

Carlos Alberto Matheus López^(*)

Introducción al nuevo Decreto Legislativo que norma el Arbitraje

«FRENTE A LA OPCIÓN DUALISTA -QUE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL SEA REGULADO, TOTALMENTE O EN GRAN MEDIDA, POR NORMAS DISTINTAS QUE LAS DEL ARBITRAJE NACIONAL- DE LA ANTERIOR LEY GENERAL DE ARBITRAJE (LGA), EL DLA OPTA POR UN NUEVO PARADIGMA, REPRESENTADO POR EL MODELO MONISTA DE ARBITRAJE, EL CUAL IMPORTA QUE LAS MISMAS NORMAS SE APLIQUEN POR IGUAL AL ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL».

«Recuerda bien amigo mío, respondió Nasrudín, que todo depende de la forma como se dicen las cosas»

Nasrudín Hodja, Los Dientes del Sultán

1. Génesis

Conviene inicialmente observar, sin ánimo hierofánico, que el novísimo Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (DLA) asume como principal modelo (directo) a la Ley de Arbitraje Española (LAE) -60/2003, de 23 de diciembre.

Ahora bien, al asumir el modelo de la LAE, nuestro DLA acoge indirectamente el modelo empleado por la primera, el cual -principalmente- es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁽¹⁾ (CNUDMI) -de 21 de junio de 1985-, si bien el DLA acoge además las enmiendas de la Ley Modelo de la CNUDMI aprobadas en el año 2006. A todo ello, se aunan otras normas que también sirvieron para la conformación de la LAE, tales como la Ley Federal Suiza sobre Derecho

(*) Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (España). Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CCL, de la SEPS, de la PUCP, del CAL, de Amcham Perú, del CIP, del Tribunal Arbitral de Barcelona y de la Corte Vasca de Arbitraje. Catedrático de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal Civil de la Universidad de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres (cmatheus@ulima.com.pe).

(1) Como lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la LAE, al señalarnos que «su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional».

Internacional Privado⁽²⁾ -del 18 de diciembre de 1987- (LDIP) y el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁽³⁾ -vigente desde el 1 de enero 1998-⁽⁴⁾ (RCCI).

Asimismo, el DLA recepciona elementos de otras normas extranjeras, como es el caso de la Ley de Arbitraje Croata, del 11 de octubre de 2001 -eficaz desde el 19 de octubre del mismo año-, y de otros Reglamentos de Arbitraje, como aquel de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) -eficaz desde el 1 de enero de 1998- y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) -eficaz desde el 1 de octubre de 2002-, cuya influencia abordaremos más adelante.

2. El modelo de arbitraje

Frente a la opción dualista -que el arbitraje internacional sea regulado, totalmente o en gran medida, por normas distintas

“EL ARTÍCULO 41 DLA SEÑALA -PELIGROSA E IMPROPIAMENTE- QUE EL “TRIBUNAL ARBITRAL ES EL ÚNICO COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA”, ACERCÁNDOSE ASÍ A LA NOCIÓN DE KOMPETENZ-KOMPETENZ DE LA TERMINOLOGÍA JURÍDICA ALEMANA, PERO ALEJÁNDOSE DE LA NOCIÓN GLOBALMENTE ACEPTADA DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA”.

- (2) En tal forma, se observa que el artículo 2, inciso 2, del DLA asume -indirectamente- el modelo del artículo 177, inciso 2, de la LDIP, el cual nos señala que «[s]i une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage» (Si una parte del convenio arbitral es un Estado, empresa u organización controlada por un Estado, esa parte no puede invocar su propio derecho para discutir la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad de ser parte en un arbitraje).

Asimismo, el artículo 13, inciso 7, del DLA asume -indirectamente- el modelo del artículo 178, inciso 2, de la LDIP, el cual nos señala -acogiendo el principio in favorem validitatis- que «Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse» (En cuanto al fondo, [el convenio arbitral] es válido si responde a las condiciones que establece el derecho elegido por las partes, o el derecho que regula el objeto del litigio y, en particular, el derecho aplicable al contrato principal, o el derecho suizo).

Finalmente, consideramos que para efectos de la mejor eficacia del DLA y a fin de solucionar el problema generado por el eventual conflicto entre la litispendencia judicial y la arbitral -que inciden sobre la misma controversia o bien por prejudicialidad-, hubiese sido útil acoger también el tenor del artículo 186, inciso 1bis, de la LDIP, el cual nos señala que «Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure» (El [tribunal arbitral] decide sobre su competencia, independientemente de que una acción sobre el mismo asunto, entre las mismas partes, esté pendiente ante un tribunal estatal o arbitral, a menos que por motivos graves se requiera la suspensión del procedimiento).

- (3) En tal sentido, el artículo 12 del DLA asume -indirectamente- el modelo del artículo 3, inciso 4, del RCCI, el cual nos señala que «[l]os plazos especificados en este Reglamento o fijados de conformidad con el mismo comenzarán a correr el día siguiente a aquél en que una comunicación o notificación se considere efectuada según lo dispuesto en el párrafo anterior. En el supuesto que dicho día fuere feriado o inhábil en el país donde la notificación o comunicación se considere efectuada, el plazo se computará a partir del primer día hábil siguiente. Los días feriados o inhábiles se incluyen en el cómputo de los plazos. En el supuesto que el último día del plazo coincida con un día feriado o inhábil en el país en que la notificación o comunicación se considere efectuada, el plazo vencerá al final del primer día hábil siguiente».

