



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA CONCESIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE PERUANO

Luis Martínez-Cardoza

Piura, noviembre de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Martínez, L. (2016). *Vulneración a la Tutela Judicial Efectiva en la concesión de medidas cautelares en el arbitraje peruano* (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

**LUIS RODOLFO MARTÍNEZ CARDOZA**

**VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA  
CONCESIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL  
ARBITRAJE PERUANO**



**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Tesis para optar el Título de Abogado**

**2016**

## **APROBACIÓN**

La tesis titulada “*Vulneración a la Tutela Judicial Efectiva en la concesión de medidas cautelares en el arbitraje peruano*”, presentada por Luis Rodolfo Martínez Cardoza en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.

---

Directora de Tesis

## **DEDICATORIA**

A Dios, al Señor Cautivo de Ayabaca, por guiar mi camino, a mis padres por sus enseñanzas y por el apoyo incondicional durante todos estos años.



## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento a mi asesora, Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal, por su paciencia, por el tiempo brindado, y sobre todo por compartir sus conocimientos en aras de lograr la culminación del presente trabajo.



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPITULO I: EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS</b> .....	3
1.1. Definición de arbitraje .....	3
1.2. La naturaleza jurídica del arbitraje.....	7
1.2.1. Teoría contractualista o privatista .....	7
1.2.2. Teoría jurisdiccional o procesal .....	10
1.2.3. Teoría mixta o ecléctica .....	13
1.2.4. Posición personal .....	16
1.3. La controvertida naturaleza jurisdiccional del arbitraje.....	17
1.4. Marco legal del arbitraje en el Perú .....	22
1.5. Características del arbitraje .....	24
1.6. Derechos arbitrables.....	25
1.7. Nombramiento e instalación del tribunal arbitral .....	29
1.8. Convenio arbitral.....	31
1.8.1. Naturaleza del convenio arbitral .....	32
<b>CAPITULO II: MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</b> .....	35
2.1. Derecho a la tutela judicial efectiva.....	35
2.1.1. La tutela judicial efectiva según la doctrina.....	35
2.1.2. La tutela judicial efectiva según el Tribunal Constitucional peruano.....	38
2.2. La tutela cautelar y la tutela judicial efectiva .....	39
2.2.1. Tutela cautelar exclusiva de los árbitros .....	40
2.3. Presupuestos para el otorgamiento de medidas cautelares.....	43

2.3.1. Verosimilitud de fundabilidad de la pretensión .....	43
2.3.2. Peligro en la demora .....	45
2.3.3. La adecuación .....	47
2.4. Características de las medidas cautelares .....	48
2.4.1. Instrumentalidad .....	48
2.4.2. Provisoriedad .....	49
2.4.3. Variabilidad .....	51
2.4.4. Prejuzgamiento .....	52
2.5. Críticas en torno al prejuzgamiento en las medidas cautelares .....	53

**CAPITULO III: COMPETENCIA DE LOS ARBITROS Y LA  
VULNERACION A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....**

3.1. La competencia arbitral .....	61
3.2. Arbitraje de un derecho no pactado en el convenio arbitral .....	63
3.3. Cuestionamiento a la competencia arbitral.....	65
3.4. Principio kompetenz kompetenz .....	67
3.4.1. Manifestaciones del principio kompetenz kompetenz.....	69
3.5. La medida cautelar concedida por un tribunal arbitral incompetente ¿vulnera la tutela judicial efectiva?.....	72

**CONCLUSIONES.....**

**BIBLIOGRAFIA.....**

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias ha cobrado real importancia en diversos sectores y ámbitos del derecho en los últimos años, y en el que no es ajeno recurrir a medidas cautelares, para asegurar la efectividad de lo resuelto por el árbitro en el laudo final.

Siendo así, en el presente trabajo partiendo de la relación que existe entre una medida cautelar y el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, se quiere demostrar que en el arbitraje es posible la vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva de alguna de las partes intervinientes, cuando la medida cautelar es concedida por un árbitro o Tribunal arbitral que no resulta ser competente para conocer la controversia.

La estructura de esta investigación está dividida en tres capítulos: En el primer capítulo, se define y explica la utilidad del arbitraje, posteriormente se hace mención a las diversas teorías que existen sobre su naturaleza. Una vez que se tiene clara la concepción de arbitraje, se sostiene a partir de una explicación breve de los poderes y características de la función jurisdiccional, que el arbitraje no es una verdadera jurisdicción.

Asimismo, se hace mención a la regulación legal del arbitraje en el Perú, dado que el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje, marca la pauta para analizar y desarrollar en el caso peruano, sus características, los criterios para determinar la arbitrabilidad de un derecho, el nombramiento e instalación de un Tribunal arbitral, así como el concepto y los alcances del convenio arbitral.

En el segundo capítulo, se estudia la relación que existe entre el Derecho fundamental a la Tutela judicial efectiva y la medida cautelar, siendo ésta un instrumento para asegurar la efectividad del laudo final. En razón a ello, se analizan los presupuestos y características de la medida cautelar en el arbitraje, dado que desde el momento de la constitución del Tribunal arbitral, el árbitro será quien ostente la facultad exclusiva para conocer la solicitud cautelar.

En el tercer capítulo, se realiza un estudio general de la competencia arbitral, poniendo especial énfasis en el análisis de las manifestaciones del principio *Kompetenz kompetenz*, puesto que teniendo en cuenta lo desarrollado en los capítulos anteriores, se tiene como objetivo, demostrar que el pronunciamiento a un cuestionamiento arbitral debe realizarse en un momento y en plazo razonable, toda vez que se corre el riesgo que la medida cautelar devenga en ineficaz por haber sido dictada por un árbitro o Tribunal incompetente, vulnerándose así el Derecho a la Tutela judicial efectiva.

Para la elaboración del presente trabajo, se ha revisado diversas fuentes bibliográficas que realizan un estudio sobre las cuestiones generales del arbitraje, de igual forma, se ha recurrido a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, para explicar la noción del Derecho a la Tutela judicial efectiva, y además, es importante señalar que a lo largo del desarrollo de la investigación se ha hecho mención a diversas disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje peruano, con la finalidad de realizar un análisis del diseño del procedimiento arbitral peruano, y así fundamentar las críticas correspondientes para los fines de presente estudio.

Finalmente, hay que señalar que ante los escasos estudios sobre el Derecho a la Tutela judicial efectiva en el arbitraje, se ha tenido que recurrir a la doctrina procesal civil, en la que sí se ha encontrado estudios de las medidas cautelares y su relación con el Derecho en mención, siendo dichas fuentes bibliográficas de suma importancia para el desarrollo del presente trabajo, puesto que existen muchas semejanzas en el tratamiento cautelar en una y otra vía.

# **CAPITULO I: EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

## **1.1. Definición de arbitraje**

Comprender la noción de arbitraje es esencial para desarrollar la presente investigación, es el punto de partida de éste trabajo. Se ha escrito mucho sobre el arbitraje y hay infinidad de definiciones sobre la materia, mi propósito es partir de estas definiciones para ayudar a esclarecer dos puntos, el primero de ellos es aclarar el significado de arbitraje y en segundo lugar exponer cual es su utilidad.

El término arbitraje viene del latín “arbitrale” que a su vez deriva de la voz “arbitel” que significa “el que asume el papel de juez entre las partes”, es decir, arbitraje, etimológicamente hablando, significa,<sup>1</sup> “el ejercicio de la facultad que ha recibido el árbitro para resolver un conflicto de intereses, esto es, para la composición de una litis”.

“El arbitraje es una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediante convenio, resuelve con base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia

---

<sup>1</sup> Vidal Ramírez, F. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta jurídica, primera edición, 2003, p. 21.

susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia”<sup>2</sup>.

Cuando se habla de métodos autocompositivos, se refiere a los mecanismos mediante los cuales las partes ante el surgimiento de un conflicto o discrepancia buscan resolver pacíficamente ellas mismas sus controversias. En este método puede intervenir un tercero pero sólo en calidad de negociador o facilitador del diálogo, pero jamás como juzgador. A diferencia del método heterocompositivo, en el que es imprescindible la participación de un tercero neutral e imparcial que se encarga de dirimir el conflicto de intereses que aqueja a las partes. Son las partes, que dicho sea de paso pueden ser personas naturales o jurídicas, quienes difieren su solución a un tercero llamado árbitro, para que sea éste quien se encargue de resolver la controversia.

En palabras de Díez Picazo, “el arbitraje, es aquella institución consistente en que dos o más personas pacten entre sí que un tercero resuelva un litigio ya surgido o que pueda surgir entre ellas, excluyendo que los tribunales conozcan del mismo”<sup>3</sup>. En otras palabras, es un método extrajudicial de resolución de disputas entre particulares, así lo señala el autor cuando hace referencia a la exclusión de los tribunales, es decir a aquellos órganos encargados de administrar justicia y que forman parte de la estructura del Poder Judicial.

Por otro lado, el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos, esto significa que cuando surge una discrepancia entre particulares sobre algún derecho disponible, las partes tienen más de una alternativa para encontrar una solución a su conflicto, y una de éstas alternativas es el arbitraje, una opción distinta a la justicia ordinaria ejercida por el Estado a través de los órganos del Poder Judicial, en este caso no son jueces los que se encargan de administrar justicia, son particulares llamados árbitros quienes juzgarán y emitirán una decisión llamado laudo que pone fin a la controversia. Sin embargo, se debe dejar en claro que el arbitraje no tiene como finalidad reemplazar o sustituir la justicia ordinaria como piensan algunos, sino todo lo contrario es una

---

<sup>2</sup> Montero Aroca, J; Ortells Ramos, M; Gómez Colomer, J. *Derecho jurisdiccional*, vol. II. Barcelona: Bosch, 1995, p. 843. cit. por: Matheus López, C. *Introducción al derecho de arbitraje peruano*, Bogotá: Universitas, 2003, p. 150.

<sup>3</sup> Díez Picazo, I. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 2000, p. 574.

alternativa que escogen las partes que no desean acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos hoy en día utilizado con mucha frecuencia, principalmente, para solucionar las disputas que surjan entre particulares, entre Estados <sup>4</sup>, entre Estados e inversionistas que pueden ser nacionales o extranjeros, en contrataciones públicas, en servicios públicos regulados, etc, en todas aquellas disputas surgidas primordialmente en el marco de grandes operaciones y donde la resolución de dicha controversia tiene importantes repercusiones, tanto económicas como a nivel social.

Es así que la figura del arbitraje “es un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión” <sup>5</sup>.

“El arbitraje es una institución, porque en él confluyen un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva, la solución de un conflicto. Estas actividades son las siguientes: el convenio arbitral, que vincula a las partes al arbitraje y despliega una eficacia típica, en especial, la exclusión del conocimiento de los órganos jurisdiccionales; el contrato de dación y recepción del arbitraje, a través del cual las mismas partes confieren a los árbitros “jurisdicción” para resolver la cuestión litigiosa; y el procedimiento arbitral, que concluye con el laudo al que se dota por la Ley, como veíamos, de eficacia de cosa juzgada y ejecutiva” <sup>6</sup>.

Es común leer y escuchar que el desarrollo, crecimiento, difusión y masificación del arbitraje se debe principalmente a la crisis del Poder Judicial, sin embargo, está razón parece ser poco razonada y apresurada, ya que al afirmar aquello el mensaje que se da es que la importancia del arbitraje radica en que acudimos a él porque no existe otra forma de

---

<sup>4</sup> Las disputas que surjan entre Estados, sólo pueden ser arbitrables siempre y cuando no se ponga en juego su soberanía estatal.

<sup>5</sup> Cantuarias Salaverry, F; Aramburú Yzaga, M. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Cultural Cuzco S.A editores, 1994, p. 39.

<sup>6</sup> Guasp Delgado, J. *El arbitraje en Derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch, 1956. cit. por: Córdón Moreno, F. *El arbitraje de Derecho privado*. Navarra: Thomson Civitas, 2005, p. 32.

solucionar conflictos, negándole importancia no sólo al arbitraje sino también a otros medios alternativos para solucionar conflictos como es la mediación, la negociación, la conciliación. Es mezquino pensar que al arbitraje como dice Caivano<sup>7</sup> es una suerte de mal necesario, pensar que es el mal menor, o “menos malo” que la justicia, es restarle importancia y minimizar su verdadero alcance, no debe entenderse como una salida a la crisis judicial, sino que debe verse como una alternativa real de solucionar controversias aún cuando la justicia estatal funcione, se desarrolle adecuada y eficazmente.

Además, es contradictorio pensar que el auge del arbitraje se debe exclusivamente a la crisis judicial, porque si esto fuera así, es muy probable que también el arbitraje entre en la misma crisis, ya que la institución arbitral necesita del apoyo de los órganos jurisdiccionales, por ejemplo cuando se tiene que ejecutar un laudo; entonces, siguiendo con el ejemplo, si el órgano jurisdiccional por la sobrecarga o por la poca eficiencia se demora en exceso para ejecutar el laudo, en consecuencia se estaría hablando también de la poca eficacia de la institución arbitral, y como se sabe esto no es así, si fuera así se diría que la crisis arbitral se ha visto contagiada por la crisis judicial, sin embargo la realidad y la práctica arbitral refleja lo contrario.

La administración de justicia y la solución de conflictos son dos de las utilidades del arbitraje, pero la institución arbitral va más allá, contribuye junto con otros medios alternativos a aliviar la excesiva carga del Poder Judicial, como dice Caivano<sup>8</sup>, “puede constituir una malla protectora de la justicia que retenga asuntos que no requieren el desgaste del sistema tribunalicio”.

En resumen, el arbitraje es un medio privado de solución de controversias, que contribuye a la labor del Estado, ya que se presenta como una forma eficaz de administrar justicia siempre respetando los derechos, garantías de las partes, y cuya finalidad es la de dar una solución eficiente al problema encomendado por los particulares.

---

<sup>7</sup> Cfr. Caivano, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ah Hoc. S.R.L, 2008. p. 40.

<sup>8</sup> *Ibíd*em, p. 25.

## **1.2. La naturaleza jurídica del arbitraje**

No existe una posición uniforme en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, es un debate que ha existido siempre, la discusión radica en dilucidar si la naturaleza del arbitraje pertenece a la concepción normativa pública o a la normativa privada. Existen diversas teorías sobre su naturaleza, la intención en este punto es explicar de manera breve tres teorías, las mismas que tienen mucho asidero en el ámbito doctrinal gracias a que sus defensores han escrito incasablemente sobre las mismas, se refiere a la teoría contractualista, a la teoría jurisdiccional y por último a la teoría mixta o ecléctica.

### **1.2.1. Teoría contractualista o privatista**

Para los defensores de la teoría contractualista o también llamada privatista, la naturaleza contractual del arbitraje se basa fundamentalmente en que esta institución nace en virtud de un acuerdo privado de voluntades, son las partes quienes de manera libre deciden que un tercero sea el encargado de resolver el conflicto de intereses que surja o que pueda surgir, es la autonomía de las partes la que juega un rol preponderante para que se de inicio y se desarrolle el arbitraje.

Al respecto, la doctora Silvia Barona Vilar, señala lo siguiente “En esta concepción el componente que enmarca jurídicamente la institución es el convenio arbitral, el contrato entre las partes, a partir del cual y por el cual, existe arbitraje. De él nace el arbitraje, y es en él donde se plasma la voluntad de sometimiento de la disputa a la institución arbitral, amén de conformar, eventualmente, su desarrollo (determinación del órgano arbitral, iniciación del arbitraje, sometimiento a una institución arbitral, reglas de procedimiento, etc)”<sup>9</sup>.

