

LA NATURALEZA PROCESAL DEL ARBITRAJE

Aníbal Quiroga León (*)

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es, sin duda alguna, 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 equivocada¹.

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.

La importancia del arbitraje, 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 vigencia del proceso judicial— por muy diversas

(*) Profesor Principal, Abogado y Magíster en Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú; doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en actual proceso de convalidación por la Universidad de Cuyo (Mendoza). Profesor Principal en la Universidad de Lima. Profesor en la Universidad de Ciencias Aplicadas. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima y ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la república. Ex asesor de diversas Comisiones del Congreso de la República, de los Ministerios de Justicia y de defensa. Ex miembro de la Comisión Especial para el Diferendo Perú-Chile en la Corte de Justicia Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación Peruana de derecho Constitucional, la Asociación Argentina de derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Asociación Mundial de derecho procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de diversos libros, ensayos y artículos en materia de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Proceso y Arbitraje. Abogado en ejercicio.

¹ 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. Especialmente, ha sido ampliamente desarrollado en nuestro libro: *“La Naturaleza procesal del Arbitraje”*, texto base del presente artículo. Véase, Quiroga (2017).

razones y finalidades, que son también comunes a las del proceso judicial y que, sin duda, el mismo proceso judicial alienta y estimula.²

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).

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

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

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, una 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 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 efectiva³, ocupando un importante rol y lugar dentro del Derecho Jurisdiccional.⁴

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 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.

³ Utilizaremos los conceptos de debido proceso legal y tutela judicial (jurisdiccional) efectiva (o eficaz) como sinónimos (véase Quiroga León 2014 y Chiabra Valera 2010).

⁴ «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. 24º 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. 24º 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. 14º y la Sección Primera del Capítulo II dentro del cual se encuentra el Art. 24º 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).

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. 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 constituye una forma trilateral *heterocompositiva* donde es el tercero ajeno a las partes el que tiene la capacidad de decidir— 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 indicata* (*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 tercera de los árbitros»* [...] «tercera manera de juzgadores [...] son los árbitros a que dizem 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)

Ahora bien, 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.

II. TEORÍA DEL PROCESO Y EL ARBITRAJE: PRINCIPALES INSTITUCIONES

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. En ese sentido, le corresponde al ordenamiento jurídico una adecuada regulación procesal, regulación que además, compete a todos los estamentos del derecho.

Dada la importancia del Derecho Procesal, a continuación, presentamos las principales instituciones que lo conforman⁵.

2.1. 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. Así, 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.

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 debates de orden dialéctico, en sentido aristoteliano (Salazar Cano 1979: 6-7). *Processum* 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).

⁵ Los conceptos desarrollados en este apartado fueron abordados en varios de nuestros trabajos anteriores. Véase, en particular, Quiroga (2008).

2.2. La acción

Si bien existen diferentes teorías y acepciones sobre lo que implica la acción; iniciaremos señalando 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).

2.3. La excepción

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).

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).

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la República, en su Casación N° 2942-2006-Cajamarca), ha señalado que: [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 (legitimidad e interés para obrar), con la finalidad de paralizar y subsanar algún vicio procesal o, en su caso, extinguir la relación jurídica procesal.

2.4. La jurisdicción

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.

Al existir innumerables definiciones, muchas de ellas equivocadas, la mejor manera de clarificar esto, es recurriendo a la Teoría General del Proceso. En ese sentido, a efectos

académicos, propondremos una definición de jurisdicción, más que para definir exactamente la institución, para descartar lo que es lejano a ella.

En principio, debe entenderse que existen claramente denotadas dos acepciones comúnmente marcadas en torno a la jurisdicción.

i) 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).

ii) Por otra parte, tenemos la aceptación particularizada, 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).

Así, consideramos que 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 (D)⁶. 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 excepcional⁷.

2.5. La competencia

Los conceptos de jurisdicción y competencia están estrechamente relacionados, sin que ello implique, que sean sinónimos o equivalentes. Así, podremos decir, que a todo juez, por el hecho de serlo, le corresponde *in- génere* el atributo jurisdiccional, más no todo juez es

⁶ El Art. 1 del TUO 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.

⁷ La Sección Primera, Título II, Capítulo 1 (Arts. 8 al 34 del TUO del Código Procesal Civil) desarrolla el concepto de competencia dentro del ámbito civil.

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).

Para Chiovenda, la competencia es 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).

Ahora bien, 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, la competencia no será otra cosa que la jurisdicción válidamente ejercida, 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.

2.6. 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.

Precisamente, 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.