Asimismo, el artículo 23, inciso c, del DLA asume -indirectamente- el modelo del artículo 10, inciso 1, del RCCI, el cual nos señala que «Si hay varias partes Demandantes o Demandadas, y la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, los Demandantes, conjuntamente, y los Demandados, conjuntamente, deberán designar un árbitro para confirmación según lo previsto en el artículo 9».

Carlos Alberto Matheus López

que las del arbitraje nacional- de la anterior Ley General de Arbitraje (LGA) ⁽⁵⁾, el DLA opta por un nuevo paradigma, representado por el modelo monista de arbitraje, el cual importa que las mismas normas se apliquen por igual al arbitraje nacional e internacional, pero sin desconocer que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas.

En tal forma, el DLA sigue a otras recientes leyes foráneas que consideran que la Ley Modelo de la CNUDMI resulta adecuada no sólo para el arbitraje internacional, sino para el arbitraje en general⁽⁶⁾.

3. El ámbito de aplicación objetivo

El DLA⁽⁷⁾ establece como regla general que el arbitraje ha de recaer sobre controversias que se encuentren dentro del campo de la libre disposición de las partes conforme a derecho. Asume así una formula en blanco -o *numerus apertus*- y positiva, distinta de aquella de la vieja LGA⁽⁸⁾.

La «libre disposición» implica asumir materias que pueden hallarse en diversas y específicas regulaciones sustantivas. Asimismo, esta libertad ha de ser además «conforme a derecho», sin quedar establecida tal conformidad a través de un sistema de lista, sino tan sólo una relación binómica entre disponibilidad legal y arbitrabilidad.

En tal forma, el DLA posibilita una hermeneútica amplia y no listada de lo que puede entenderse por disponibilidad conforme a derecho, la cual asume el *favor arbitralis* al establecer un control *ex post* de la indisponibilidad a través de la anulación del laudo arbitral. Además, el DLA opta por preterir los supuestos de fraude al arbitraje que se pueden presentar en caso de conexión entre las materias, a través del reconocimiento del principio de separabilidad⁽⁹⁾.

Igualmente, el artículo 28 del DLA asume -indirectamente- el modelo del artículo 7 del RCCI, el cual nos señala que «1. Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje. 2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios. 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que pudieren surgir durante el arbitraje». Finalmente, los artículos 30, 31 y 72 del DLA toman como modelo -los dos primeros- al artículo 12 y -el último- al artículo 30 del RCCI.

- (4) Con similar parecer VERDERA y TUELLS, Evelio. *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje entre la Tradición y la Innovación*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005. pp. 59-71.
- (5) Recordemos que la anterior LGA se dividía en dos secciones, siendo la sección primera dedicada al «arbitraje nacional», en tanto la sección segunda trataba al «arbitraje internacional».
- (6) Con igual parecer LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. p. 51.
- (7) Con tal parecer, su artículo 2, inciso 1, nos señala que «[p]ueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».
- (8) La cual optaba por una formula cerrada -o *numerus clausus*- y negativa, al señalarnos en su artículo 1 LGA que «Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».
- (9) Con tal parecer, el artículo 63, inciso 3, del DLA nos señala que «[t]ratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles

4. El arbitraje institucional

El DLA tiene como uno de sus ejes centrales el reconocimiento del arbitraje institucional, cuya regulación -acorde a su carácter monista- no distingue entre institucionalización interna e internacional, acogiendo ambas modalidades.

A diferencia de nuestra ley anterior, el DLA establece como regla de solución subsidiaria frente a un convenio arbitral patológico -de carácter subsanable o no⁽¹⁰⁾- vinculado a la institucionalización del arbitraje, que en tales casos se entenderá -salvo pacto en contrario- que el arbitraje es *ad hoc*⁽¹¹⁾.

Asimismo, el artículo 7, inciso 4⁽¹²⁾, del DLA, siguiendo el modelo del Reglamento de Arbitraje de la OMPI⁽¹³⁾ y a ciertos postulados dogmáticos⁽¹⁴⁾, establece -como regla general- la aplicación temporal inmediata del reglamento institucional, o lo que es lo mismo, que el reglamento aplicable al arbitraje será -salvo pacto en contrario- el vigente al momento del inicio del proceso arbitral.

5. La confidencialidad

El artículo 51 del DLA, siguiendo el modelo del artículo 30⁽¹⁵⁾ del Reglamento de Arbitraje

de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación».