Para los contractualistas, el hecho de que las partes hayan decidido acudir a un privado para que sea el encargado de resolver sus controversias, aleja toda posibilidad que en el desarrollo arbitral se aplique el régimen de orden público; por esta razón, no es

---

<sup>9</sup> Barona Vilar, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson civitas, 2006, p. 42.

descabellada la idea de los contractualistas cuando sostienen que el árbitro no ejercita ningún acto jurisdiccional, y como consecuencia el laudo que emitan no tiene el carácter de una sentencia; sin embargo señalan que si bien no es una sentencia, nada enerva la obligatoriedad del laudo, toda vez que el carácter obligatorio radica en el acuerdo de voluntades que se mencionaba precedentemente, es decir si las partes deciden someterse al arbitraje intrínsecamente se están comprometiendo a cumplir con lo que resuelva el árbitro o los árbitros según el caso concreto.

“Para la Teoría Contractualista, también llamada privatista del arbitraje, cuyos suscriptores son mentes de primer nivel en el mundo jurídico, la respuesta al problema planteado es que no hay jurisdicción si hay contrato. En buen romance, esta teoría le niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional”<sup>10</sup>.

“Esta posición parte de afirmar que el Arbitraje es un contrato mediante el cual se somete la solución de determinadas controversias a la decisión de uno o más árbitros. Los partidarios de esta teoría le otorgan gran importancia al momento inicial del arbitraje, ya que consideran que para su existencia se requiere el acuerdo expreso de las partes y luego el consentimiento de los árbitros para aceptar el encargo”<sup>11</sup>.

Explican los defensores de la presente tesis, que el carácter contractual o convencional del arbitraje se ve reflejado en dos momentos, el primer momento se aprecia en el compromiso que asumen las partes de someterse al arbitraje, y el segundo momento se concretiza en la oferta que hacen las partes al árbitro y la aceptación del árbitro para dirimir la controversia. Y si hablan de la convencionalidad del arbitraje, niegan que los árbitros sean verdaderos jueces, no están de acuerdo en que se les catalogue como funcionarios públicos, porque ellos no administran justicia a nombre del Estado, sino por decisión de las partes.

---

<sup>10</sup> Castillo Freyre, M; Vásquez Kunze, R. *Arbitraje el juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra editores, 2006, p. 40.

<sup>11</sup> Cantuarias Salaverry, F; Aramburú Yzaga, M. *El arbitraje en... Op. cit.*, p. 43.

“Entienden que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos. Por un lado, el convenio arbitral en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto, y en ese caso la resolución de este deviene obligatoria para las partes al haber sido aceptada previamente por ellas (contrato de compromiso). Y por otro lado, está la obligación que adquiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho o en equidad (contrato de mandato)”<sup>12</sup>. Así si el vínculo entre las partes y el árbitro es de carácter contractual, no se puede equiparar el arbitraje a un proceso llevado a cabo ante el Poder Judicial, negando que el arbitraje sea un proceso en sentido estricto, pues para los seguidores de esta teoría tan solo se trata de un contrato cuyo tracto es procedimental.

Para el Doctor, Alfredo Bullard Gonzáles, destacado jurista y defensor de la naturaleza contractual, el arbitraje es una criatura contractual, apunta que no hay arbitraje sin acuerdo, además es claro al manifestar que la naturaleza contractual del arbitraje no sólo se ve reflejada en el origen de la institución, todo lo contrario contamina todo su devenir y existencia, incluyendo esos actos que solemos confundir con un juicio, pero que en realidad son meros actos de ejecución contractual<sup>13</sup>.

Los seguidores de esta teoría rechazan que sea el Estado a través de la ley quien brinde la existencia jurídica como mecanismo alternativo de solución de controversias, señalan que es errado pensar que el arbitraje revista carácter público. Así pues la premisa de que es la ley la que debe autorizar la institución arbitral para que ésta tenga efectos jurídicos es falsa.

“Esta concepción no se sostiene en la actualidad, probablemente porque los componentes *iuspublicistas* y la eficacia del laudo arbitral impiden abogar por una concepción *iusprivatista*

---

<sup>12</sup> Matheus López, C. *Compulsiva crítica entre el proceso jurisdiccional y arbitral en el sistema jurídico peruano*. En: Cantuarias Salaverry, F; De Trazegnies Granda, F; Landa Arroyo, C; Ugaz Sánchez Moreno, J. *Doctrinas magistrales nacionales*. Lima: Thomson Reuters, Tomo II, 2012, p. 272.

<sup>13</sup> Cfr. Bullard Gonzáles, A. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2013, pp. 55–57.

basada tan sólo en los elementos contractualistas. Estos últimos no alcanzan a explicar la naturaleza de la función ejercida por los árbitros, amén de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral”<sup>14</sup>.

### 1.2.2. Teoría jurisdiccional o procesal

Para empezar a explicar esta teoría, lo primero que tiene que quedar claro es la noción de jurisdicción. Etimológicamente proviene del latín *iurisdictio*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris*, “derecho”, y *dictio*, “decir”, “dictar”, que significa decir o dictar el derecho, en palabras de Roque J. Caivano “La jurisdicción en sentido estricto, consiste en el ejercicio de una función cuyo objetivo es solucionar pacíficamente los conflictos sometidos a la decisión de un órgano que tenga competencia para resolverlos”<sup>15</sup>. En segundo lugar, debemos cuestionarnos lo siguiente: ¿Quién ejerce esta jurisdicción? ¿Quién está facultado para decir el Derecho?; para Giuseppe Chiovenda, “La jurisdicción es exclusivamente una función del Estado, es decir, una función de la soberanía del Estado”<sup>16</sup>. Esto quiere decir, que es el Estado a través de sus órganos judiciales el encargado de ejercitar la potestad jurisdiccional, él es el encargado de administrar justicia.

Entonces, sostienen los defensores de esta tesis, que sí el Estado es el titular y es quien ejerce la potestad jurisdiccional, será el propio Estado el facultado de investir de función jurisdiccional a terceros, para que mediante una mecanismo alternativo como es el arbitraje ejerciten la citada función inherente a la soberanía del Estado y de ese modo puedan resolver las controversias que surjan entre las partes.

Para los jurisdiccionalistas, los árbitros son verdaderos jueces porque ejercitan la misma función que los magistrados de los tribunales del Poder judicial, y además consideran que el arbitraje es un verdadero proceso, porque el objetivo del proceso tanto en la

---

<sup>14</sup> Barona Vilar, S. *Medidas... Op. cit.*, p. 43.

<sup>15</sup> Caivano, Roque J. *Arbit...Op. cit.*, p. 92.

<sup>16</sup> Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Valletta ediciones S.R.L, 2005, p. 14.

vía ordinaria como en la arbitral es que un tercero neutral resuelva el conflicto de intereses.

En palabras de Ludovico Mortara, considerado como el mejor exponente de la teoría jurisdiccionalista, fundamenta sus puntos de vista, en varias consideraciones principales, a saber: “no es el simple nombramiento que hacen las partes el que confiere a los árbitros su poder de juzgar, ya que ellos en su condición de particulares no podrían otorgar una facultad que ellas mismas de suyo no poseen. Lo que ocurre, es que el arbitramiento existe porque la ley lo ha instituido, y ésta a su vez ha dado su autorización para que las partes, tomando un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, confiere a los árbitros por medio del compromiso, el poder que es necesario para desatar la controversia con plena autoridad”<sup>17</sup>.

Otro de los argumentos para defender esta tesis tiene que ver con la decisión de los árbitros, me estoy refiriendo al laudo arbitral, cuando las partes designan a un árbitro o unos árbitros, lo hacen para que un tercero imparcial solucione sus controversias, por lo tanto el árbitro tiene que emitir un fallo, para los seguidores de esta corriente la decisión tomada no es otra cosa que una verdadera sentencia porque goza de ejecutoriedad y reviste el carácter de cosa juzgada, dos aspectos que reflejan el poder jurisdiccional que ha sido concedido a los árbitros.<sup>18</sup> “Por lo tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirle a los árbitros del Estado, y que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional”.

“Los seguidores de esta corriente le otorgan una gran importancia a la eficacia del laudo arbitral, al que consideran una verdadera sentencia, al tener fuerza ejecutiva en sí mismo,

---

<sup>17</sup> Vargas García, F. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 1964, p. 31. cit. por: Puglianini Guerra, L. *¿Qué es el arbitraje?* En su: *Arbitraje, la relación partes – árbitros*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, 2012. p. 26.

<sup>18</sup> Chillón Medina, J; Merino Merchán, J. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial civitas S.A, segunda edición, 1991, p. 111.

independientemente de que no haya sido dictado por un juez estatal sino por un particular”<sup>19</sup>.

Me parece importante, citar lo que manifiesta Silvia Barona Vilar, sobre la denominación que recibe la presente teoría, a fin de no confundir la función que ejerce el árbitro con el mecanismo que se sirve para cumplir su rol, señala la Dra. “Se ha calificado indistintamente esta posición doctrinal de jurisdiccionalista o de procesalista. Aun cuando tienen mucho en común, debido a que la una subsiste por la otra y viceversa, debe matizarse la concepción. Cuando se asume una posición doctrinal jurisdiccionalista se pone el acento en la función ejercida por los árbitros, que no es otra que la manifestación declarativa del artículo 117.3 CE, y los efectos de la decisión que culmina la función arbitral – efectos de cosa juzgada. La concepción procesalista del arbitraje, por su parte, responde a la consideración de que el proceso arbitral es como un proceso judicial, con lo que se incide en el instrumento a través del cual se ejercita la función jurisdiccional”<sup>20</sup>.

Y por último, es necesario pronunciarse sobre el carácter de ejecutoriedad y fuerza de cosa juzgada del laudo arbitral, ya que son dos argumentos fuertes sobre los que se basa esta teoría, los críticos de esta teoría manifiestan que es errado pensar que los dos caracteres señalados son consecuencia del poder jurisdiccional que ejercen los árbitros, fundamentan su crítica en que estas dos características del laudo no pasa por el ejercicio del árbitro sino que se debe a la eficacia que de antemano le reconoce el Estado al arbitraje. No es adecuado pensar que la simple decisión de los particulares en este caso el árbitro le otorgue ejecutoriedad y calidad de cosa juzgada al laudo, si se sigue esta línea de razonamiento la decisión que tomen las partes en una conciliación le otorgaría al acta de conciliación la autoridad de cosa juzgada y como se sabe eso no es así.

---

<sup>19</sup> Romero, G. *Estudios de Legislación Procesal*. Lima: Editorial E. Rosay, Tomo IV, 1924, p. 229. cit. por: Cantuarias Salaverry, F; Aramburú Yzaga, M. *El arbitraje en...* *Op. cit.*, p. 45.

<sup>20</sup> Barona Vilar, S. *Medidas...* *Op. cit.*, p. 45.

### 1.2.3. Teoría mixta o ecléctica

Tras explicar la tesis contractualista y la jurisdiccional, corresponde hablar de la teoría que recoge argumentos y posturas de las dos anteriores para formar su propia tesis. Los seguidores de esta teoría, en lugar de negar la naturaleza contractual y jurisdiccional del arbitraje armonizan ambas posturas y concluyen que el arbitraje es una institución *sui géneris*, también hablan de una “jurisdicción convencional”, esto se debe a que ellos reconocen el origen contractual del arbitraje, pero también su desarrollo y efectos jurisdiccionales.

“El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*”<sup>21</sup>.

Cuando se abordó la tesis jurisdiccional, se mencionó que es el Estado quien inviste a ese tercero imparcial e independiente llamado árbitro para ejercer la función jurisdiccional. Pues bien, considero que el Estado concede dicha función porque reconoce que existen otros medios alternativos a la justicia ordinaria para solucionar conflictos, como es el arbitraje, si es voluntad de las partes someterse a una “justicia privada”, el Estado no puede obligar a las partes dirigir su controversia ante el Poder Judicial, ello implicaría desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de sus derechos a quienes le merezcan mayor confianza, si el Estado respeta dicha decisión de las partes, debe ser consecuente en conceder a los árbitros la función de decir el Derecho, de ejercer la función jurisdiccional de tal manera que el desarrollo del arbitraje sea útil y eficaz.

“El hecho de que los árbitros administren justicia por voluntad de los particulares, no es razón para negarle carácter público a su tarea, en tanto en última instancia están haciéndolo por

---

<sup>21</sup> Castillo Freyre, M; Vásquez Kunze, R. *Arbitraje el... Op. cit.*, p. 47.

cuenta del Estado, que tiene interés en que las disputas sean resueltas de manera pacífica”<sup>22</sup>.

El Dr. Matheus López hace un análisis de esta tesis y menciona lo siguiente “el arbitraje supone, por una parte, la misión jurisdiccional de un tercero de dirimir un litigio y, por otra parte, un acuerdo de las partes de dicho litigio por el cual dicha misión le es confiada al mismo. En definitiva, el arbitraje observaría, a la vez, una naturaleza jurisdiccional y una naturaleza contractual. La cual armoniza todos los elementos en juego, aceptando por un lado la existencia de elementos contractuales en la relación que vincula a las partes entre sí y a éstas con el árbitro, y por otro reconoce un carácter jurisdiccional no tanto en la función que desempeñan los árbitros como en la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada)”<sup>23</sup>.

De lo expuesto, a diferencia de la teoría contractualista, los seguidores de esta tesis, aceptan que es necesario el acuerdo de las partes para dar origen al arbitraje, y a la vez admiten que sin el reconocimiento estatal de la institución arbitral sería imposible que las partes y los árbitros soliciten el auxilio de un órgano jurisdiccional para procurar alguna medida de compulsión, mucho menos para ejecutar coactivamente la decisión tomada, ya que la voluntad de las partes es insuficiente para el desarrollo eficaz del arbitraje.

De lo dicho, se deduce que para la teoría mixta, la voluntad de las partes no es suficiente para regular todo lo concerniente a la institución arbitral; y esto se puede comprobar no sólo por la eficacia que le otorga la ley al laudo arbitral, sino también porque la voluntad de las partes es insuficiente para determinar que materias se llevan al arbitraje. Esto quiere decir, que la teoría contractualista no es capaz de abarcar todos los elementos que componen a la institución arbitral, sólo abarca aspectos como el convenio arbitral, designación voluntaria de árbitros, etc, pero no le puede otorgar eficacia al laudo ya que aquella función no es delegada por las partes sino por el Estado, argumento que

---

<sup>22</sup> Caivano, Roque J. *Arb... Op. cit.*, p. 92.

<sup>23</sup> Matheus López, C. *Compulsiva crítica... Op. cit.*, p. 272.

contradice a los contractualistas quienes afirman que el origen y desarrollo del arbitraje se debe exclusivamente a la voluntad de las partes.