2.7. Principios procesales

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, denominados como principios formativos (Millar 1945), 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: a) Escritura y oralidad b) Mediación e intermediación. c) Concentración y fraccionamiento. d) Publicidad y reserva. e) Preclusión y permanencia. f) 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.

2.8. 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).
- 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.
- c) **Adquisición:** Para Alsina, básicamente, este principio de la procesal evita la duplicidad de la prueba contribuyendo a la celeridad del juzgamiento (1961). En ese sentido, los actos jurídico-procesales, que son objeto de la ejecución procesal, deben beneficiar a todas las partes por igual, permaneciendo inmutables una vez que se han constituido válidamente
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- i) Oralidad:** Entendida como el predominio de la palabra hablada antes que la escrita, se relaciona con los demás principios propiciando su realidad. facilita la mediación, permite la adecuada identificación de los protagonistas del proceso, propicia la concentración, y establece la resolución conjunta de las cuestiones interlocutorias.
- j) Escritura:** 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. Representa el carácter formalista del proceso.
- k) Publicidad:** La publicidad como principio procesal se relaciona más estrechamente con la oralidad y puede ser general o parcial, esto es, público erga omnes, o interpartes. 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.
- l) 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.
- m) 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.

2.9. 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).

Así, 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.

Adicionalmente la Corte Suprema, a través de la Casación N° 1901-2013-Lima, señaló que: 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 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.

2.10. La tutela judicial efectiva

Por tutela judicial efectiva, concepto que proviene del Derecho Alemán, (*Rechtsschutzbedürfnis*), 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 (1978: 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 Courts*», versión inglesa del derecho de audiencia español. El debido proceso legal o la tutela jurisdiccional efectiva suponen, en cada uno de estos casos, una elevación conceptual de estos grandes principios del derecho procesal hasta el siglo XIX.

¿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*⁸, que señala la justicia del proceso judicial que, aunque debiera ser una tautología, no necesariamente lo es.

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.

III. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE

3.1. Origen y evolución del arbitraje

Como veremos, 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 judicial jurisdiccional propiamente dicha, como instancia encargada de la actividadesencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno.

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

⁸ 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).

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*⁹. 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 pena¹⁰. 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 partes¹¹. 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 partes¹². Por eso cuando el maestro Jacobo en su *Doctrinal* nos 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 (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 modificaciones¹³.

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 arbitrales¹⁴.

⁹ *Pauli Sententiarum* (Breviario de Alarico), 5,5,1: «*inter partes [...] ex compromisso iud exsuntus rem iudicatam non facit*» (Cfr. Conrat 1963: 288).

¹⁰ *Pauli Sententiarum* (Breviario de Alarico), 5,5,1: «*sed si poenas inter eos promissasit, poenari in iudicium deductae ex stipulatu petipotes*» (Cfr. Conrat 1963: 288).

¹¹ *Fuero Real*, Libro I, Título VII, Ley II: «*Nengun ome non sea osado de judgar pleitos si non fuere alcalle 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).

¹² *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 latín 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).

¹³ *Liber Iudiciorum*, libro II: *De negotis causarum* Título I: *De iudicibus et iudicatis*, ley 15.

¹⁴ 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

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 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 dé materialidad o le dé 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.

Por otra parte, 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.

IV. 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 fundamentalmente desde un ángulo de perspectiva civilista con evidente 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

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.

funciona, o cómo debiera de funcionar, sin haberse tomado en cuenta sus orígenes, ni sus antecedentes históricos, ni la vertiente procesal de la cual deriva inexorablemente.

Este es un debate que aún no ha concluido y que tampoco es pacífico en la doctrina. Algunos “*arbitrativistas*” puristas se niegan siquiera a escuchar o a leer unas tesis diferentes. Se permiten denostar de quienes piensan diferente llamándolos “*procesalosaurios*”, sin embargo, denotan una franca carencia de lecturas y de bibliografía suficiente que les permita superar con acierto el pantano conceptual en el que han quedado atrapados.

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 con acierto 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).

4.1. 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 jurídicopretendió 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, 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. 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).

Por su parte 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 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).

4.2. La teoría jurisdiccionalista

Esta teoría, asume al 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 desdennan, 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).

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. 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.

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 disposición, y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación nacional o internacional. (Cas. N° 635-2007-Lima)

4.3. 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 mixta¹⁵.

¹⁵ «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

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).

4.4. Nuestra posición

Consideramos que el arbitraje tiene una naturaleza clara y eminentemente procesal. De eso no nos queda duda alguna. 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 árbitro) 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

existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma insoluble» (González de Cossío s/f: 15).