- (10) Resulta un convenio arbitral patológico de carácter subsanable aquel en que se designa a una institución arbitral inexistente. De otro lado, constituye un convenio arbitral patológico insubsanable aquel en que no se designa a institución arbitral ninguna (con similar parecer SCALBERT, Hugues y Laurent Marville. *Les Clauses Compromissaires Pathologiques*. En : *Revue de L'arbitrage*. Número 1. Paris: 1998. pp. 119-130).
- (11) Con tal parecer, el artículo 7, inciso 3, del DLA nos señala que «[e]n caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes».
- Por otra parte, el supuesto de convenio arbitral patológico por contradicción -que importa aludir a la vez al arbitraje y al proceso judicial- no viene regulado en el artículo 7, inciso 3, DLA, como hubiese sido deseable, sino en la Cuarta Disposición Complementaria del DLA, la cual nos señala que «A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes».
- (12) El cual nos señala que «[e]l reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario».
- (13) El Reglamento de Arbitraje la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) -vigente desde el 1 de octubre de 2002-, nos señala en su artículo 2 que «[c]uando un acuerdo de arbitraje contemple un procedimiento de arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la OMPI, dicho Reglamento se considerará parte de ese acuerdo de arbitraje y la controversia se resolverá de conformidad con el Reglamento tal como esté vigente en la fecha de comienzo del arbitraje, salvo acuerdo en contrario entre las partes».
- (14) En nuestro país, este criterio de solución lo venimos postulando -de manera escrita y solitaria- desde el año 2007 (véase MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *El Reglamento Institucional*. En: *Athina*. Número 3. Lima: 2007. pp. 364-366; igualmente, MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *El Reglamento de las Instituciones Arbitrales en el Derecho Peruano*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: 2007. pp. 675-677).
- (15) El cual nos señala que «30.1 Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial».

Carlos Alberto Matheus López

de la LCIA⁽¹⁶⁾, regula expresamente⁽¹⁷⁾ la obligación de confidencialidad que deben respetar -salvo exigencia legal distinta- los diversos sujetos del arbitraje (partes, asesores, árbitros, instituciones arbitrales, etc) con respecto al curso de las actuaciones arbitrales, a la información que conozcan a través de éstas y al laudo arbitral.

6. La renuncia a objetar

El DLA regula en su artículo 11⁽¹⁸⁾, siguiendo el modelo de la Ley de Arbitraje Croata⁽¹⁹⁾, la renuncia a objetar, la cual por el carácter monista de la norma se aplica tanto al arbitraje

- (16) Ahora bien, pese a que la *Arbitration Act* neozelandeza de 1996 resulta anterior en el tiempo al Reglamento de Arbitraje de la LCIA, no consideramos a la primera como modelo del DLA, pues antes de su reforma del 18 de octubre de 2007 (*Arbitration Amendment Act* 2007), no existía en la sección 1 alusión al concepto de «información confidencial» (*confidential information*) y, además, su sección 14 sólo señalaba entonces que «(1) Subject to subsection (2), an arbitration agreement, unless otherwise agreed by the parties, is deemed to provide that the parties shall not publish, disclose, or communicate any information relating to arbitral proceedings under the agreement or to an award made in those proceedings. (2) Nothing in subsection (1) prevents the publication, disclosure, or communication of information referred to in that subsection - (a) If the publication, disclosure, or communication is contemplated by this Act- or (b) To a professional or other adviser of any of the parties». A lo cual se suma el hecho de que el actual texto de su sección 14 -luego de la reforma del 2007- resulta mucho más amplio y exhaustivo que el tenor del artículo 51 del DLA, el cual, por ello, se asemeja más al artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Finalmente, conviene observar que la reformada sección 14 de la *Arbitration Act* neozelandeza, ha seguido como modelo a los artículos 73 a 76 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI
- (17) Cabe señalar que, a nivel comparado, pocas leyes de arbitraje se refieren expresamente a la confidencialidad. Son ejemplos citables la LAE y -como su discípulo- el DLA. Asimismo, la *Arbitration Act* Neozelandeza de 1996, define en su sección 2 a la información confidencial, señalando que «confidential information, in relation to arbitral proceedings, - (a) means information that relates to the arbitral proceedings or to an award made in those proceedings- and (b) includes - (i) the statement of claim, statement of defence, and all other pleadings, submissions, statements, or other information supplied to the arbitral tribunal by a party: (ii) any evidence (whether documentary or otherwise) supplied to the arbitral tribunal: (iii) any notes made by the arbitral tribunal of oral evidence or submissions given before the arbitral tribunal: (iv) any transcript of oral evidence or submissions given before the arbitral tribunal: (v) any rulings of the arbitral tribunal: (vi) any award of the arbitral tribunal». En tanto, su sección 14B nos señala que «(1) Every arbitration agreement to which this section applies is deemed to provide that the parties and the arbitral tribunal must not disclose confidential information (2) Subsection (1) is subject to section 14C», viniendo fijadas a su vez las excepciones al deber de confidencialidad por las secciones 14C y 14D, las cuales, respectivamente, nos señalan que «A party or an arbitral tribunal may disclose confidential information - (a) to a professional or other adviser of any of the parties- or (b) if both of the following matters apply: (i) the disclosure is necessary - (A) to ensure that a party has a full opportunity to present the party's case, as required under article 18 of Schedule 1- or (B) for the establishment or protection of a party's legal rights in relation to a third party- or (C) for the making and prosecution of an application to a court under this Act- and (ii) the disclosure is no more than what is reasonably required to serve any of the purposes referred to in subparagraph (i)(A) to (C)- or (c) if the disclosure is in accordance with an order made, or a subpoena issued, by a court- or (d) if both of the following matters apply: (i) the disclosure is authorised or required by law (except this Act) or required by a competent regulatory body (including New Zealand Exchange Limited)- and (ii) the party who, or the arbitral tribunal that, makes the disclosure provides to the other party and the arbitral tribunal or, as the case may be, the parties, written details of the disclosure (including an explanation of the reasons for the disclosure)- or (e) if the disclosure is in accordance with an order made by - (i) an arbitral tribunal under section 14D- or (ii) the High Court under section 14E» y que «(1) This section applies if - (a) a question arises in any arbitral proceedings as to whether confidential information should be disclosed other than as authorised under section 14C(a) to (d)- and (b) at least 1 of the parties agrees to refer that question to the arbitral tribunal concerned. (2) The arbitral tribunal, after giving each of the parties an opportunity to be heard, may make or refuse to make an order allowing all or any of the parties to disclose confidential information». Y finalmente, la sección 14E establece los supuestos en que el Tribunal Superior de Justicia puede permitir o prohibir la revelación de información confidencial cuando el proceso arbitral ha terminado o cuando una parte plantea apelación respecto a la confidencialidad.
- (18) El cual nos señala que «Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias» (las negritas son nuestras).