El arbitraje forzoso es un claro ejemplo que la voluntad de las partes no es suficiente para determinar que materias se someten a arbitraje, aquí es la ley quien le indica a las partes que la controversia debe ser resuelta en vía distinta a la justicia ordinaria; como sucede en el Perú en materia de Contrataciones del Estado, en donde la ley <sup>24</sup> señala que la controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje, no quedando otra opción que acatar dicha disposición, quedando restringida la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, la tesis mixta también es crítica con la teoría jurisdiccional, ya que no es correcto decir que la función que ejercen los árbitros es jurisdiccional, sino más bien es correcto afirmar que la función de los árbitros es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes. La Dra. Marianella Ledesma señala al respecto lo siguiente “El arbitraje tiene un origen contractual pero una eficacia jurisdiccional; y la actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional sino es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, pues no tienen el poder de ejecución y están sujetos al control de la jurisdicción” <sup>25</sup>. “Es formalmente excesiva la postura procesalista o jurisdiccional, porque pretende considerar el juicio arbitral como juicio de cognición y al laudo como sentencia perfecta de declaración, olvidando, en cambio, el origen contractual del mismo” <sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Y así el art. 45 inciso 1) primer párrafo de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, dice “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.”

<sup>25</sup> Ledesma Narváez, M. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2009, p. 37.

<sup>26</sup> Chillón Medina, J; Merino Merchán, J. *Tratado de... Op. cit.*, p. 118.

#### **1.2.4. Posición personal**

De las tres teorías abordadas, me inclino por la teoría mixta porque considero que el arbitraje tiene rasgos contractuales como jurisdiccionales.

Su origen radica en la voluntad de las partes, son ellas quienes de manera libre optan por no acudir a la jurisdicción ordinaria del Estado sino que deciden recurrir a una vía alternativa para resolver su conflicto, es en ese consenso donde se refleja el carácter contractual de la institución arbitral. Pero someterse al arbitraje sería ocioso e inútil si el Estado como detentador exclusivo de la función jurisdiccional no permitiese, primero, el desarrollo arbitral y segundo, le negare eficacia a la decisión tomada por los árbitros.

Una vez que las partes deciden someterse al arbitraje, éste se va desarrollar porque el Estado así lo quiere, logrando consigo que los actos que ejerzan los árbitros estén investidos de naturaleza jurisdiccional, se le otorga la facultad al árbitro para que actúe frente a las partes como el tercero imparcial que tendrá la responsabilidad de resolver el conflicto de interés; el Estado no hace otra cosa que reconocer que ese tercero neutral al igual que el juez, está en la capacidad de administrar justicia. En conclusión, ni la teoría contractualista ni la jurisdiccional por sí solas son capaces de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, es necesario concordar ambas teorías para darnos cuenta que la institución arbitral presenta características de ambas posturas.

### 1.3. La controvertida naturaleza jurisdiccional del arbitraje

La regulación del arbitraje como jurisdicción excepcional, por parte de la Constitución peruana de 1979 <sup>27</sup>, y posteriormente en la Constitución de 1993 <sup>28</sup>, ha traído consigo el debate no sólo a nivel doctrinal, sino también a nivel jurisprudencial, sobre el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción. Es más, el debate, se acrecentó con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el famoso caso “Cantuarias Salaverry”, recaído en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, donde el máximo intérprete de la Constitución reconoce la “jurisdicción arbitral” como una jurisdicción excepcional, en contraposición a la jurisdicción ordinaria con la que cuenta el Poder Judicial.

Para empezar a tratar este punto, es esencial conocer lo que implica hablar de jurisdicción, para ello en las siguientes líneas se explicaran cuatro de las diversas acepciones que se le atribuyen a dicho término. En primer lugar, hay quienes conciben a la jurisdicción como ámbito territorial, en segundo lugar, hay de los que señalan que jurisdicción es sinónimo de competencia, en tercer lugar, es vista como un conjunto de atribuciones o poderes de las autoridades o funcionarios, y en último lugar, se concibe a la jurisdicción como el poder deber que tiene el Estado mediante los jueces para administrar justicia <sup>29</sup>.

De las acepciones mencionadas, la última es la que mejor define a la jurisdicción; el poder al que se hace referencia emana de la soberanía del Estado, que refleja la posición de supremacía del órgano jurisdiccional frente a las partes, a fin de que se cumpla lo decidido por dicho órgano. Y, además es un deber, porque el Estado a través de sus órganos tiene la obligación de actuar frente a las pretensiones solicitadas

---

<sup>27</sup> Y así el art. 233 CP 1979, dice “Son garantías de la administración de justicia, inc 1) la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar”.

<sup>28</sup> Y así el art. 139 CP 1993, dice “Son principios y derechos de la función jurisdiccional, inc 1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

<sup>29</sup> Cfr. Carrión Lugo, J. *Tratado de Derecho procesal civil I*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, primera edición, volumen I, 2004, pp. 80-81.

por las partes, a menos que exista un fundamento razonable que rechace tal pedido <sup>30</sup>.

En cuanto a las acepciones señaladas, se debe precisar que no es lo mismo hablar de función jurisdiccional y jurisdicción; ambos términos son recogidos en la Constitución pasada y en la vigente, quedando la duda si el constituyente los trata como sinónimos o no, toda vez a la fecha no se ha dado una explicación al respecto, y que pudo ofrecerla el Tribunal Constitucional en distintas oportunidades, como en el caso “Cantuarías Salaverry” y sin embargo no lo hizo.

Sin embargo, para Monroy Gálvez, hablar de función jurisdiccional o de jurisdicción es hablar de lo mismo, pero hace una precisión al respecto, menciona lo siguiente, <sup>31</sup> “(...) ambos conceptos constituyen planos de apreciación distintos del mismo fenómeno. Cuando nos referimos a la jurisdicción como poder – deber, estamos privilegiando en nuestro análisis a la persona u órgano que realiza la actividad. En cambio, cuando nos referimos a la función, estamos privilegiando la actividad realizada en ejercicio de la jurisdicción”. <sup>32</sup> Para Marianella Ledesma “la función jurisdiccional debe ser entendida como el poder – deber que tiene el Estado para otorgar tutela a los litigantes que recurren a él para hacer realidad el derecho objetivo”.

Siguiendo con el análisis, no resulta correcto asimilar la función jurisdiccional y jurisdicción como un mismo fenómeno, la función jurisdiccional como bien dice Monroy debe ser entendida desde el punto de vista de la actividad que ejerce el órgano competente, sin embargo esta actividad no se podría llevar a cabo, si éste órgano careciera de jurisdicción, entendida como el poder deber del Estado; en ese sentido, se puede apreciar que la función jurisdiccional y jurisdicción no son términos similares, pero sí complementarios, no se puede hablar de función jurisdiccional sin la preexistencia de la jurisdicción.

El Tribunal Constitucional, al parecer, le reconoce el carácter jurisdiccional al arbitraje, basándose en una simple interpretación literal del artículo 139 inciso 1) de la Constitución de 1993, considerando que el

---

<sup>30</sup> Cfr. Monroy Gálvez, J. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra editores, primera edición, 2007, pp. 402-404.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>32</sup> Ledesma Narváez. M. *Jurisdicción... Op. cit.*, p. 51.

arbitraje es una verdadera jurisdicción porque así lo señala la disposición constitucional; sin embargo, la interpretación literal no es suficiente para esclarecer la presente controversia, si el Tribunal Constitucional utilizara la misma interpretación que hizo con el artículo 139 inciso 1), con los artículos 138 de la Constitución de 1993<sup>33</sup>, y el artículo 1 del Código Procesal Civil<sup>34</sup>, empezaría a dudar si realmente el arbitraje es una jurisdicción, ya que estos dos últimos artículos no hacen más que afirmar que existe una sola jurisdicción y es la que emana del Pueblo, pero que es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos. “Esta postura del Tribunal es inexacta, pues de seguir con este pensamiento se podría llegar a afirmar que de no ser reconocido el arbitraje como jurisdicción, entonces no se podría elegir esta vía alterna de solución de conflictos. El sostener que su origen depende del reconocimiento como jurisdicción es desconocer la libertad que tienen las partes para decidir si ir o no al arbitraje”<sup>35</sup>.

Es por ello, que para quienes niegan el carácter jurisdiccional del arbitraje, se debe hacer una distinción entre ambos términos. Al respecto la Dra. Marianella Ledesma manifiesta que<sup>36</sup> “jurisdicción es entendida como sinónimo de competencia en atención a la especialización que el desarrollo de las funciones requiere. El propio mandato constitucional es claro en afirmar la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, pero no de la jurisdicción (...)”. Y para la citada autora<sup>37</sup> “la función jurisdiccional debe ser entendida como el poder – deber que tiene el Estado para otorgar tutela a los litigantes que recurren a él para hacer realidad el derecho objetivo”.

Por otro lado, doctrinalmente se han establecido cinco poderes de la función jurisdiccional que permiten dilucidar si realmente estamos

---

<sup>33</sup> Y así el art. 138 de la CP de 1993 dice “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. (...)”

<sup>34</sup> Y así el art. 1 del CPC de 1993, dice “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”.

<sup>35</sup> García Ascencios, F. “Arbitraje y jurisdicción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 176, Mayo 2013, p. 207.

<sup>36</sup> Ledesma Narváez, M. *Jurisdicción... Op. cit.*, p. 42

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 51.

frente a una jurisdicción, que son los siguientes; <sup>38</sup> “la *notio*, como el derecho de conocer determinado asunto; la *vocatio*, en virtud de la cual el Juez puede obligar a las partes a comparecer al juicio, bajo la declaración de rebeldía o del abandono; la *coertio*, por el cual el juez puede emplear la fuerza pública para hacer cumplir sus resoluciones, ya sea sobre personas (apremios) o sobre las cosas (embargo); la *judicium*, como la facultad que tiene el Juez para dictar sentencia definitiva revestida de cosa juzgada; y la *ejecutio*, que es la facultad que tiene el Juez de ejecutar su resolución”.

Ahora bien, los árbitros gozan de tres de los cinco poderes citados precedentemente. Tienen la facultad de conocer la controversia, el poder de hacer que las partes comparezcan al arbitraje, y el poder de resolver la controversia; pero carecen del poder de ejecutar forzosamente toda decisión que permita emitir la decisión final y el poder de ejecutar los laudos dictados. La falta de la *coertio* y la *ejecutio*, es un argumento fuerte para negarle el carácter jurisdiccional al arbitraje, <sup>39</sup> pues la función de la jurisdicción no se limita a declarar el derecho, sino que comprende su ejecución, junto al juzgar aparece el ejecutar lo juzgado. Por tal motivo, no es correcto considerar al arbitraje como jurisdicción, la falta de estos dos poderes le niegan el carácter jurisdiccional al arbitraje, y se corrobora cuando el árbitro o tribunal arbitral solicita apoyo de los órganos del Poder Judicial para hacer efectivas sus decisiones, ya que carece del *imperium* del Estado, es decir la facultad de usar la fuerza pública para hacer cumplir las decisiones que se negaren a ser cumplidas.

Mencionar y explicar las características de la función jurisdiccional, va permitir extraer otro argumento que le niega el carácter jurisdiccional al arbitraje. La primera característica es que goza de autonomía, quiere decir que no puede haber intervención de otro Estado en la toma de decisiones judiciales. La segunda característica es la unidad, <sup>40</sup> “la jurisdicción como potestad dimanante de la soberanía del Estado, es necesariamente única, es imposible conceptualmente que un

---

<sup>38</sup> Alsina Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar 1957, T.II, p.426. cit. por: Carrión Lugo, J. *Tratado... Op. cit.*, p. 82.

<sup>39</sup> Cfr. Montero Aroca, J. *La jurisdicción*. En: Monroy Gálvez, J. *Materiales de enseñanza de teoría del proceso*. Lima: Universidad De San Martín de Porres, 1997, tema 7. p. 23.

<sup>40</sup> Montero Aroca, J. *La jurisdicción... Op. cit.*, p. 28.

Estado tenga más de una jurisdicción”,<sup>41</sup> “no se puede alegar la existencia de una jurisdicción ordinaria y otra extraordinaria, como tampoco distinguir entre jurisdicción estatal o privada. Como tercera característica tenemos a la independencia, que consiste en la no intervención de cualquier otro poder u órganos del Estado en las decisiones judiciales, no sólo independencia frente a los demás órganos sino también frente a la sociedad”. Y, como última característica, se encuentra la exclusividad,<sup>42</sup> “que implica que el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción”,<sup>43</sup> “porque sólo el Estado a través de su clásico poder Judicial puede ejercerla y, por ello, los particulares están en la imposibilidad de practicarla”.

La segunda y última características son claves para negarle el carácter jurisdiccional al arbitraje, simplemente no hay una clasificación de jurisdicciones, no existe; la jurisdicción es una sola e indivisible, y es la que ejerce el Estado.

El Dr. Fernando Vidal Ramírez, se muestra convencido del carácter jurisdiccional del arbitraje, él señala que en primer lugar el arbitraje se inicia en la voluntad de las partes y es esta voluntad, la que da origen a una jurisdicción independiente, habla de una jurisdicción de excepción; además manifiesta que es la voluntad de las partes, la que inviste del poder de la *notio*, la *vocatio*, la *iuditio* a los árbitros y respecto a la *coertio* y la *executio* dice que los árbitros ejercen estos últimos poderes indirectamente, a menos que las partes le concedan el ejercicio de estos poderes de manera directa<sup>44</sup>. Se respeta la posición del Dr. Vidal Ramírez, pero no se comparte, por una sencilla razón, aceptar lo que señala el citado jurista, es negar el auxilio judicial que cumplen los órganos jurisdiccionales al árbitro o al Tribunal arbitral, ya que si las partes están en la capacidad de conferir los cinco poderes a los árbitros, sería inútil recurrir al Poder Judicial cuando alguna de las partes se negase a cumplir con el laudo.

---

<sup>41</sup> García Ascencios, F. *Arbitraje y... Op. cit.*, p. 206.

<sup>42</sup> Montero Aroca, J. *La jurisdicción... Op. cit.*, p. 33.

<sup>43</sup> García Ascencios, F. *Arbitraje y... Op. cit.*, p. 206.

<sup>44</sup> Cfr. Vidal Ramírez, F. “Jurisdiccionalidad del arbitraje” En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, 2006, pp. 60-61.

#### 1.4. Marco legal del arbitraje en el Perú

La institución arbitral ha sido recogida en distintos cuerpos normativos, iniciando su regulación en el Código de Santa Cruz de Procedimientos judiciales de 1836, continuando su regulación en las normas de procedimientos civiles, tales como el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el Código Civil de 1984 y el Código Procesal Civil de 1992.

Es el Decreto Ley N° 25935, la primera ley especializada en el arbitraje, promulgada el día 09 de diciembre de 1992, la misma que se encargó de unificar el arbitraje, derogando las disposiciones del régimen arbitral contenido en el Código de Procedimientos civiles de 1992 y en Código Civil de 1984, Decreto Ley al que se le recuerda principalmente por poner fin a la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, recogido en el Código Civil de 1984. Posteriormente, se deja sin efecto esta norma siendo derogada por la Ley N° 26572, entrando en vigencia el 06 de enero de 1996<sup>45</sup>, dicha ley “fue dividida en dos secciones la primera se ocupa del arbitraje nacional y la segunda sección del arbitraje internacional cuando éste se desarrolla en territorio peruano”<sup>46</sup>.

Y finalmente se dictó el Decreto Legislativo N° 1071 del 27 de junio del 2008, entrando en vigencia el 01 de septiembre del 2008, derogando a la ley N° 26572.<sup>47</sup> “A diferencia de su predecesora, la actual Ley establece un sistema monista para el arbitraje, ya que sus normas se aplican al arbitraje doméstico y al arbitraje internacional. Sin embargo, existen algunas normas aplicables exclusivamente al arbitraje internacional”.<sup>48</sup> “La actual legislación recoge las reformas que la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (CNUDMI) introdujo a la Ley Modelo Uncitral en 2006”.

