y futuro». *Derecho PUCP*. Lima, número 53, pp. 769-798. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6578/6668>

1999 «La casación civil: mito y realidad. Proyecto de ley modificatorio». *Derecho PUCP*. Lima, número 52, pp. 715-759. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6430/6486>

- 1992 «Naturaleza jurídica del proceso arbitral. Nulidad de juicio arbitral: excepción de cosa juzgada». *El Jurista: revista peruana de Derecho*. Lima, números 7/8, pp. 77-85.
- 1989 «Las garantías constitucionales de la administración de justicia». En AA.VV. *La Constitución diez años después*. Lima: Constitución y Sociedad / Fundación Friedrich Naumann, pp. 289-335.
- 1986 «Conceptos básicos en el estudio del derecho procesal: a propósito de la Ciencia del Proceso». *Derecho PUCP*. Lima, número 40, pp. 243-268. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6258/6314>
- 1985 «La Interpretación Constitucional». *Derecho PUCP*. Lima, número 39, pp. 323-343. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5888/5888>

#### REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA

- 1836 *Opúsculos Legales del Rey Don Alfonso el Sabio*. Tomo II. Madrid: Imprenta Real. Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
[https://books.google.com.pe/books?id=EfcRDqLxUpgC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=EfcRDqLxUpgC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

#### REDENTI, Enrico

- 1957 *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

#### ROCA MARTÍNEZ, José María

- 1992 *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: BOSCH Editor S.A.

ROCCO, Ugo

1977 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen V. Buenos Aires: Depalma.

SALAZAR CANO, Edgar

1979 *Cibernética y derecho procesal civil*. Caracas: Ediciones Técnico-Jurídicas.

SCARANO, Eduardo R.

2004 *Manual de redacción de escritos de investigación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.

SENTÍS MELENDO, Santiago

1967 *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

1957 *El Proceso Civil: estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América (EJEA).

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel

1969 *Naturaleza Jurídica del Arbitraje*. Barcelona: Ariel.

SCHÖNKE, Adolfo

1950 *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ

2011 *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomos I y II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2011 *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, número 4. Edición Especial: “Control Constitucional y Arbitraje”. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

[http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista\\_peruana%20der\\_consti\\_4.pdf](http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana%20der_consti_4.pdf)

UREÑA Y SEMENJAUD, Rafael de y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN (eds.)

1924 *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII, publicadas en virtud de acuerdo del ilustre Colegio de Abogados de Murcia por Rafael de Ureña y Smenjaud y Adolfo Bonilla y San Martín.* Madrid: Editorial Reus.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2003 *Manual de Derecho Arbitral.* Lima: Gaceta Jurídica.

WONG ABAD, Julio M.

2013 *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo: una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial.* Lima: Jurista Editores.

ZOLEZZI, Lorenzo

1987 «Relevancia social del Juez Civil». Ponencia presentada ante el ILANUD, San José.