nacional como internacional, superándose así su ausente regulación, en el ámbito del arbitraje nacional, por la anterior LGA⁽²⁰⁾.

Ahora bien, la renuncia a objetar tiene un efecto purificador al interior del proceso arbitral, siendo una suerte de escudo contra las objeciones posteriores que se funden en aquello que no ha sido objetado oportunamente. Por ejemplo, cuando un árbitro revela todos los hechos que podrían razonablemente considerarse que afectan a su independencia e imparcialidad, y las partes no llevan a cabo, seguidamente, recusación u oposición alguna. Entonces, toda objeción posterior que se realice durante el proceso arbitral o con ocasión del recurso de anulación del laudo⁽²¹⁾, se haya destinada a fracasar, pues se entiende que ha habido una renuncia o dispensa, de las partes, a objetar respecto de los hechos revelados.

7. Las notificaciones y plazos

El DLA mejora la anterior redacción del LGA⁽²²⁾ respecto a los medios de comunicación o notificación de actos arbitrales, al aludir *expressi verbis* en su artículo 12, inciso b⁽²³⁾, a los medios de carácter electrónico.

Asimismo, el DLA corrige una omisión⁽²⁴⁾ de la anterior norma, estableciendo expresamente en su artículo 12, inciso c⁽²⁵⁾, que los plazos procesales se computan desde el día siguiente de recibida la notificación o comunicación.

Finalmente, el artículo 34, inciso 4, del DLA otorga al tribunal arbitral la facultad inopinada de «ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos», la cual, además de coalicionar con el principio de preclusión, resulta contraria a la oferta temporal que justifica el recurso al arbitraje. Además, en lo relativo al plazo para emitir el laudo arbitral, esta disposición, aunada al artículo 53 del DLA -el cual nos señala que «La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral»-, priva de eficacia al recurso de anulación justificado en la causal del artículo 63, inciso 1, literal g, del DLA (laudo

(19) Cuyo artículo 5 nos señala que «A party who knew or should have known that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeded with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time limit is provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object».

(20) Recordemos que la «renuncia al derecho a objetar» sólo estaba regulada en la Sección Segunda de la LGA, relativa al Arbitraje Internacional (artículo 95), pero no en aquella del Arbitraje Nacional (Sección Primera).

(21) Con igual parecer, convergente con el artículo 11 DLA, el artículo 63, incisos 2 y 4, del DLA nos señala que «Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas (...) La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo».

(22) Contenida en sus artículos 8 -arbitraje nacional- y 94 -arbitraje internacional-, los cuales reconocían la validez de «...las notificaciones por cable, télex, facsímil o medios similares».

(23) El cual nos señala que «[a]simismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada».

(24) Omisión que evidenciamos hace ya varios años, sugiriendo además optar por la solución contenida en el artículo 5 de la LAE (véase MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Lima: Semper Veritas, 2006. p. 138).

(25) El cual nos señala que «[l]os plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente».

Carlos Alberto Matheus López

emitido fuera del plazo pactado), cuando el plazo para laudar fue originalmente establecido -a falta de acuerdo o reglamento arbitral aplicable- por el tribunal arbitral, pues este último siempre puede ampliar el plazo que estableció para laudar, incluso si estuviera vencido (*¿aurea mediocritas o inutiliter arbitet?*).

8. El convenio arbitral

El artículo 13⁽²⁶⁾ del DLA refuerza⁽²⁷⁾ el carácter antiformalista del convenio arbitral, al establecer claramente el carácter *ad probationem* de la exigencia de su forma escrita, acorde al contexto de los nuevos medios de comunicación. Lo cual queda evidenciado al entender «que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta» (artículo 13, inciso 4, DLA).

En el DLA, los requisitos formales del convenio arbitral ceden frente a la voluntad de las partes o, lo que es lo mismo, éstos se aligeran a causa del principio de favor negotii asumido por aquel. En tal sentido, se considera «que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de

escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra» (artículo 13, inciso 5, DLA).

De otro lado, en lo relativo a los tipos de formalización del convenio arbitral, no existe una concepción modal unívoca en nuestro DLA, pudiéndose más bien observar -principalmente- las siguientes modalidades:

- a) Convenio arbitral adhesivo. Es aquel que viene formalizado como cláusula -general de contratación o no- incorporada a un contrato de adhesión⁽²⁸⁾.
- b) Convenio arbitral unidocumental. Es aquel formalizado en un único documento, sea como acuerdo independiente o como cláusula incorporada a un contrato principal⁽²⁹⁾.

(26) El cual nos señala que «1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano» (las negritas son nuestras).