---

<sup>45</sup> Cfr. Soto Coaguila, C., “Comentarios a la ley peruana de arbitraje”, En <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>, consultado el 13 de mayo de 2015.

<sup>46</sup> Osterling Parodi, F., “El arbitraje nacional e internacional en el Perú”, En <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%20Arbitraje.26%20set%2005.pdf>, consultado el 14 de mayo de 2015.

<sup>47</sup> Soto Coaguila, C., “Comentarios... *Op. cit.*”, p. 3.

<sup>48</sup> Soto Coaguila, C. *Suplemento de análisis legal – Diario oficial El peruano*. Lima: 22 de Abril 2014, p. 8.

Existen muchas de las razones por las que se emitió la actual ley de arbitraje, entre ellas tenemos que en el marco de la celebración del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y EE.UU, comúnmente denominado Tratado de Libre Comercio – TLC, el Estado peruano se ve en la imperiosa necesidad de fortalecer la creciente práctica arbitral que se desarrollaba en el medio, es así que el Poder Legislativo mediante Ley N° 29157, publicada el 20 de diciembre de 2007, delegó en el Poder Ejecutivo la potestad de legislar sobre materias vinculadas con dicho tratado, lográndose publicar el Decreto Legislativo N° 1071.

El arbitraje, es el único medio alternativo de solución de controversias regulado de manera expresa en la Constitución de 1993, tal como se puede apreciar en art. 139 inc. 1 de la C.P. Sin embargo, como se señaló en el segundo punto de éste trabajo, su regulación a nivel constitucional se da a partir de la Constitución de 1979.

Y, para finalizar, se debe hacer mención a los tratados y convenciones que forman parte del ordenamiento jurídico peruano, que regulan materia arbitral, entre los principales tenemos:

- a. “Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958. Esta Convención fue aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 24810, publicada el 25 de mayo de 1988, y vigente desde el 5 de octubre de 1988.
- b. Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975. Fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 24924, publicada el 10 de noviembre de 1988, y vigente desde el 21 de junio de 1989.
- c. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Fue aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N° 22953, de fecha 26 de marzo de 1980, ratificada el 9 de abril de 1980 y vigente desde el 14 de junio de 1980”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Soto Coaguila, C. “Comentarios... *Op. cit.*, p. 2.

## 1.5. Características del arbitraje

Vista la definición, naturaleza y regulación del arbitraje, es momento de explicar algunas de sus características.

“La voluntariedad en el acceso al arbitraje es pues una característica fundamental de esta institución, sin la cual creemos que se desnaturaliza su existencia”<sup>50</sup>. Su razón de ser radica en que las partes de manera libre deciden acudir a esta vía para solucionar sus conflictos, el arbitraje refleja el deseo de las partes de no someter su conflicto a la vía judicial ordinaria. “Es decir, el arbitraje es un procedimiento esencialmente voluntario por el cual se decide someter la controversia al conocimiento de un tercero, para que éste la resuelva, con los mismos efectos que tendría una sentencia firme dictada por un juez”<sup>51</sup>.

Es un mecanismo adversarial, puesto que existen posiciones encontradas, puntos divergentes, que propician que las partes presenten sus posiciones, prueban los hechos expuestos para que sobre esa base, el árbitro o el Tribunal arbitral decida la controversia.

La celeridad, es quizás la característica emblema del arbitraje, la mayoría de los autores hace referencia a ella, debido a que consideran que la rapidez en la resolución de conflictos ha permitido el crecimiento de la práctica arbitral en los últimos años.

La simplicidad en el procedimiento es otra de sus características, que además se encuentra relacionada con la anterior, dado que, a menos formalidades mayor rapidez en la toma de decisiones para resolver la controversia. Sin embargo, la simplicidad no debe ser una puerta abierta para la vulneración de garantías y derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.

---

<sup>50</sup> Guasp Delgado, J. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa editorial Bosch, 1956, p. 213. cit. por: Cantuarias Salaverry, F; Aramburú Yzaga, Manuel. *El arbitraje... Op. cit.*, p. 42.

<sup>51</sup> Baca Oneto, V. “Los medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)” En: *Revista Lima Arbitration*, N° 1, 2006, p. 231.

La confidencialidad, es otro de los rasgos característicos del arbitraje, implica la no exposición pública de las controversias que se puedan generar entre las partes; sin embargo, esta confidencialidad no es absoluta, existen supuestos donde no se da esta característica, como por ejemplo, en el arbitraje utilizado en contrataciones del Estado, que debido al interés general es necesario conocer el desarrollo del procedimiento arbitral.

Por último se debe nombrar a la especialización del arbitraje, como se estudiará más adelante, los árbitros se ven en la imperiosa necesidad de instruirse y especializarse en las distintas ramas del Derecho y de las otras ciencias como la Ingeniería, Economía, Contabilidad, etc, para poder dar solución a la controversia planteada.

## **1.6. Derechos arbitrables**

Antes de entrar al tema de fondo de este apartado, se debe decir, que lo pocos autores que han escrito sobre el tema, se han referido a este punto como “materias arbitrables”. Puede parecer innecesario detenerse a discutir si la denominación señalada es correcta o no, sin embargo, decir que en el arbitraje existe controversia entre “materias”, no resulta consecuente con la finalidad del arbitraje, en la cual el árbitro dirime conflictos sobre derechos y no sobre materias.

“Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión—, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta relativa a qué arbitrar y qué no”<sup>52</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se debe hacer mención que no todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, el árbitro no tiene la facultad para conocer todas las controversias que se generen en la sociedad, y una de las razones del límite de la actuación arbitral, es precisamente que no todos los derechos pueden ser sometidos a arbitraje. A continuación se señalan los criterios que existen para determinar si un derecho es arbitrable o no. En palabras de Gómez Jene, “dos han sido

---

<sup>52</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera edición, 2009, p. 41.

tradicionalmente los criterios utilizados en el Derecho comparado para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje: el criterio de libre disposición conforme a derecho, y el criterio patrimonial”<sup>53</sup>. A pesar, de la distinción de estos dos criterios, muchos autores concluyen y sostienen que hablar de derechos patrimoniales y disponibles es hacer referencia a lo mismo. De antemano, se niega tal afirmación y en las siguientes líneas se explicará el porqué de tal negación.

Para Caivano, “(...) la disponibilidad de un derecho es definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él, la cualidad que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción y de renuncia. Si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciando a él), no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho”<sup>54</sup>. Como se observa, para el jurista argentino, la disponibilidad se basa en la libertad que tiene el sujeto para decidir sobre su propio derecho, pero como se sabe, que todo derecho no es absoluto y tiene límites, es necesario saber cuál es ese límite, pues bien, éste será lo que dice la ley y la naturaleza misma del derecho. En otras palabras, un derecho será disponible hasta donde la ley y su naturaleza lo permita.

Ahora, en cuanto a los derechos patrimoniales son todos los derechos susceptibles de valoración económica, y que en su conjunto conforman el patrimonio<sup>55</sup>. “Para el criterio patrimonial, la arbitrabilidad de una determinada materia está en función de la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de esta. Podrán ser sometidas a arbitraje, para esta opinión, aquellas materias que versen sobre derechos patrimoniales, como la propiedad, la responsabilidad civil, la contratación mercantil, etc.; mientras que aquéllas que incidan sobre derechos de naturaleza

---

<sup>53</sup> Gómez Jene, M. Materias objeto de arbitraje [comentario al artículo 2]. En Ariaz Lozano, D. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 31. cit. por: Alva Navarro, E. Motivos observables de oficio por el juez revisor. En su: *La anulación del laudo*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera parte, 2011, p. 183.

<sup>54</sup> Caivano Roque, J. “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, N° 02, pp.118-119. cit. por: Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. ¿Las funciones del Ositran son materia arbitrable?. *Panorama actual del arbitraje*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, 2010, p. 282.

<sup>55</sup> Cfr. Larroumet, C. *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Colombia: Legis S.A, 2008, p. 309.

distinta quedarán irremediabilmente fuera del arbitraje, como, por ejemplo, los derechos matrimoniales, el régimen de capacidad civil, etc”<sup>56</sup>

El error de éste último criterio radica, en señalar que todo derecho patrimonial es un derecho disponible, cuando en realidad esto no es así, existen derechos patrimoniales que no son disponibles, por voluntad de la ley y por la naturaleza del derecho, como por ejemplo, *“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”*<sup>57</sup>, por consiguiente, a pesar que se está frente a un derecho susceptible de valoración económica este no se convierte automáticamente en derecho disponible.

Cabe precisar, que estos no son los únicos criterios para determinar si un derecho es arbitrable o no, también se tiene al criterio negativo y al criterio positivo. El criterio negativo, que consiste en establecer una lista taxativa y cerrada sobre los derechos que no pueden someterse al arbitraje, es un *numerus clausus* de derechos que por voluntad del legislador son inarbitrables. Ocurre todo lo contrario en el criterio positivo, donde no existe una lista cerrada de derechos, aquí la arbitrabilidad o no de un derecho dependerá de la libertad de las partes, son las partes quienes haciendo uso de su autonomía decidirán si sus derechos son llevados al arbitraje.

En este contexto, corresponde determinar cuál es el criterio utilizado en el Perú. La primera ley de arbitraje, Decreto Ley N° 25935 de 1992<sup>58</sup>, utilizaba el criterio negativo para determinar la arbitrabilidad

---

<sup>56</sup> Alva Navarro, E. *Motivos... Op. cit.*, p. 183.

<sup>57</sup> Art. 45 inciso 1) de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>58</sup> Y así el art. 2 D.L N° 25935 dice “No pueden ser objeto de arbitraje, las controversias o pretensiones sobre los asuntos siguientes: 1. Los que sean de competencia exclusiva del Poder Judicial o de la jurisdicción militar. 2. Los que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin

de los derechos, como se puede apreciar en el art. 2 del citado cuerpo legal. La ley N° 26572 de 1996 <sup>59</sup>, recogía dos criterios, el de libre disponibilidad y el criterio negativo. Actualmente, la ley vigente, deja de lado el criterio negativo recogido por su predecesora, acogiendo solamente el criterio de libre disponibilidad.

Así, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 prescribe lo siguiente:

*Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje*

*1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*

*2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlado por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.*

Para la ley vigente, “(...) la posibilidad de someter a arbitraje una controversia dependerá de la capacidad de disposición que las partes tengan sobre los derechos involucrados en el conflicto. Cuando las partes estén autorizadas por la Ley para disponer del derecho involucrado en el

---

la previa autorización judicial. 3. Aquellos sobre los que ha recaído resolución judicial firme, salvo los que surjan como consecuencia de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 4. Los que interesan a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme”. 5. Los directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

<sup>59</sup> Y así el art. 2 Ley N° 26572 dice “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, si 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.

conflicto, entonces lo estarán también para someterlo a la competencia de un árbitro; de lo contrario, esta posibilidad se mantendrá vedada a los sujetos. El término «conforme a derecho» sirve en esta construcción únicamente para reforzar la idea de que la disponibilidad o indisponibilidad de la materia deberá medirse en función a lo que dispone la Ley”<sup>60</sup>.

De lo expuesto, se puede concluir, en primer lugar, que resulta adecuado referirse a derechos y no a materias arbitrables, en segundo lugar, debe quedar claro que no todo derecho patrimonial es un derecho disponible, y en tercer lugar, que el criterio de libre disposición utilizado en el Perú, resulta ser el más adecuado, toda vez, que como se señaló al inicio de éste punto, los derechos no tienen carácter absoluto, tienen límites, en este caso, su límite será la libre disposición, la que será determinada por la naturaleza misma del derecho y/o conforme a lo que señale la ley en el caso concreto.

### **1.7. Nombramiento e instalación del tribunal arbitral**

El nombramiento e instalación del tribunal arbitral no debería conllevar complicación alguna, sin embargo, es usual que se presenten diversas circunstancias que retrasen la designación y posterior instalación del Tribunal arbitral.

Antes de analizar las diversas circunstancias que se pueden llegar a presentar, es necesario, mencionar que un conflicto de interés, puede ser resuelto por un Tribunal arbitral único o por un Tribunal arbitral colegiado, la diferencia entre uno y otro radica en el número de sus integrantes, un sólo árbitro en el primer tipo de Tribunal y más de uno en el segundo; uno de los criterios para elegir entre un tribunal colegiado o no,<sup>61</sup> “es la complejidad de la materia controvertida y de la necesidad de contar con especialistas”.

“La actual Ley, a diferencia de lo que establecía su predecesora, no dispone de manera expresa que el número de árbitros designados a

---

<sup>60</sup> Alva Navarro, E. *Motivos... Op. cit.*, 185.

<sup>61</sup> Vidal Ramírez, F. *Manual... Op. cit.*, p. 72.

resolver el conflicto sea necesariamente impar, por lo que las partes podrían pactar un número par de árbitros, por ejemplo dos árbitros”<sup>62</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se explicará los supuestos que se presentan en la práctica arbitral y que recoge nuestro ordenamiento, referente al nombramiento e instalación del Tribunal arbitral.

Lo ideal en el procedimiento de designación del Tribunal arbitral, es que las partes decidan libremente a que tipo de Tribunal someterse, para luego de común acuerdo nombrar al (los) árbitro(s) que se encargará(n) de resolver el conflicto de interés; si deciden por un Tribunal único, ambas partes deben llegar a un acuerdo y optar por el árbitro que crean es el idóneo para conocer la controversia; si optaron por un Tribunal colegiado conformado por tres árbitros, cada parte deberá designar a un árbitro y serán estos quienes elijan a un tercer árbitro para que conforme el Tribunal y presida el mismo. Hasta aquí, no se advierte complicación alguna, sin embargo, no siempre se llega a ese acuerdo del que se habló líneas arriba, cuando esto ocurre, la LA ha previsto, que el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o la Cámara de Comercio donde se celebró el convenio arbitral, de no existir una Cámara en dichos lugares, el nombramiento estará a cargo de la Cámara de la localidad más cercana.

Lo expuesto en la primera parte del párrafo anterior, es lo que la doctrina ha denominado designación directa del Tribunal arbitral, sin embargo, no es la única forma de designar al Tribunal, también existe la designación indirecta o también llamada delegada, aquí las partes facultan a terceros para que sean ellos los encargados de elegir y designar al Tribunal arbitral,<sup>63</sup> “si las partes eligen este camino quedarán exoneradas de pactar todos los aspectos del arbitraje, por haber entregado la regulación minuciosa del procedimiento a los reglamentos de las instituciones arbitrales. Estos organismos especializados en la administración de justicia privada son de una gran eficacia, dotados de una estructura volcada al cumplimiento de esta función”.

---

<sup>62</sup> Soto Coaguila, C. “Comentarios a la ley peruana de arbitraje”, En <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>, consultado el 22 de junio de 2015.

<sup>63</sup> Ledesma Narváez. M. *Jurisdicción... Op. cit.*, pp. 76-77.

En el supuesto que los terceros o la institución arbitral, no cumplan con efectuar el nombramiento en el plazo establecido por la LA <sup>64</sup>, se entenderá que se ha rechazado tal encargo, por consiguiente, se seguirá el procedimiento establecido en el art. 23 literal d) de la LA <sup>65</sup>.