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 juzgada¹⁶ (res iudicata, institución de orden público) que el Estado — precisamente— le atribuye y reconoce al laudo arbitral.

V. 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

¹⁶ 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 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».

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.

5.1. El Código de Enjuiciamientos en materia 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 a 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».

5.2. 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.

Este Código, 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 Iuris* 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).

5.3. 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.

5.4. 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.

5.5. 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 derogados¹⁷.

¹⁷ 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.

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 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 impropia, 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 que traía el 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.

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 cláusula 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.

5.6. 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 vigente hasta la fecha. 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.

5.7. 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 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 explicación¹⁸, el Decreto Ley N° 25935 fue íntegramente derogado y sustituido por la Ley N° 26572.

5.8. 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.

¹⁸ 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.

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 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 conciencia 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 5la 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.
- g) La solemnidad escrita del *convenio arbitral* se flexibilizó, ya que se señaló que por forma escrita no sólo se entendería cuando éste se celebre 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*¹⁹ 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;

¹⁹ 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.

- 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.

5.9. 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 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 de las cuales pasamos a analizar brevemente a continuación.

5.10. Las modificaciones establecidas por el D. Leg. N° 1231

La actual Ley de Arbitraje ha tenido algunas modificaciones menores como el 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.

5.11. 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). Así la referida norma señalaba al arbitraje como un medio de solución de controversias de la ejecución contractual:

- a) Entre las disposiciones que contenía el artículo 45, se señalaban que las controversias que surgieran entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato debían ser resueltas mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Mientras que las controversias sobre la nulidad del contrato solo podían ser sometidas a arbitraje.
- b) Asimismo, las partes estaban facultadas para 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.
- c) Mientras que 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 podían ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley de Contrataciones con el Estado o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial, siendo todo pacto en contrario es nulo.
- d) Por otra parte, se resaltó que los medios de solución de controversias previstos en el artículo 45 se rigen especialmente por lo establecido en la misma Ley de

- Contrataciones del Estado Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.
- e) Asimismo, el arbitraje institucional se realizaba 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.
 - f) Un requisito respecto al árbitro único y el presidente del tribunal arbitral es que estos debían ser necesariamente abogados, contando con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Sin embargo, los demás integrantes del tribunal arbitral podían ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado. Así como el requisito de estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
 - g) Se señaló, que 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 tenía por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabía interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071.
 - h) También se señaló los supuestos en los que el laudo podía ser anulado. Si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no fueron conformes a lo establecido en la Ley de Contrataciones con el Estado y en su reglamento; siempre que tal circunstancia hubiese sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado.
 - i) Asimismo, se resaltó la independencia, imparcialidad y autonomía con la que debían tener los árbitros

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 quinto 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:

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 incurren 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.

45.3 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.

(...)

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

Adicionalmente, 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.

Finalmente, consideramos que la actual Ley de Arbitraje (Ley N° 1071), requiere replantear varias de sus disposiciones. En ese sentido, en la versión extendida del presente trabajo, hemos planteado una serie de modificaciones e implementaciones a manera de recomendación²⁰, entre las cuales se encuentran una adecuada definición del arbitraje que encierre el concepto jurídico del referido instituto, la ampliación de los principios procesales recogidos en la Ley, que hoy resultan insuficientes. Asimismo, resulta importante que se incluya la prohibición expresa para los árbitros de realizar control difuso o que se señale explícitamente cuál sería la principal consecuencia de que se expida un laudo fuera del plazo concedido por las partes o por la norma reglamentaria aplicable.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto

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

ALSINA, Hugo

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

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

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

²⁰ Véase, Quiroga (2017).

CALAMANDREI, Piero

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

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

CARNACINI, Tito

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

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.

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

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

COUTURE, Eduardo J

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

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo

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

FERRERO, Augusto

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

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.

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>
- 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>
- MALLANDRICH MIRET, Núria
- 2010 Medidas cautelares y arbitraje. Barcelona: Atelier.
- MERCHAN ALVAREZ, Antonio
- 1981 El arbitraje: estudio histórico jurídico. Anales de la Universidad Hispalense – Serie Derecho. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- 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 modificadorio*. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho. Tomos I y II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás
- 1977 El contrato de compromiso y la institución arbitral. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas
- QUIROGA LEÓN, Aníbal
- 2017 La Naturaleza Procesal del Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre.
- 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.
- 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>
- 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.
- 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>

ROCA MARTÍNEZ, José María

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

SALAZAR CANO, Edgar

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

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.