(27) Decimos que refuerza, pues ya la anterior LGA apostaba por el antiformalismo del convenio arbitral, como también por el de la laxitud de su forma escrita, en el contexto de los nuevos medios de comunicación (véase MATHEUS, Carlos. *Introducción*. *Op. cit.*; p. 35).

(28) Modalidad regulada por el artículo 15, inciso 1, DLA, cuyo tenor nos señala que «[e]n el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria».

(29) Recogido en el primer párrafo del artículo 13, inciso 2, DLA al señalar éste que el convenio arbitral «[p]odrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente».

- c) Convenio arbitral por referencia. Es aquel que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporado al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo⁽³⁰⁾.

Finalmente, el artículo 14 del DLA establece un ámbito de aplicación subjetivo del convenio arbitral más amplio que el recogido por la previa LGA⁽³¹⁾, al precisarnos que éste «se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado» y «a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». Lo cual abre además una interesante puerta a la figura de la intervención de terceros en el arbitraje, como también a aquella del litisconsorcio.

9. El número de árbitros

Para ser árbitro el DLA -artículos 19⁽³²⁾ y 20⁽³³⁾ requiere, en modo positivo, que el sujeto sea una persona física y en número fijado por las partes siempre en caso de órgano arbitral colegiado.

Sin embargo, a diferencia de la anterior LGA⁽³⁴⁾, el DLA no exige preceptivamente la imparidad -sino facultativamente-, lo cual puede generar graves problemas operativos en la deliberación y decisión del tribunal arbitral⁽³⁵⁾. Hubiese sido deseable que el DLA opte por la fórmula íntegra del artículo 12 de la LAE, el cual nos señala que «Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar».

10. La capacidad del árbitro

EL DLA asocia la figura del *árbitro inhabilis* al régimen de incompatibilidades que surjan de las normas respectivas a las que pueda estar sometido el árbitro en el ejercicio de su oficio público (artículo 21 DLA)⁽³⁶⁾. Optándose así por un criterio de remisión y de carácter abierto, distinto al del viejo artículo 26 LGA que asumía una regulación directa y de carácter cerrado⁽³⁷⁾.

- (30) Recogido en el primer párrafo del artículo 13, inciso 6, DLA al señalar éste que «[l]a referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato». Si bien, como es de sobra conocido, esta modalidad ya venía recogida -para el arbitraje internacional- por el artículo 98, último párrafo, de la LGA.
- (31) Recordemos que el artículo 9 de la LGA nos señalaba que «el convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral» (las negritas son nuestras).
- (32) El cual nos señala que «[l]as partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros» (las negritas son nuestras).
- (33) El cual nos señala que «[p]ueden ser árbitros las personas naturales...» (las negritas son nuestras).
- (34) Como lo hacía -para el arbitraje nacional- el artículo 24 LGA, si bien el artículo 101 LGA -para el arbitraje internacional- tenía una fórmula similar al del actual artículo 19 DLA.
- (35) Pues la racionalidad y operatividad del arbitraje exigen que el número de árbitros sea impar. Asimismo, el artículo 19 DLA establece residualmente la composición trina, esto es, sólo opera a falta de acuerdo o en caso de duda.
- (36) En tal forma, el artículo 21 DLA nos señala que «[t]ienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas» (las negritas son nuestras).
- (37) En tal forma, el artículo 26 de la LGA nos señalaba que «[t]ienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo: 1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos. 2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional. 3. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados. 4. Los ex-Magistrados en las causas que han conocido. 5. El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República» (las negritas son nuestras).

Carlos Alberto Matheus López

11. El árbitro de derecho

Asimismo, el artículo 22⁽³⁸⁾ DLA permite en el arbitraje de derecho -y nacional- que las partes puedan designar a un no abogado, a diferencia de la anterior LGA, la cual exigía ineludiblemente tal condición⁽³⁹⁾. En tanto, en el arbitraje internacional –curiosamente⁽⁴⁰⁾- no viene requerida tal exigencia para ser árbitro «en ningún caso». Además, nos señala el DLA, de forma adecuada, que cuando venga exigida la condición de abogado «no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera».

12. Designación del árbitro

En el caso de que los árbitros designados de parte o la institución arbitral o el tercero a quien se hubiese encargado no lleven a cabo la nominación del tercer árbitro, procede

residualmente el recurso a lo que podemos denominar como designación cameral⁽⁴¹⁾ (que sustituye a la vieja designación judicial de la LGA), la cual importa un procedimiento llevado a cabo por una Cámara de Comercio -del lugar del arbitraje o del de celebración del convenio arbitral-, destinado a satisfacer una petición fundada en la falta de acuerdo en cuanto a la designación de los árbitros⁽⁴²⁾. Asimismo, la Cámara de Comercio encargada de la designación deberá tomar en cuenta las cualidades requeridas por las partes, como la conveniencia de que el tercer árbitro tenga una nacionalidad distinta a la de estas⁽⁴³⁾.

Por otra parte, el artículo 23, inciso c, del DLA, regula -por primera vez- el tema de la designación de árbitros en el caso de arbitraje

(38) El cual nos señala que «[e]n el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario...», siendo por tanto «facultativo».

(39) Recordemos que el artículo 25 de la LGA nos prescribía que «[e]l nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados», siendo por tanto «imperativo».