Ahora bien, una vez designado y constituido el tribunal arbitral, cabe la posibilidad que las partes soliciten la recusación de cualquiera de los designados, una vez resuelto el procedimiento de recusación, recién puede decirse que el tribunal arbitral se encuentra instalado. <sup>66</sup> La instalación del mismo conlleva a que el Tribunal arbitral, en primer lugar, sea el único facultado para decidir sobre su propia competencia, sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...). Asimismo, adquiere competencia para conocer el fondo de la controversia y emitir el laudo correspondiente.

### **1.8. Convenio arbitral**

El convenio arbitral, es definido en el art. 13 inc. 1) de la LA, como 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.

---

<sup>64</sup> Y así el art. 24 D.L N°1071 dice “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 literal d. del artículo 23”

<sup>65</sup> Y así el art. 23 literal d) D.L N° 1071 dice “Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana”.

<sup>66</sup> Cfr. Artículo 41 del D.L N° 1071.

En cuanto a la manifestación de voluntad de las partes, esta puede ser expresa o tácita, asimismo, puede ser anterior o posterior al surgimiento del conflicto materia de arbitraje.

### **1.8.1. Naturaleza del convenio arbitral**

Sobre la naturaleza del convenio arbitral, debe decirse “que es un acto jurídico inter vivos, por lo general, bilateral, pues requiere de la confluencia de la manifestación de voluntad de ambas partes”<sup>67</sup>. Se hace la observación, “por lo general”, debido a que no se descarta que el convenio arbitral surja de un acto unilateral y mortis causa, tal como sucede cuando el testador incorpora una cláusula arbitral en su testamento, para el supuesto hecho que se generen discrepancias entre sus causahabientes o entre estos y su albacea; a este tipo de arbitraje la doctrina lo ha catalogado como testamentario o sucesorio. Pero también, puede darse el caso, que el convenio ya no surja de un acto unilateral y tampoco bilateral, sino de un acto plurilateral, como sucede cuando se incorpora una cláusula arbitral en los estatutos de una persona jurídica, haciéndolo obligatorio para sus miembros, a este último tipo de arbitraje se le ha denominado arbitraje estatutario.

Hasta aquí, se ha hecho referencia a las diversas formas de manifestación de voluntad, que conllevan al surgimiento del convenio arbitral, dejando de lado por un momento, el análisis de lo que implica hablar del convenio arbitral como acto jurídico. Siendo así, es necesario dar la noción de acto jurídico, para iniciar el referido análisis.

Para el Doctor. Aníbal Torres Vásquez, “el acto jurídico es el acto humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”<sup>68</sup>, definición similar a la recogida en el art. 140 del Código Civil peruano, y que calza perfectamente con la naturaleza del convenio arbitral, toda vez que para que surja el convenio arbitral es necesario que las partes manifiesten la voluntad de someterse en su oportunidad a un Tribunal arbitral y no a la

---

<sup>67</sup> Vidal Ramírez, F. *Manual... Op. cit.*, p. 52.

<sup>68</sup> Torres Vásquez, A. *Acto jurídico*. Lima: Idemsa, segunda edición, 2001, p. 63.

jurisdicción ordinaria a cargo del Poder Judicial para la solución de sus controversias,<sup>69</sup> con la excepción de los arbitrajes forzosos. Y además, esta manifestación de voluntad conlleva que se constituyan<sup>70</sup> obligaciones y derechos para sus celebrantes. Entre las obligaciones que surgen del convenio arbitral, tenemos, que las partes se obligan a someter la controversia(s) que haya(n) surgido o surja(n) entre ellas; además el fiel cumplimiento del laudo es otra de las obligaciones que nace a raíz del convenio arbitral. Pero no sólo se generan obligaciones, también surgen derechos para las partes, como aquel que tienen las partes a que los tribunales de la justicia ordinaria se abstengan de conocer las controversias que están sometidas a un convenio arbitral.

Siguiendo con el análisis, el “convenio arbitral, siendo un acto o negocio jurídico, le son exigibles los requisitos de validez que establece el art. 140 del Código Civil”<sup>71</sup>, esto es que las partes que suscriben el convenio tengan capacidad para hacerlo, que el objeto sea físicamente y jurídicamente posible, que el fin sea lícito y por último se observe la forma prescrita bajo sanción de nulidad. De tal modo, que la omisión de cualquiera de estos requisitos puede conllevar a que sean los propios árbitros, los que en virtud del principio *Kompetenz Kompetenz*, se encarguen de resolver controversias relativas a la existencia y validez del convenio arbitral<sup>72</sup>.

La capacidad implica, que tanto las personas naturales como jurídicas o sus representantes, si se diera el caso, deben gozar con capacidad de goce, esto es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas; y además, contar con capacidad de ejercicio, es decir la aptitud general para adquirir, modificar o perder la titularidad de relaciones jurídicas<sup>73</sup>. La capacidad que interesa para la suscripción de un convenio arbitral es la capacidad de ejercicio,

---

<sup>69</sup> El arbitraje forzoso es el que ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente. Caivano, Roque J. *Arbitr... Op. cit.*, p. 83.

<sup>70</sup> Cfr. Vidal Ramírez, F. *Suplemento de análisis legal... Op. cit.*, p. 4.

<sup>71</sup> Vidal Ramírez, F. *Manual... Op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>72</sup> Cfr. Rubio Guerrero, R. “El principio Competence – Competence en la nueva ley peruana de arbitraje” En: *Revista Lima Arbitration*, N° 4, 2010-2011, pp. 1-2.

<sup>73</sup> Cfr. Castillo Freyre, M. *La relación partes... Op. cit.*, p. 113.

porque solo así todos los actos que las partes realicen o que resulten obligatorios van a ser eficaces.

Respecto al objeto del convenio arbitral, este tiene que ser físicamente posible, es decir que esté dentro del poder físico e intelectual de la persona <sup>74</sup>, “que los derechos, deberes u obligaciones que le son inherentes deben existir o tener la posibilidad de existir” <sup>75</sup>; nadie está obligado a hacer lo imposible; y de igual forma es necesario que el convenio sea jurídicamente posible, en otras palabras “debe guardar conformidad con el ordenamiento jurídico” <sup>76</sup>. Además, el convenio celebrado por las partes debe tener un fin lícito, uno que no sea contrario a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres <sup>77</sup>.

Como último requisito de validez, se tiene que el convenio arbitral debe respetar la forma prescrita bajo sanción de nulidad, en ese sentido, se debe preguntar si en nuestro ordenamiento es exigible alguna forma para la celebración del convenio. En principio, la LA señala que el convenio debe constar por escrito <sup>78</sup>, sin embargo, la omisión de dicha formalidad no es sancionada con nulidad, es decir la ley ha dispuesto esta formalidad, con la finalidad que el convenio pueda probarse ante un eventual desconocimiento por las partes. Por consiguiente, se debe sostener que la ley ha establecido una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, tal como se desprende del art. 13 de la LA, en donde se señala una serie de presunciones, en las cuales se entenderá que un convenio fue celebrado por escrito.

---

<sup>74</sup> Cfr. Torres Vásquez. *Acto... Op. cit.*, p. 227

<sup>75</sup> Vidal Ramírez, F. *Manual... Op. cit.*, p. 58.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>77</sup> Cfr. Torres Vásquez. *Acto... Op. cit.*, p. 237.

<sup>78</sup> Y así el art. 13 inciso 2) del D.L N° 1071 dice “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”.

## **CAPITULO II: MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

### **2.1. Derecho a la tutela judicial efectiva**

El Dr. César Landa Arroyo, señala que “(...) el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, a riesgo que sea declarado inconstitucional; puesto que no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de conformidad con la Carta Magna”<sup>79</sup>. Dicho esto, es necesario establecer los alcances de lo que implica hablar de la tutela judicial efectiva; razón de ello la exposición de los siguientes puntos.

#### **2.1.1. La tutela judicial efectiva según la doctrina**

En lo que atañe a la concepción de la doctrina sobre el derecho a tutela judicial efectiva, se debe decir, en primer lugar, que gran parte de la doctrina coincide en que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que ostenta todo sujeto de derecho. Así pues, se puede citar algunas definiciones que ayudan a

---

<sup>79</sup> Landa Arroyo, C. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Castillo Freyre, M. *Ponencias del segundo Congreso Internacional de arbitraje*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera edición, 2009, p. 16.

comprender el significado y la importancia que representa éste derecho en el arbitraje.

Para el profesor Víctor Obando Blanco, “(...) el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultado a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”<sup>80</sup>.

“Es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando se pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”<sup>81</sup>.

“Es el derecho público, subjetivo y abstracto que tiene toda persona, sea actor o emplazado que le faculta exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable y en forma motivada se pronuncie sobre las pretensiones y, en su caso, se de plena eficacia a la sentencia”<sup>82</sup>.

Queda claro que las definiciones señaladas, han sido elaboradas para clarificar la noción, y el papel preponderante de la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho procesal civil, es por ello que el común denominador de las citas señaladas, hacen referencia a un derecho que se exige a un órgano jurisdiccional, el mismo que deberá decidir sobre la pretensión planteada y velar que lo resuelto sea eficaz. Sin embargo, ello no quiere decir que solamente la tutela judicial efectiva resulte exigible en el proceso civil, sino también es exigible en el arbitraje, teniendo en cuenta, que en ambos se administra justicia, la misma que debe regirse por

---

<sup>80</sup> Obando Blanco, V. *El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. En: Priori Posada, G. *Proceso y Constitución*. Lima: ARA editores E.I.R.L, 2011, p. 152.

<sup>81</sup> González Pérez, J. *Derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Editorial Civitas Editores SL, 2001, pp. 33-34. cit. por: Hurtado Reyes, M. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Moreno S.A, 2009. p. 82.

<sup>82</sup> *Ibíd*em, p. 82.

ciertos parámetros que coadyuven a la toma de una decisión más justa, siendo uno de ellos, el respeto del derecho a tutela judicial efectiva. En efecto, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al tener naturaleza constitucional, resulta aplicable tanto al proceso judicial como al arbitral, motivo por el cual su afectación puede ser invocada como causal de anulación de laudo de acuerdo a lo dispuesto por la Duodécima Disposición Complementaria del DLA”<sup>83</sup>.

“La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. En ningún caso podrá un procedimiento arbitral denegar a las partes este derecho, debiendo los árbitros resolver todos los asuntos que se les sometan, otorgando a ambas partes igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones”<sup>84</sup>.

Ahora bien, dado el concepto de tutela judicial efectiva, cabe preguntarse en qué consiste esa eficacia de la que se habla, pues bien, se debe decir que “la eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas”<sup>85</sup>, si bien es correcto lo citado, hace falta complementar dicha definición, toda vez que la eficacia comprende algo más que obtener una resolución ajustada a derecho, implica “(...) que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones”<sup>86</sup>, es decir es necesario que dichas consecuencias jurídicas se concreten en la realidad, de nada sirve obtener una respuesta fundada en derecho, si la misma resultará imposible de efectivizarse.

---

<sup>83</sup> Reggiardo Saavedra, M. *La anulación de laudo arbitral por afectación a la tutela jurisdiccional efectiva*. En: *Constitución y proceso*. Lima: ARA editores E.I.R.L., 2009, pp. 331-332.

<sup>84</sup> Cremades Sanz Pastor, B. “El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española” En: *Revista Lima Arbitration*, N° 1, 2006, p. 199.

<sup>85</sup> Obando Blanco, V. “*El Derecho...* Op. cit., p. 143.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 156.

De lo expuesto en este punto, se concluye que el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se manifiesta a lo largo de todo el proceso arbitral, en salvaguarda de las partes que intervienen en el mismo.

### **2.1.2. La tutela judicial efectiva según el Tribunal Constitucional peruano**

El Tribunal Constitucional, en muchas de sus sentencias ha definido y establecido los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva, por consiguiente, se citaran algunos fundamentos jurídicos de algunas de las sentencias en las que el máximo intérprete de la Constitución ha hecho referencia al derecho estudiado.

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (...)”<sup>87</sup>.

“Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que esta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida”<sup>88</sup>.

“...El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> STC. Exp. N° 00015-2005-AI/TC del 05/01/2006, f.j.16.

<sup>88</sup> STC. Exp. N° 06356-2006-PA/TC del 14/04/2009, f.j.8.

<sup>89</sup> STC. Exp. N° 0015-2001-AI/TC; 016-2001-AI/TC; 004-2002-AI/TC del 29/01/2004, f.j.11.

Como puede apreciarse, la eficacia es consustancial a la tutela jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, como se advierte, ha señalado que una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional es lograr una resolución eficaz, teniendo en cuenta que acoge el mismo concepto de eficacia explicado y abordado líneas arriba.

## **2.2. La tutela cautelar y la tutela judicial efectiva**

La explicación abordada en los puntos anteriores, permite comprender con mayor facilidad la relación que existe entre las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva, sin embargo, antes de dar inicio al análisis de la citada relación, es necesario dar el concepto de medida cautelar.

En la palabras del Dr. Giovanni Priori Posada “la medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo”<sup>90</sup>, asimismo, “es un instrumento procesal que puede plantearse antes o dentro de un proceso ya iniciado, con la finalidad de asegurar preliminar y preventivamente la eficacia de la sentencia”<sup>91</sup>. De estas dos definiciones, se puede concluir lo siguiente, la medida cautelar es el medio o el instrumento, mediante el cual se busca garantizar que la resolución dictada por un órgano jurisdiccional o por un Tribunal arbitral sea efectiva, en otras palabras, la medida cautelar tiene como finalidad salvaguardar que una vez adoptada la decisión que ponga fin a la controversia, ésta sea cumplida real y oportunamente.

“Por su parte, la función de la tutela cautelar es evitar que la duración del proceso que el demandante se ve en la obligación de iniciar para obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, termine por convertir en irreparable la lesión que ella sufre; o, hacerla más gravosa (sin necesidad que la lesión produzca consecuencias irreparables); o, permitir que se consume la lesión que en la situación anterior a la del inicio del proceso era una amenaza”<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Priori Posada, G. *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara editores E.I.R.L, 2006, p. 36.

<sup>91</sup> Peláez Bardales, M. *Medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 11.

<sup>92</sup> Priori Posada, G. *La tutela... Op. cit.*, p. 34.

Si una de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva, es precisamente garantizar que la resolución congruente y fundada en derecho goce de efectividad, la pregunta que inmediatamente surge es como lograr dicha efectividad, pues bien, aquí es donde juega un papel preponderante el otorgamiento de una medida cautelar, toda vez que a través de ellas se asegura que la decisión que en futuro se dicte logre efectivizarse realmente.<sup>93</sup> “(...) no existiría posibilidad de encontrar fundamento constitucional a las medidas cautelares en un ordenamiento en el cual el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales no sea reconocido como un derecho fundamental. En ese sentido, en tanto que las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de la sentencia judicial, son instrumentos para realizar el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, las medidas cautelares están íntimamente vinculadas al Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva hasta el punto que sin ellas, este derecho sería una mera declaración”.