(40) Pues como bien señalan algunos, aludiendo a la LAE, «no acertamos a vislumbrar el motivo por el cual se exige esa particular cualificación de los árbitros únicamente en los arbitrajes, internos; esto es, no acertamos a vislumbrar la necesidad de una distinción entre ambos tipos de arbitrajes en este contexto, máxime cuando dicha distinción no siempre resulta tan sencilla. Además, si la misma Ley de Arbitraje pretende caracterizarse por seguir una regulación monista de la materia, hubiera sido deseable reservar el recurso a esa difícil distinción para los supuestos estrictamente necesarios» (GÓMEZ JENÉ, Miguel. *El Arbitraje Internacional en la Nueva Ley de Arbitraje*. En: *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Número 1. Madrid: 2004. p. 1787.

(41) Sobre esta particular opción ya nos hemos manifestado anteriormente (ver «Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje» en *Legal Express*. Número 67. Lima: Gaceta Jurídica, 2006).

(42) Con tal parecer, el artículo 23, incisos d y e, y 24 del DLA nos señalan, respectivamente, que «[s]i en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana (...) En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje» y que «Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23º».

(43) Con tal parecer el artículo 25, inciso 5 y 7, del DLA nos señala que «[l]a Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad (...) En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes».

multiparte. En tal forma, nos señala que los demandantes deberán designar a un árbitro, como también los demandados, y si éstos o aquellos no se ponen de acuerdo en la designación, entonces -acorde al artículo 23, inciso d⁽⁴⁴⁾, del DLA- será hecha por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del de celebración del convenio arbitral. Observándose así que el DLA opta por dejar en manos de las Cámaras de Comercio la designación -residual- de todos los árbitros.

13. Renuncia y remoción del árbitro

El artículo 30 del DLA⁽⁴⁵⁾ regula los supuestos en que es posible la renuncia del árbitro, el cual procede por voluntad propia a su remoción del proceso arbitral. Estos casos aluden a las figuras, antes vistas, de *árbitro inhabilis* y *árbitro suspectus* (impedido de derecho), así como también recogen los supuestos de *árbitro impeditus*⁽⁴⁶⁾ (impedido de hecho), esto es, aquel que por causas de hecho o de derecho se encuentra impedido de ejercer sus funciones como árbitro⁽⁴⁷⁾.

Asimismo, en los casos antes vistos, si las partes lo acuerdan pueden remover al árbitro del proceso, el cual por virtud de esta voluntad cesará en su cargo (artículo 30, inciso 1, DLA), facultad plenamente coherente con la autonomía de voluntad de las partes, la cual no existía en la anterior LGA.

14. Competencia de la competencia

El artículo 41 DLA señala -peligrosa e impropia⁽⁴⁸⁾- que el «tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia», acercándose así a la noción de *kompetenz-kompetenz* de la terminología jurídica alemana⁽⁴⁹⁾, pero alejándose de la noción globalmente aceptada del principio de competencia de la competencia. Según la

- (44) El cual nos señala que «[s]i en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».
- (45) El cual nos señala que «[c]uando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción». Ahora bien, a efectos de no llegar a partir del artículo 30 DLA a la conclusión absurda de que el árbitro no pueda renunciar al arbitraje, este artículo debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 29 DLA el cual alude expresamente a la facultad de renuncia del árbitro, así en su inciso 2, literal c, en el inciso 3 y en el inciso 5. Asimismo, resulta importante observar que el tenor del artículo 30, inciso 1, DLA repite aquel del artículo 19, inciso 1, de la LAE, pero mutilando -lamentablemente- el extremo relativo a la renuncia del árbitro. Pues, el artículo 19, inciso 1, aludido nos señala que «Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción».
- (46) Figura la cual sigue -en lo fundamental- la fórmula del artículo 14 inciso 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el cual nos señala que «Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción».
- (47) Para una mejor comprensión del tema véase LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. pp. 182 y 183.
- (48) Hubiese sido preferible mantener el tenor de los artículos 39 -arbitraje nacional- y 106 -arbitraje internacional- de la anterior LGA, el cual nos señalaba que los árbitros están facultados «para decidir acerca de su propia competencia(...)», tenor que a su vez es similar al del artículo 22, inciso 1, de la LAE, el cual también hubiese sido preferible al empleado por el artículo 41, inciso 1, del DLA.
- (49) Deviene necesario precisar que, si bien existe la costumbre de describir el principio por el cual los árbitros tienen competencia para conocer de su propia competencia bajo los términos alemanes de *Kompetenz-Kompetenz*. Sin embargo, no se define nunca la fuente de la expresión, mencionándose tal sólo alegremente ésta. Tal situación no es muy feliz dado que en la terminología jurídica alemana la expresión posee un sentido diferente del que se maneja en la literatura internacional, implicando el principio de *Kompetenz-Kompetenz* que los árbitros tienen el poder de juzgar en última instancia, y sin control judicial ninguno, su competencia (con similar parecer FOUCHARD, Philippe; Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996. p. 215.

Carlos Alberto Matheus López

cual, éste principio permite evitar que una parte, limitándose a invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del arbitraje, al otorgar a los árbitros el poder de decidir «primero» sobre su propia competencia, si bien su decisión será aún pasible de ser sometida al control de los jueces estatales, particularmente⁽⁵⁰⁾, con motivo del recurso de anulación (artículo 63 DLA).