En el procedimiento ordinario como en el arbitraje, puede darse el caso que el otorgamiento de una medida cautelar no siempre garantice la efectividad de la resolución dictada, sino que suceda todo lo contrario que la lesión que se quiere evitar se agrave y que finalmente no se cumpla con el objetivo, que es asegurar que lo resuelto sea efectivo; y esto puede deberse por diferentes motivos, uno de ellos es el otorgamiento de medidas cautelares por un órgano incompetente, punto que es objeto de esta investigación y que por ello se profundizará más adelante, en el tercer capítulo del presente trabajo.

### **2.2.1. Tutela cautelar exclusiva de los árbitros**

En este punto, resulta importante dejar en claro tres cuestiones que sumado a lo explicado anteriormente servirá de mucho para entender el objeto y la problemática del presente trabajo.

Se considera necesario, antes de desarrollar estas tres cuestiones, dejar en claro que el inicio del arbitraje comienza salvo acuerdo distinto de las partes, desde la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje<sup>94</sup>. La

---

<sup>93</sup> *Ibíd*em, p. 130.

<sup>94</sup> Art. 33 del D.L N° 1071.

importancia de lo mencionado, va permitir que el lector, diferencie cuando se haga mención a la concesión o rechazo de medidas cautelares fuera del proceso arbitral o medidas cautelares dentro del proceso arbitral.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la primera cuestión a explicar consiste en determinar quién es el órgano competente para conceder o rechazar la(s) medida(s) que se solicite(n). Pues bien, antes de la constitución del Tribunal arbitral, la autoridad judicial se encuentra facultada para conocer y conceder o, caso contrario rechazar la solicitud que presente cualquiera de las partes; en tal sentido, es la autoridad judicial la competente para conocer de las medidas cautelares fuera del proceso arbitral; una vez iniciado el mismo y constituido el Tribunal arbitral, éste tiene <sup>95</sup> absoluta exclusividad en el dictado de las mismas, goza de la potestad cautelar en relación con la controversia sometida a su conocimiento.

Si nuestra legislación es clara al señalar que es a partir de la constitución del Tribunal arbitral, que este último adquiere competencia para conceder o rechazar las medidas solicitadas, la segunda cuestión que se debe aclarar, es el determinar, desde qué momento se entiende constituido el citado Tribunal. El artículo 27 inciso 2) del D.L N° 1071 prescribe literalmente que *“una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido”*, siendo así; se despeja la duda que existe en la doctrina, sobre si la potestad cautelar exclusiva del árbitro comienza desde la constitución o desde la instalación del Tribunal arbitral.

“El tribunal arbitral está apto para dictar medidas cautelares desde el momento de su constitución y no desde su instalación (...)” <sup>96</sup>. Martínez Coco citando a Ana María Arrarte considera

---

<sup>95</sup> Cfr. Ariano Deho, E. *Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad “objetiva” del juzgador*. En su: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 15.

<sup>96</sup> Martínez Coco, E. *Actas del Sexto Congreso Internacional de arbitraje 2012 – primer día*. Lima: Thomson Reuters, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 28, 2014, p. 69.

“que no es necesario el acto formal de su instalación porque la competencia arbitral se entiende atribuida desde la conformación misma del órgano arbitral; ya sea como tribunal único o como tres miembros de este tribunal arbitral”<sup>97</sup>.

Queda claro entonces, que “(...) la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares en nuestro sistema arbitral, es indiscutible”<sup>98</sup>.

Siendo así, la tercera y última cuestión a tratar en este punto, se encuentra referida a los alcances de la potestad cautelar exclusiva de los árbitros; en otras palabras se busca explicar las atribuciones que detentan los árbitros para garantizar la eficacia cautelar en el arbitraje. En ese sentido, se debe decir que es tan marcada la exclusividad cautelar del Tribunal arbitral,<sup>99</sup> que incluso aun cuando una medida cautelar se haya dictado fuera del proceso ante la jurisdicción ordinaria, el órgano competente para conocer de la medida cautelar será el Tribunal arbitral una vez que se ha constituido, y no el órgano jurisdiccional que dictó la medida. Por consiguiente, si alguna de las partes solicita la variación de la medida cautelar, el Tribunal arbitral será el encargado de conocer el pedido de variación de dicha medida, ante ello; el órgano jurisdiccional que la dictó no tendrá otra alternativa que entregar los actuados judiciales al Tribunal arbitral en el estado en el que se encuentre, sin perjuicio que cualquiera de las partes pueda alcanzar al Tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar.

Asimismo, esta potestad cautelar también le permite al Tribunal arbitral, conocer y pronunciarse sobre los recursos de apelación que haya interpuesto alguna de las partes ante el órgano jurisdiccional ordinario, pero no bajo los términos de una apelación sino de un recurso de reconsideración<sup>100</sup>, toda vez que la LA<sup>101</sup> no ha previsto como medio impugnatorio el recurso de apelación.

---

<sup>97</sup> En la cita Martínez Coco hace referencia a Ana María Arrarte, sin embargo, no se ha encontrado la cita original de la profesora Arrarte, con lo cual confróntese. Martínez Coco, E. *Actas del Sexto... Op. cit.*, p. 70.

<sup>98</sup> Martínez Coco, E. *Actas del Sexto... Op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>99</sup> Cfr. Ledesma Narváez. M. *Jurisdicción... Op. cit.*, p. 136.

<sup>100</sup> Cfr. Art. 47 inciso 5) del D.L N° 1071.

Finalmente, otra de las manifestaciones de la tutela cautelar exclusiva, es que “el tribunal está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que hayan dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Está decisión podrá ser adoptada por el Tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”<sup>102</sup>.

### **2.3. Presupuestos para el otorgamiento de medidas cautelares**

Abordado el concepto de medida cautelar, y su importancia para garantizar la vigencia del Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, corresponde hacer un estudio breve de los tres presupuestos que necesariamente deben concurrir, para que el Tribunal arbitral luego de realizar una evaluación sumaria de los mismos conceda la(s) medida(s) que corresponda(n). “Los presupuestos son los componentes que fundamentan la adopción de las medidas cautelares, exigibles, en todo caso, estemos ya en un proceso judicial o ya en un proceso arbitral”<sup>103</sup>. “Para que una medida cautelar pueda ser concedida, se hace preciso que se presenten los tres presupuestos necesarios para ello, es decir, la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión, el peligro en la demora y la adecuación”<sup>104</sup>.

#### **2.3.1. Verosimilitud de fundabilidad de la pretensión**

Este primer presupuesto, para el otorgamiento de una medida cautelar, consiste en el análisis sumario que debe realizar el Tribunal arbitral, a fin de determinar la probabilidad que la pretensión del solicitante de la medida cautelar sea declarada fundada en el laudo correspondiente. Este presupuesto, no exige al

---

<sup>101</sup> Y así el art. 49 inciso 1) del D.L N° 1071 dice “Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión”.

<sup>102</sup> Ledesma Narváez, M. *Jurisdicción...* Op. cit., p. 137.

<sup>103</sup> Barona Vilar, S. *Medidas...* Op. cit., p. 205.

<sup>104</sup> Priori Posada, G. *La tutela...* Op. cit., p. 99.

Tribunal llegar a la certeza de la verosimilitud de dicha pretensión, basta que llegue a la conclusión de la probabilidad de fundabilidad de la misma. “El análisis sobre la fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada”<sup>105</sup>. Esta primera cita, permite precisar que el análisis de los presupuestos que realiza el tribunal arbitral es similar al que realiza el Tribunal ordinario, sin embargo, en el trámite para su concesión se advierte una diferencia<sup>106</sup>.

“A diferencia de lo que pueda ocurrir con otras formas de tutela, la verosimilitud no sugiere que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible”<sup>107</sup>. Esto en razón a que, la fundabilidad de la pretensión se va dilucidar en el proceso principal, que a diferencia del cautelar, sí requiere llegar a la certeza de la pretensión y consecuentemente declarar fundada la misma, sin embargo, la “(...) sola alegación del demandante no genera verosimilitud, sino que las alegaciones de hecho deben corroborarse con los medios de prueba que se ofrezcan al pedido cautelar”<sup>108</sup>. Por consiguiente, la alegación debe ir acompañada de los medios de prueba que corroboren la probabilidad de fundabilidad de la pretensión; se exigirá dependiendo del caso en concreto y de la medida cautelar a solicitarse, un mayor o menor ofrecimiento de pruebas, como

---

<sup>105</sup> *Ibíd*em, p.73.

<sup>106</sup> En el proceso arbitral a diferencia del ordinario, el Tribunal corre traslado de la solicitud cautelar, a la parte que debe soportar la misma antes de resolver, sin embargo, será el Tribunal quien evaluará abstenerse de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Se ha discutido mucho sobre el diligenciamiento *inaudita pars* de la solicitud cautelar. Como argumento a favor se tiene que como el arbitraje tiene un carácter convencional (nace del acuerdo de las partes) se debe aplicar el contradictorio al máximo; y sólo excepcionalmente siempre que exista una necesidad justificante, la medida se debe conceder sin oír al destinatario de la misma - *inaudita et altera pars*. Cfr. Guzmán Galindo, J. *Actas del Sexto... Op. cit.*, p. 78.

<sup>107</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad 2002, primera edición, 2002, pp. 172-173.

<sup>108</sup> Priori Posada, G. *La tutela... Op. cit.*, p.74.

señala la profesora española Silva Barona “El grado de exigibilidad o la intensidad de la misma, sin embargo, es lo que puede estar sometido a variación, de modo que en función de cada una de las medidas cautelares la intensidad de la acreditación del *fumus boni iuris* puede ser objeto de graduación”<sup>109</sup>.

### 2.3.2. Peligro en la demora

Una de las ventajas con la que cuenta el arbitraje, es que es un proceso que demanda menor tiempo posible para la resolución del conflicto de interés, en comparación del proceso ordinario; no obstante, también existe la posibilidad que en dicho periodo de tiempo, la efectividad del laudo sea vea amenazada. “Esa inefectividad de la resolución como consecuencia de la duración del proceso es el presupuesto que integrará el peligro como elemento a concurrir para la consecución de la tutela cautelar”<sup>110</sup>.

La solicitud cautelar, puede sustentarse en diversos motivos, uno de ellos es que la conducta de la parte que debe soportar la medida cautelar, esté dirigida precisamente a buscar que el arbitraje se postergue el mayor tiempo posible, con la finalidad que cuando el laudo se emita, éste carezca de eficacia y no sea posible su cumplimiento, “(...) el peligro en la demora si bien nace de la imposibilidad de que el proceso judicial sea solucionado de manera inmediata, es decir, del necesario desarrollo temporal del proceso, se complementa por las posibles actividades que puedan realizar otros sujetos para afectar la situación jurídica del actor, mientras se dilucida el conflicto”<sup>111</sup>; entonces la misma actuación de alguna de las partes o de terceros ajenos al proceso, sumadas a las circunstancias del mismo proceso y el simple transcurso del tiempo son factores determinantes para que la eficacia del laudo corra peligro.

La doctrina, ha señalado que “Esta inefectividad puede derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir como consecuencia de la demora,

---

<sup>109</sup> Barona Vilar, S. *Medidas... Op. cit.*, p. 221.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 224.

<sup>111</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para... Op. cit.*, p. 180.

inclusive en procesos como el arbitral en el que las previsiones legales vienen a condicionar la duración del mismo y, en consecuencia, no son procesos de larga duración; pero durar, es obvio que duran”<sup>112</sup>. Respecto al daño que se puede producir, existen diversas posturas, algunos autores consideran que el daño a producirse debe ser irreparable, otros son contrarios a dicha postura y señalan que no importa si el daño que se configure por la demora es reparable o no, lo que interesa es que nos encontremos frente a un daño inminente. Se respeta ambas posturas, sin embargo se comparte la última de ellas, y a fin de reforzar la idea, se considera necesario citar al Profesor Priori Posada, quien manifiesta lo siguiente “Para la configuración del peligro en la demora, no se requiere que el daño que se teme que se pueda producir por la demora del proceso, sea irreparable; sino que basta que sea inminente”<sup>113</sup>.

Así como el solicitante de la medida ofrece medios de prueba que buscan acreditar la verosimilitud de la pretensión, para el análisis del *periculum in mora*, también se necesita que el solicitante justifique con claridad la presencia de dicho peligro, en aras de salvaguardar el derecho de la otra parte, “ (...) no puede ser una mera enumeración *in abstracto*, dado que el mero hecho de iniciar un proceso y su duración consustancial no implica sin más la pérdida automática de la efectividad de la tutela judicial”<sup>114</sup>. En relación a esto último, no sólo es requisito la acreditación del riesgo, sino que resulta necesario establecer que el riesgo deviene precisamente del transcurso del tiempo que dure el proceso<sup>115</sup>.

Es importante, recordar lo que se dijo cuando se comenzó a desarrollar los presupuestos, en el sentido de que, es necesario la concurrencia de los tres para que a juicio del Tribunal arbitral, éste conceda la medida cautelar. Esto debido a que si bien el proceso arbitral se desarrolla en menor tiempo, no significa que ello dificulte la obtención de una medida cautelar, toda vez que puede suceder que exista la probabilidad que en ese corto tiempo que dura el proceso, la relación jurídica sufra cambios y posteriormente el

---

<sup>112</sup> Barona Vilar, S. *Medidas... Op. cit.*, p. 223.

<sup>113</sup> Priori Posada, G. *La tutela... Op. cit.*, p. 48.

<sup>114</sup> Barona Vilar, S. *Medidas... Op. cit.*, p. 225.

<sup>115</sup> Cfr. Priori Posada, G. *La tutela... Op. cit.*, pp. 39-40.

laudo se torne ineficaz, "(...) ni aún en el caso que esta verosimilitud sea muy fuerte, casi cercana a la certeza, justifique el dictado de una medida si es que no existe peligro en la demora, pues (...), las medidas cautelares precisamente tienen su razón de ser en evitar los daños que puede generar la demora en la tramitación del proceso" <sup>116</sup>, dicho esto, la evaluación conjunta de los tres requisitos resultan de vital importancia.

### 2.3.3. La adecuación

Como último presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar, tenemos a la adecuación, que "(...) permite determinar si la medida cautelar solicitada y/o concedida sirve para el propósito, (...), esto es, garantizar la eficacia de la sentencia que declare fundada una pretensión" <sup>117</sup>. Para Monroy Palacios, "Se trata de la adecuación, es decir de la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración" <sup>118</sup>.

Hablar de proporcionalidad, es referirse a una calificación cuantitativa existente entre la medida otorgada y el objeto materia de tutela, a diferencia de la congruencia, referida más bien a una calificación cualitativa <sup>119</sup>.

Del caso en concreto, el Tribunal arbitral dilucidará si la medida cautelar solicitada es la adecuada para salvaguardar la pretensión alegada por el solicitante; en vista que, puede darse el caso que el Tribunal considere que existe otra medida distinta a la solicitada que cumpla con garantizar la eficacia del laudo, esto en salvaguarda no sólo del solicitante sino también de la parte afectada por la medida, toda vez que, puede que exista una medida menos gravosa para el afectado y que a su vez cumpla con garantizar que la resolución a emitirse se efectivice en la realidad. "El afectado con la medida no debe sufrir la medida dictada en su contra en una magnitud que no sea la necesaria para garantizar con suficiencia la

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 88.

<sup>118</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para... Op. cit.*, p. 189.

<sup>119</sup> *Cfr. Ibíd.*, p. 191.

efectividad de la sentencia que se dicte en el proceso amparando la pretensión”<sup>120</sup>.