15. La tutela cautelar arbitral

El DLA distingue los momentos en que deben ser solicitadas las medidas cautelares, según se insten iniciado ya el arbitraje o con anterioridad a este momento. En tales supuestos se requerirá del auxilio del órgano jurisdiccional, bien para el dictado y/o ejecución de la medida cautelar.

En tal forma, podemos observar que la intervención judicial en materia cautelar arbitral, se presenta en los siguientes supuestos:

15.1. Tutela cautelar *ante causam arbitratum*

La solicitud de la medida cautelar con anterioridad al inicio del arbitraje se plantea ante el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, ante el juez especializado en lo civil,

del lugar donde la medida deba ser ejecutada o bien aquel donde deba producir su eficacia⁽⁵¹⁾. Asimismo, fija el requisito temporal de diez días en orden a proceder al inicio del arbitraje⁽⁵²⁾.

Adicionalmente, al determinar como plazo de caducidad de la medida los noventa días posteriores a su dictado⁽⁵³⁾, se establece un régimen temporal de permanencia de la medida cautelar adoptada *ante causam* más beneficioso que aquel judicial en el que el plazo inexorable de los diez días puede ser determinante.

15.2. Tutela cautelar *intra causam arbitratum*

La solicitud de una medida cautelar encontrándose pendiente el arbitraje se lleva a cabo frente al órgano arbitral, el cual -a solicitud de parte⁽⁵⁴⁾- adoptará la medida más adecuada para asegurar la eficacia futura del laudo arbitral a pronunciarse, requiriendo para su ejecución el auxilio de la jurisdicción estática⁽⁵⁵⁾.

-
- (50) Decimos ello pues, con motivo de la excepción de convenio arbitral planteada al interior de un proceso judicial, resulta posible un control *prima facie*, por parte del órgano jurisdiccional, de la existencia y validez del convenio arbitral (artículo 16, incisos 3 y 4, DLA), implicando consecuentemente también un control la competencia de los árbitros.
- (51) En este sentido, el artículo 8, inciso 2, del DLA nos señala que «[p]ara la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable».
- (52) Con tal parecer, el artículo 47, inciso 4, del DLA nos prescribe que «[e]jecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad».
- (53) En este sentido, el artículo 47, inciso 4, del DLA nos señala que «[s]i no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho».
- (54) Cabe precisar que si el proceso arbitral -vía reglamento (arbitraje institucional) o reglas pactadas (arbitraje *ad hoc*)- adopta el modelo de alegaciones simultáneas, entonces cualquiera de ambas partes estará legitimada para solicitar una medida cautelar (con similar parecer MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje tras la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española*. En: *Anuario de Justicia Alternativa*. Número 2. Barcelona: 2001. p. 15.
- (55) En tal forma, el artículo 48 DLA nos prescribe que «[e]l tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública (...) En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna». Debemos señalar que si bien este artículo faculta a los árbitros a ejecutar las propias medidas cautelares que dicten. Sin embargo, el carácter de jurisdiccionalidad del proceso cautelar, aunado a la necesaria concurrencia de la «auctoritas» judicial,

De otro lado, el DLA establece que la tutela cautelar *intra causam*, en su cauce adjetivo, se rige -como regla general- por el principio de *audita altera pars*, es decir, el tribunal arbitral «antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte»⁽⁵⁶⁾. Si bien, se podrá optar por el principio opuesto -inaudita altera pars- cuando el solicitante «justifique la necesidad de no hacerlo [poner en conocimiento a la otra parte] para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre»⁽⁵⁷⁾.

Por otra parte, resulta evidente la particular influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en materia cautelar, pues el artículo 47, inciso 2, DLA ha tomado íntegramente el texto del artículo 17, inciso 2⁽⁵⁸⁾, de la Ley Modelo de la CNUDMI con las enmiendas del 2006.

Observamos que el artículo 47, inciso 2, DLA asume -por la influencia ya descrita- dos figuras cautelares propias de la tradición anglosajona. Así, en sus incisos b («Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral») y d («Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia»), respectivamente, acoge a la Mareva Injunction y a la Anton Piller Order.

La Mareva Injunction -o Mandato de Mareva- viene nominado así por el caso Mareva Compania Naviera SA versus

International Bulkcarriers SA de 1975. Esta medida busca prevenir la disipación o el retiro de los activos del demandado, siendo requisitos axiales⁽⁵⁹⁾ para su concesión que el solicitante acredite que tiene un caso probable sólido y que existe un riesgo real de que los activos sean retirados o disipados.

La Anton Piller Order -u Orden de Anton Piller- viene nominada así por el caso Anton Piller KG versus Manufacturing Processes Limited de 1976. Esta medida, empleada -con carácter ex parte- particularmente en casos de propiedad intelectual, previene la destrucción o traslado de evidencia -o incluso obliga a contestar preguntas-. Ahora bien, si el demandado no cumple la orden queda en *Contempt of Court* -desacato a la Corte-, lo que genera una sanción patrimonial y/o de prisión. Por otra parte, los requisitos para la concesión de esta orden son (1) que el solicitante tenga *prima facie* un caso probable sólido, (2) que el daño potencial o actual para éste sea muy serio y (3) que exista clara evidencia de que el demandado tiene en su poder documentos o elementos relevantes, así como la posibilidad real de que puedan ser destruidos antes de que una petición judicial *inter partes* se lleve a cabo.

y al hecho de que los árbitros no son sino sujetos privados, cuyo poder nace de la autonomía de voluntad de otros como ellos -las partes-, nos hace negar la pertinencia técnica y operatividad práctica de tal facultad.