Para finalizar se debe decir que, “Una vez concedida la medida cautelar, no se procede de manera inmediata a su ejecución, sino que para ello habrá que evaluar la caución, es decir, aquella garantía que ha sido ofrecida por el solicitante de la medida cautelar para responder por cualquier daño o perjuicio que se pudiera producir a consecuencia de la indebida ejecución de la medida cautelar”<sup>121</sup>.

## **2.4. Características de las medidas cautelares**

Así como en el punto anterior se realizó una breve explicación de los presupuestos, a partir de los estudios desarrollados en la doctrina procesal civil, corresponde hacer lo mismo con las principales características de las medidas cautelares.

### **2.4.1. Instrumentalidad**

Como rasgo esencial se tiene que la medida cautelar siempre va ligada, acompañada a un proceso principal, toda vez que tiene como fin garantizar la efectividad del laudo que precisamente el Tribunal se encargará de emitir en el proceso principal. Resulta imposible pensar que una medida cautelar subsista de manera independiente,<sup>122</sup> ya que no son un fin en sí mismas, sino que están preordenadas a garantizar la efectividad de la emisión de una posterior resolución definitiva. Dicha instrumentalidad puede advertirse, con la lectura y análisis del inciso 1) y 4) del Art. 47 de la LA<sup>123</sup>, en la que se aprecia que indistintamente del momento en

---

<sup>120</sup> Priori Posada, G. *La tutela... Op. cit.*, p. 88.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p. 100.

<sup>122</sup> Cfr. Calamandrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 21-22. cit. por: Hurtado Reyes, M. *Fundamentos de Derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2005, p. 912.

<sup>123</sup> Y así el art. 47 inciso 1) del D.L N° 1071 dice “Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida”. Así también el inciso 4) dice “Las medidas

que se solicite la medida cautelar, esta siempre se encuentra condicionada primero a la existencia de un proceso principal y segundo a garantizar la eficacia del laudo.

“Las medidas cautelares en tal sentido no poseen autonomía propia, son de carácter instrumental y existen para hacer efectivos los derechos sustanciales que finalmente se reconozcan en el proceso principal, mediante el fallo final”<sup>124</sup>.

Esta última cita, permite ofrecer un mayor alcance de la diferencia que existe entre autonomía e instrumentalidad, como características de las medidas cautelares, en ese sentido, se debe decir que “la medida cautelar es instrumental respecto de la discusión principal desarrollada en el proceso porque, repetimos, garantiza la eficacia de éste, sin embargo, la discusión que se suscita en el plano cautelar para la obtención o rechazo de la medida, en nada incide respecto de la discusión sobre el mérito del proceso y, mucho menos, sobre el resultado de la decisión final”<sup>125</sup>. En otras palabras, la medida cautelar no es autónoma respecto del proceso principal, sino que hablar de autonomía de la medida cautelar, es hacer referencia a esa separación o distinción procedimental que existe para otorgar o rechazar una medida cautelar. En conclusión, la medida cautelar respecto del proceso tiene carácter instrumental, pero sobre la manera de otorgarse o rechazarse tiene carácter autónomo.

#### **2.4.2. Provisoriedad**

Si bien es cierto la LA, no hace referencia de manera expresa al carácter provisorio de la medida cautelar, esta característica se encuentra implícita en el artículo 47 inciso 2) de la citada ley, en la que señala literalmente lo siguiente:

---

cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si 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”.

<sup>124</sup> Peláez Bardales, M. *Medidas cautelares...* *Op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>125</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para...* *Op. cit.*, p. 152.

*"Por medida cautelar se entenderá toda **medida temporal**, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, (...)" (negrita y subrayado es nuestro).*

El legislador en la presente norma implícitamente señala el carácter provisional que caracteriza a toda medida cautelar, dado que como ha señalado el profesor Monroy Gálvez,<sup>126</sup> lo temporal y lo provisorio implica que la medida cautelar no dura para siempre sino que tiene una duración limitada, sin embargo la diferencia entre ambas características radica en que lo provisorio además de ser temporal está destinado a durar hasta que no ocurra un hecho sucesivo y esperado, ergo lo provisorio incluye lo temporal.

Ahora bien, la medida cautelar es provisorio toda vez que se encuentra permanentemente condicionada a los cambios que surjan en los presupuestos y circunstancias que originaron la concesión de tal medida. La provisoriedad de la medida cautelar implica que la misma puede extinguirse en cualquier etapa del proceso, ya sea antes o al momento de emitirse el laudo arbitral.

“Entendemos que las medidas cautelares son provisionales en el sentido de que mantienen su vigencia en tanto subsistan las condiciones y los presupuestos que la generaron, pues, como se ha anotado, si por alguna circunstancia desaparecen esas condiciones o presupuestos, la medida precautoria dictada y ejecutada deja de existir de pleno derecho, (...)”<sup>127</sup>.

“El fundamento principal de la provisoriedad de las medidas cautelares radica en que ellas se basan para su expedición en un conocimiento sumario, en consecuencia incompleto y superficial”<sup>128</sup>, por consiguiente la cognición sumaria en el que se evalúan los presupuestos y circunstancias, hace que estos se encuentren sometidos a variaciones y consecuentemente se produzca la sustitución o la extinción de la medida cautelar. “Por ello, podemos concluir esta reflexión en que, si bien es cierto que la cautelar es

---

<sup>126</sup> Cfr. Monroy Gálvez, J. *Temas de proceso civil; Introducción al estudio de la medida cautelar apuntes para un estudio sobre la excepción, el aforismo iura novit curia y el art. VII del título preliminar del código civil*. Lima: Librería Studium, 1987, p 36.

<sup>127</sup> Carrión Lugo, J. *Tratado de... Op. cit.*, p. 222.

<sup>128</sup> Hurtado Reyes, M. *Fundamentos... Op. cit.*, p. 919.

pasible de ser afectada por la variación de las circunstancias durante el desarrollo temporal del proceso (*rebus sic stantibus*), ello no es suficiente para aceptar que la misma goza de la autoridad de la cosa juzgada, debido a que la cognición sumaria, marca de por sí, un estado transitorio o de tipo provisional que culminará precisamente cuando se haya pronunciado la sentencia final”<sup>129</sup>.

De lo dicho hasta aquí sobre el carácter provisorio, se tiene que la medida cautelar tiene un límite en el tiempo, está condicionada a que surja un hecho futuro, como por ejemplo, la emisión de una sentencia con autoridad de cosa juzgada o de una resolución que la levante<sup>130</sup>.

### 2.4.3. Variabilidad

Sobre la variabilidad, Juan Monroy Palacios señala que, “(...) la variabilidad está referida al contenido de la medida cautelar y a su relación con el proceso principal que se intenta proteger. Es decir, a diferencia del carácter provisional que es propio de toda medida cautelar, la variabilidad es un atributo que si bien subyace en la teoría que desarrolla esta institución, no siempre tiene la oportunidad de hacerse efectiva”<sup>131</sup>. Es posible que la medida cautelar se mantenga y no varíe a lo largo del proceso principal, ello generalmente porque las circunstancias en las que se concedieron tampoco han sufrido variación alguna, sin embargo; que la medida cautelar no sufra variación alguna no quiere decir que deba ser definitiva, ya que toda medida es provisional, pero la variabilidad nos indica que aunque la medida cautelar subsista esta puede cambiar en cuanto a la forma y/o en cuanto a los bienes sobre los que recae; en ese sentido se debe decir que “esta variabilidad de las medidas cautelares en correspondencia con la variación de las circunstancias, no es un fenómeno exclusivo de las providencias cautelares (...)”<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para...* *Op. cit.*, p. 158.

<sup>130</sup> Cfr. Priori Posada, G. *La tutela...* *Op. cit.*, p. 105.

<sup>131</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para...* *Op. cit.*, p. 162.

<sup>132</sup> Calamandrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores E.I.R.L, 2005. p. 89.

La medida cautelar puede modificarse en cualquier etapa del proceso, nuestra legislación señala que *“el tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas”*<sup>133</sup>; asimismo, *“el tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara”*<sup>134</sup>.

“En tal sentido, por alteración de las circunstancias debemos entender toda variación de la base fáctica-fundamento de la medida (tanto en el derecho como en el peligro en la demora, en concreto), bien que los hechos `nuevos´ sean aportados por el sujeto activo de la cautela (en donde sí debe tratarse de hechos posteriores), bien sean otros hechos (no necesariamente posteriores, que pueden haber sido silenciados por el requirente) aportados por el sujeto pasivo de cautela”<sup>135</sup>.

#### **2.4.4. Prejuzgamiento**

Existe en la doctrina posiciones encontradas acerca de esta característica, para algunos autores la concesión de una medida cautelar implica un prejuzgamiento en el fondo de la decisión final, por lo tanto se reafirman en la existencia de la citada característica; y hay de los que no comparten esta teoría, como se explica en el siguiente punto.

---

<sup>133</sup> Art. 47 inciso 6) del D.L N° 1071.

<sup>134</sup> Art. 47 inciso 7) del D.L N° 1071.

<sup>135</sup> Ariano Deho, E. *Estabilidad de la tutela cautelar*. Lima: Juristas editores, 2003, p. 633. cit. por: Priori Posada, G. *La tutela cautelar y su... Op. cit.*, p. 108.

## 2.5. Críticas en torno al prejuzgamiento en las medidas cautelares

El objetivo principal de este punto es determinar si el Tribunal arbitral cuando concede o rechaza una medida cautelar prejuzga o no sobre el fondo del asunto, toda vez que hay autores que consideran al prejuzgamiento como una de las características de la medida cautelar; sin embargo, no se comparte dicha posición dado que si ello fuera así la finalidad de la medida cautelar entraría en una suerte de conflicto con la finalidad del laudo principal, como se demostrará a continuación.

Para la Real Academia Española, prejuzgar significa *juzgar una cosa o a una persona antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento*. “Prejuzgar es anticipar el resultado del proceso, mediante la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes y futuras que aún no se hallan en estado de ser resueltas”<sup>136</sup>.

Bajo estas definiciones, se entiende que el prejuzgamiento implica adelantar opinión sobre cuestiones futuras, a pesar que aún no se tenga un conocimiento claro y completo de la citada cuestión. Para la Dra. Karla Vilela, “(...) resulta el prejuzgamiento cuando el magistrado, sin que el estado del proceso se lo exija, anticipa o deja entrever su opinión sobre el fondo de la causa o alguno de los aspectos que sólo corresponde decidir en la sentencia definitiva”<sup>137</sup>.

Siguiendo con el análisis es conveniente, hacer un paralelo de los fundamentos en que se han basado diversos autores, para que se logre comprender tanto la posición que existe a favor o en contra del prejuzgamiento como característica de la medida cautelar, y con ello resolver finalmente la cuestión que se planteó al inicio del presente punto de estudio.

Dentro de tal orden de ideas, se empezará por señalar los argumentos de quienes se encuentran a favor, así; se tiene que el Profesor Jorge Carrión Lugo manifiesta que “En realidad cuando se dicta una medida cautelar, el Juez, en cierta forma se adelanta a la decisión que debe emitir al final del proceso, anticipa su decisión que debe dictar al

---

<sup>136</sup> Vilela Carbajal, K. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en la medidas cautelares y medidas anticipadas”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 2007, p. 36.

<sup>137</sup> *Ibíd*em, p. 36.

resolver la causa, en base naturalmente a la fundamentación del petitorio y a las pruebas aportadas que hacen vislumbrar la probabilidad del derecho invocado por el solicitante”<sup>138</sup>. Como premisa, es oportuno dejar claro, que si bien es acertado afirmar que para rechazar o conceder una medida cautelar el juez o el árbitro necesariamente tienen que hacer un estudio de la fundamentación de la pretensión y de las pruebas aportadas, no obstante no resulta arreglado a la verdad señalar que dicho estudio configura un adelanto de la decisión que se emitirá al final del proceso, toda vez que el citado estudio se realiza de manera sumaria, “la propia estructura del pedido cautelar, que busca con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso”<sup>139</sup>, es más la probabilidad de la pretensión no se encuentra sometida a un extenso trámite probatorio, ya que esto originaría una suerte de conflicto con la finalidad del laudo principal, por consiguiente se desnaturaliza la finalidad de la medida cautelar<sup>140</sup>.

Para Eugenia Ariano Deho, “(...) el desarrollo por parte de la misma persona de más de una función en diversas fases de un mismo proceso podría legítimamente justificar el temor de la parte interesada de que el juez no tenga la capacidad de separarse de la opinión que ya se haya formado sobre el resultado del asunto”<sup>141</sup>. En resumidas cuentas, el riesgo se originaría como dice la profesora Ariano en la capacidad de la persona que conoce de la solicitud cautelar como del fondo del asunto; no es descabellado pensar que el Tribunal arbitral, en ocasiones, no se aparte de la opinión que formó cuando concedió o rechazó la medida cautelar. No obstante, no hay que perder de vista que la opinión que colige el Tribunal arbitral cuando atiende una solicitud cautelar nace de un estudio totalmente distinto al que se realizará para emitir un laudo final; la fase cautelar está basada en un análisis sumario de pretensiones, en una valoración de pruebas mínimas, que en nada se asemeja a la fase principal, por consiguiente no siempre el que ha obtenido una medida cautelar a su favor será a quien se le declare fundada su pretensión en el laudo final. A mayor abundamiento, la Profesora española Nuria Mallandrich señala que “(...) El riesgo es tener prejuicios, de no poder luego desvincularse de las decisiones anteriores. (...) El juez, y en su

---

<sup>138</sup> Carrión Lugo, J. *Tratado de Derecho...* Op. cit., p. 232.

<sup>139</sup> Monroy Palacios, J. *Bases...* Op. cit., p. 170.

<sup>140</sup> Cfr. Vilela Carbajal, K. “La verosimilitud...” Op. cit., p. 32.

<sup>141</sup> Ariano Deho, E. *Arbitraje, tutela cautelar...* Op. cit., pp. 26-27.

caso el Árbitro, al adoptar las medidas cautelares deben ser conscientes que deciden solamente para aquel momento y que luego deben volver a empezar. (...)”<sup>142</sup>.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, y siguiendo con el análisis corresponde ahora enunciar, y explicar los distintos argumentos que permite demostrar que el prejuzgamiento no es una característica de la medida cautelar.

Para Hurtado Reyes, “(...) las medidas cautelares no importan un prejuzgamiento, en el sentido que no se emite necesariamente pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ello se hace en la sentencia, lo que se determina es un cálculo de probabilidades de lo que se decidirá en el proceso principal a favor del peticionante de la cautelar”<sup>143</sup>. “(...) Se concluye que al emitirse una medida cautelar no se produce un prejuzgamiento, pues ello significa adelantar opinión sobre la fundabilidad o procedibilidad de la pretensión”<sup>144</sup>, y como se ha tenido oportunidad de explicar precedentemente, el juzgamiento que se realiza es sobre la apariencia verdadera de la pretensión, más no sobre la fundabilidad o procedencia de la misma, toda vez que ésta se adquiere sólo con un grado de certeza.