- (56) Principio el cual resulta en general- acorde al garantismo arbitral contenido en el DLA y, en particular, al respeto de la garantía de contradicción.
- (57) Este tenor resulta similar, por ejemplo, al del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española -Ley 1/2000, de 7 de enero-, el cual nos señala que «1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites...».
- (58) El cual nos señala que «[p]or medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba».
- (59) Evidentemente, tanto en esta medida como en aquella de Anton Piller, los requisitos pueden variar de un país a otro, dentro la tradición anglosajona (así, los requisitos de la Anton Piller Order en Canada pueden no ser exactamente los mismos que en Inglaterra -cuya Corte Apelación adiciona a los tres requisitos antes vistos aquel de que la medida sólo procede cuando ésta no genere un verdadero daño al demandado o a su caso-).

Carlos Alberto Matheus López

Finalmente, se observa en el DLA una deficiente regulación de los presupuestos para la concesión de una medida cautelar, pues sólo se regula aquel de la contracautela (artículo 47, inciso 1, DLA). Por ello, hubiese sido útil incorporar también el modelo del artículo 17A de la LMA, el cual regula a los presupuestos faltantes de peligro en la demora (*periculum in mora*) y apariencia de derecho (*fumus bonis iuris*), al señalarnos que «[e]l solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal».

16. El laudo arbitral

A diferencia de la LGA que reconocía sólo al laudo final, el DLA reconoce en su artículo 54, salvo acuerdo distinto de las partes, dos tipos de laudos: el parcial y el definitivo⁽⁶⁰⁾. En tal forma, el tribunal arbitral puede decidir la controversia «en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios», los cuales pueden versar sobre una parte del fondo de la controversia o sobre otros temas, como la competencia de los árbitros o las medidas cautelares⁽⁶¹⁾. Por ejemplo, se podría decidir primero si existe responsabilidad extracontractual del demandado, y sólo después decidir, de ser el caso, el monto indemnizatorio. Asimismo, el laudo parcial es, para todo efecto resolutorio, un laudo definitivo, el cual al adquirir firmeza resultará invariable (artículo 59, inciso 2, DLA).

Respecto a la forma del laudo, el DLA acoge un cánón antiformalista, al asumir el carácter *ad probationem* de la exigencia de su forma escrita, acorde al contexto de los nuevos medios de comunicación. Lo cual queda evidenciado

por su artículo 55, inciso 2, el cual nos señala que «se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

Finalmente, el DLA acoge una nueva modalidad de saneamiento del laudo, por la cual «cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje», recogiendo además figuras ya reguladas por la LGA, nominadas ahora rectificación, interpretación e integración (artículo 58 DLA).

17. Conservación del expediente arbitral

El artículo 61 del DLA -siguiendo al artículo 38, inciso 3, de la LAE⁽⁶²⁾- establece el plazo subsidiario de tres meses, desde la culminación de las actuaciones arbitrales, para el cese de la obligación del tribunal arbitral de conservar el expediente de arbitraje. Asimismo, en este lapso las partes pueden solicitar la devolución de los documentos presentados o bien la remisión del expediente a una institución arbitral o cámara de comercio, para efectos de su custodia.

18. Los recursos

El DLA regula al recurso de reconsideración, ahora pasible de ser planteado a iniciativa de parte o *ex officio* (artículo 49 DLA), y al recurso

(60) Con lo cual podemos afirmar que el DLA reconoce dos tipos de resoluciones arbitrales: los laudos (parcial o definitivo) y las resoluciones distintas del laudo.

(61) Tal criterio viene recogido además por la Exposición de Motivos de la LAE.

(62) El cual señala que «Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su caso».

de anulación, eliminando así el inoperativo recurso de apelación establecido por la LGA.

Ahora respecto al recurso de anulación se presenta la novedad de que pueden ser objeto de éste, tanto el laudo parcial como definitivo, pues el artículo 62, inciso 1, DLA nos señala que «[c]ontra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación»⁽⁶³⁾. Asimismo, ello generará interesantes alcances vinculados a las consecuencias de la anulación cuando existan varios laudos al interior del mismo arbitraje.

Por otra parte, de ser anulado el laudo -parcial o totalmente- procede plantear el recurso de casación, el cual, a diferencia de la vieja LGA, viene precisado en su finalidad por la Segunda Disposición Modificatoria del DLA, la cual nos señala que «En los casos previstos en la Ley

General de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral».

19. La ejecución del laudo

Si bien el DLA alude tanto a «ejecución arbitral» (artículo 67) como judicial (artículo 68) del laudo, consideramos, por las mismas razones antes expuestas en materia cautelar, que la ejecución del laudo -técnicamente- posee un carácter sólo judicial, y ello sin entrar al análisis de la responsabilidad⁽⁶⁴⁾ que generaría, para los árbitros, la denominada «ejecución arbitral». Es más, el propio artículo 68, inciso 1, del DLA nos insinúa tal único camino al señalar que el interesado «podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las [frustradas] actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral».

(63) A diferencia del artículo 40 de la LAE, el cual al prescribir que «[c]ontra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título», restringe el recurso de anulación sólo a este tipo de laudo.

(64) La cual indirectamente viene recordada por el propio artículo 67, inciso 2, DLA, al señalar que «[s]e exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».