Es evidente, que hay una clara distinción entre la fase cautelar y la fase principal en el arbitraje. “Como elementos distintivos de ambos juicios, en primer lugar encontramos el factor tiempo. Éste se constituye en el elemento esencialmente diferenciador de los juicios que emiten el Juez y el Árbitro cuando resuelven sobre la solicitud de medidas cautelares o sobre el fondo del asunto. Ambos actos se realizan en momentos separados. (...) En el espacio temporal existente entre ambas resoluciones, se realizarán una gran cantidad de actos de alegación y prueba que pueden repercutir en la emisión de la resolución sobre el fondo. Por lo tanto, las alegaciones y las pruebas pueden ser distintas”<sup>145</sup>. En segundo lugar, otro elemento diferenciador que se encuentra es la finalidad de cada fase, en la cautelar el objetivo es asegurar el cumplimiento de la resolución final, para éste objetivo no se requiere

---

<sup>142</sup> Mallandrich Miret, N. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010, p. 121.

<sup>143</sup> Hurtado Reyes, M. *Fundamentos...* *Op. cit.*, p. 943.

<sup>144</sup> Vilela Carbajal, K. “La verosimilitud...” *Op. cit.*, p. 39.

<sup>145</sup> Mallandrich Miret, N. *Medidas cautelares y...* *Op. cit.*, p. 120.

llegar a la certeza de la pretensión planteada sino bastará con dilucidar la probabilidad de la fundabilidad de la pretensión, la distinción para alcanzar ambos grados de conocimiento, es consecuencia de la divergencia temporal existente en ambas fases.

El arbitraje, al fundarse en la voluntad de las partes, tiene una característica peculiar, esto es la flexibilidad procedimental de la que se encuentra investida, claro está con un mayor grado de flexibilidad en el arbitraje *ad hoc* que en el institucional, pero en ambos tipos de arbitraje esta característica es inherente. Siendo así, cabe preguntarse por qué traer a colación la flexibilidad, cuando aparentemente no tiene relación con el tema que se ha trazado explicar. A continuación, se podrá advertir que dicha característica del arbitraje, ayuda en demasía para demostrar que cuando el Tribunal arbitral atiende una solicitud cautelar no prejuzga sobre el fondo del asunto.

“(…) No debe perderse de vista que una de las razones por las que los particulares renuncian a la jurisdicción estatal adoptando el arbitraje, es precisamente la mayor flexibilización procedimental que importa”<sup>146</sup>. El principio de flexibilidad, si bien rige para todo el proceso arbitral, se manifiesta con mayor influencia en la etapa principal del arbitraje; esto hace que el actuar de las partes y del Tribunal arbitral sea más directo, más fluido, con menor cantidad de formalismos, ritualismos, etc; lo que genera que se disipe el temor que existe de algún sector de la doctrina, en lo que se refiere a que el Tribunal no se pueda apartar de la decisión que tomó al emitir la medida cautelar, en el momento que se tenga que pronunciar sobre el fondo del asunto.<sup>147</sup> Siendo así, el juicio a que se llegue cuando se decide una solicitud cautelar, puede perfectamente variar su signo por completo a la luz del nuevo material instructorio y probatorio que la cumplimentación de los distintos trámites vaya allegando al proceso, esto precisamente porque el juicio es simplemente indiciario y provisional.

---

<sup>146</sup> Caivano, Roque J. *Arbitr... Op. cit.*, p. 210.

<sup>147</sup> Cfr. Garberí Llobregat, J; Torres Fernández de Sevilla, J; Casero Linares, L. *Las medidas cautelares en la Nueva ley de enjuiciamiento civil*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 45.

La distinta manera en la que se realizan los actos de alegación y la valoración de los medios probatorios en cada una de las fases, refuerza más la postura que cuando se atiende una solicitud cautelar no se emite prejuzgamiento alguno, por la sencilla razón que el Tribunal arbitral debido a la fase sumaria y breve que caracteriza a la fase cautelar, sólo realiza una valoración conjunta de los medios probatorios que a la fecha de solicitud cautelar cuente la parte solicitante, asimismo tomará en cuenta los medios probatorios con los que cuente la parte que podría verse afectada con la medida cautelar, salvo que no se corra traslado de la misma, a fin de garantizar que la eficacia medida no se frustre. En ese sentido, se tiene que la mínima actuación probatoria que se efectúa en la fase cautelar, hace que la decisión adoptada por el Tribunal arbitral, sea una decisión distinta a la que adoptará el Tribunal arbitral cuando emita el laudo final, toda vez que es en la fase principal en la que el Tribunal agota todos las herramientas posibles que le ofrece el arbitraje, para llegar a la certeza del derecho invocado.

“(…) En el arbitraje la comunicación es directa, lo que produce la inmediata adquisición de las pretensiones y de los medios utilizados para confirmar su validez y eficacia. La situación personal dentro del local elegido como sede del arbitraje propicia la instantánea percepción de intenciones y el rápido conocimiento de la voluntad de las partes; pero además facilita interrogatorios, aclaraciones, revisiones de cosas y documentos, y sirve como el mejor de los marcos para que las partes presenten conclusiones y los árbitros valoren elementos y razonamientos que le son expuestos. (...)”<sup>148</sup>. “En suma: debe ser flexible y amplio, pero marcando los límites que eviten una absoluta discrecionalidad por parte de los árbitros. Éstos deben dirigir el procedimiento con cierta libertad, evitando convertirlo en una cuestión burocrática o excesivamente ritual, pero manteniendo ciertas premisas inmanentes: igualdad entre las partes, posibilidad de audiencia y derecho a una solución intrínsecamente justa”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Caivano, Roque J. *Arbitr... Op. cit.*, p. 211.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, p. 217.

El origen convencional del arbitraje, hace que la LA le otorgue a las partes la facultad para que ellas mismas puedan determinar libremente las reglas a las que se sujetará el Tribunal arbitral. A falta de reglas o de un reglamento, el Tribunal arbitral será quien decida qué reglas resultarán aplicables al proceso arbitral. En ese sentido, cabe la posibilidad que las partes prevean una regla distinta a la contemplada en la LA, como por ejemplo, permitir que los Tribunales arbitrales realicen las llamadas audiencias informativas <sup>150</sup>, que si bien no tienen una regulación específica, son plenamente válidas en materia probatoria, o aún en el caso que las partes no prevean la realización de tal audiencia, el Tribunal sí podría convocarla siempre y cuando se cuente con el asentimiento de las partes. “Esa flexibilidad y el principio de igualdad de trato posibilita que cuando se presenta una nueva prueba, que para el árbitro pueda ser importante, éste la acepte y, automáticamente, permite a la otra parte que manifieste o, en todo caso, presente pruebas que considere pertinente en relación a la prueba presentada” <sup>151</sup>. Esto no hace más que confirmar que en la fase principal del proceso arbitral, el desarrollo y actuación probatoria es más amplia, lo que coadyuva a que el Tribunal arbitral tenga el asentimiento no sólo de las partes, sino de la legislación arbitral, para que pueda llegar al grado de certeza que se requiere y emitir el laudo correspondiente; el mismo que no se pronunciará sobre la probabilidad de la fundabilidad o procedencia de la pretensión, sino que a partir de la certeza obtenida resolverá el fondo del asunto, ya sea declarando fundada o infundada la pretensión planteada. En caso el laudo final sea favorable para la parte a quien se le declaró fundada la medida cautelar, no quiere decir que hubo prejuzgamiento al momento de otorgar la cautelar, sino que más bien se puede decir que el Tribunal arbitral, realizó una correcta valoración de los presupuestos para el otorgamiento de la misma, y además, lo más importante, cumplió con asegurar la eficacia de la resolución final.

---

<sup>150</sup> Cfr. Castillo Freyre, M. *Actas del Séptimo Congreso Internacional de arbitraje 2013 – cuarto día*. Lima: Thomson Reuters, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 29, 2014, p. 265.

<sup>151</sup> *Ibídem*, p 283.

Para finalizar este punto, quiero citar al Profesor Monroy Palacios, quien al desarrollar el tema del prejuzgamiento en materia cautelar en el área procesal civil, que tiene mucha semejanza con la fase cautelar arbitral, salvo algunas excepciones estudiadas como el traslado de la solicitud cautelar a la contraparte; refirió lo siguiente “La medida cautelar es instrumental respecto de la discusión principal desarrollada en el proceso porque, repetimos, garantiza la eficacia de éste, sin embargo, la discusión que se suscita en el plano cautelar para la obtención o rechazo de la medida, en nada incide respecto de la discusión sobre el mérito del proceso y, mucho menos, sobre el resultado de la decisión final. Por ello mismo, no podemos compartir lo señalado por nuestro ordenamiento procesal civil cuando prescribe que toda medida cautelar importa un prejuzgamiento”<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Monroy Palacios, J. *Bases para...* *Op. cit.*, pp. 152-153.



## **CAPITULO III: COMPETENCIA DE LOS ARBITROS Y LA VULNERACION A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

### **3.1. La competencia arbitral**

En este punto corresponde dar un mayor alcance de la competencia arbitral, tema que no ha sido prioridad de estudio por la doctrina arbitral, pero que sin embargo, para el objeto de la presente investigación, resulta importante que se aclare el panorama y su transcendencia en el proceso arbitral, a fin de dilucidar su incidencia en la vigencia del Derecho a la tutela judicial efectiva.

La competencia arbitral, (...) es la capacidad o aptitud de ejercer esa función jurisdiccional en determinados conflictos <sup>153</sup>, función que como se ha hecho referencia en el primer capítulo del presente trabajo, es investida por el Estado al árbitro o al Tribunal arbitral, con la finalidad que diriman el conflicto que planteen las partes; en consecuencia, la competencia “implicaría considerarla como el ejercicio concreto de la función jurisdiccional” <sup>154</sup>.

Dado el concepto de competencia, es necesario explicar si el arbitraje cuenta o no con una clasificación de competencia como en el proceso civil. Ante la situación planteada, se advierte que la LA no ha establecido regulación al respecto, esto no se debe a un capricho ni

---

<sup>153</sup> Cfr. Carrión Lugo, J. *Tratado... Op. cit.*, p. 95

<sup>154</sup> Vilela Carbajal, K. “*La competencia civil: Recientes modificatorias legislativas*”. En: *Revista Actualidad Civil*, N° 7, Enero 2015, p. 220.

olvido del legislador, sino más bien su fundamento radica en la naturaleza del arbitraje; que como se ha sostenido a lo largo de la presente investigación tiene su origen en la voluntad de las partes, siendo ello así, serán ellas las que regulen las reglas del proceso arbitral, entre ellas las referidas a la competencia. En ese sentido, las partes pueden libremente acordar los criterios que resulten necesarios para que frente a una controversia, se pueda colegir cuál es el Tribunal Arbitral que conocerá la presente causa. Este es, el principal motivo por el cual en el arbitraje, no existe una clasificación de competencia como se da en el proceso civil, en éste mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos, las reglas de competencia se fundan en el interés privado de las partes, en consecuencia, resultaría innecesario y contradictorio a la naturaleza del arbitraje, fijar reglas de competencia como en el proceso civil, “(...) cuyas reglas de competencia son de orden público”<sup>155</sup>, como las establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y las normas contenidas en el Código Procesal Civil. “Las normas que atañen al ordenamiento de la jurisdicción civil son, en su mayor parte de derecho vincular [como gente] o absolutas, de las cuales no pueden apartarse los particulares sino dentro de los límites y en los casos expresamente previstos por la ley (...); por ende frente a ellas, los sujetos no son libres para desplegar su propia voluntad en el sentido y en la forma como a ellos les plazca”<sup>156</sup>.

Lo anteriormente descrito, no supone la ausencia en la LA de reglas de orden público, y por consiguiente de estricto cumplimiento, dado que “(...) hay un marco general en la Ley de Arbitraje que impone determinadas reglas de orden público y una serie muy grande de normas de orden dispositivo, dentro del cual pueden girar las partes al determinar las reglas a las que se sujetará el tribunal arbitral”<sup>157</sup>, entre ellas los criterios para determinar quien será competente para conocer la controversia suscitada. Siendo ello así, las partes en el convenio arbitral, o posteriormente pueden acordar de conformidad con sus intereses el árbitro o Tribunal arbitral que se encargará de resolver la controversia,

---

<sup>155</sup> Casassa Casanova, S. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 91.

<sup>156</sup> Rocco, U. *Derecho procesal civil*. San José: Editorial Jurídica Universitaria, Volumen I, 2002, p. 73.

<sup>157</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley de arbitraje. Segunda parte*. Lima: Thomson Reuters, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 26, 2014, p. 613.

sin tener que observar criterios de determinación de competencia como es la materia, la cuantía, el territorio, el grado, la función y el turno.

### **3.2. Arbitraje de un derecho no pactado en el convenio arbitral**

Como se ha visto no existe una clasificación de competencia arbitral, pero sin embargo, en algunas bibliografías que abordan el tema se hace mención a la competencia por materia, en atención a ello cabe preguntarse si verdaderamente existe dicha clase de competencia. En el segundo capítulo del presente trabajo, se dejó claro que los árbitros no dirimen conflictos sobre materias sino sobre derechos, en consecuencia cuando se haga mención a esta clase de competencia, se entenderá que se hace referencia a la atribución que tiene el árbitro para resolver el conflicto de derechos pactado en el convenio arbitral.

En este contexto, es oportuno cuestionarse si el árbitro o el Tribunal arbitral, es competente para conocer la controversia sobre derecho(s) que no ha(n) sido pactado(s) en el convenio arbitral, teniendo en cuenta que el “(...) acuerdo arbitral es lo que da nacimiento al arbitraje y es lo que delimita el ámbito de actuación de los árbitros en razón de la materia y de las personas”<sup>158</sup>. En otras palabras lo que se cuestiona es sí la competencia admite prórroga, siendo así para llegar a una respuesta, en primer lugar, debe explicarse en qué consiste la prórroga de la competencia y en segundo lugar, determinar si es posible o no la misma en el arbitraje.<sup>159</sup> La prórroga hace alusión a la posibilidad que las partes acuerden modificar la competencia de los órganos jurisdiccionales prevista en la ley. Esta definición si bien es cierto se ha dado en el marco del estudio de la competencia procesal civil, para la presente explicación resulta aplicable al arbitraje, toda vez que hablar de prórroga en el proceso civil y en el arbitraje es hacer referencia a una misma idea, esto es “continuar, dilatar, extender algo por un tiempo determinado”<sup>160</sup>, en consecuencia, lo que se va a extender es el ámbito de actuación del árbitro o del Tribunal arbitral previsto inicialmente en el convenio arbitral.

---

<sup>158</sup> Roque Caivano, J. *Actas del Sexto... Op. cit.*, p. 36.

<sup>159</sup> Cfr. Vilela Carbajal, K. “*La competencia civil: Recientes... Op. cit.*”, p. 220.

<sup>160</sup> Consultado en [www.rae.es](http://www.rae.es) el 01 de mayo del 2016.

“(…) Referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma”<sup>161</sup>. Bajo esta premisa, son las partes las que establecen los límites de las controversias a arbitrar, por consiguiente dichos límites también pueden ser objeto de modificación, ya sea disminuyendo o ampliando los derechos susceptibles de pronunciamiento, cuya facultad se encuentra implícitamente regulada en la LA<sup>162</sup>, la cual prevé la libre determinación de las reglas del arbitraje a cargo de las partes. En efecto, las partes pueden variar los alcances del convenio arbitral, es posible que algún o algunos derecho(s) susceptible(s) de arbitraje, que no fueron pactados primigeniamente, sean objeto de pronunciamiento por parte del árbitro o del Tribunal arbitral; así como también cabe la posibilidad que acuerden que algún o algunos derecho(s) que fueron pactados inicialmente en el convenio, ya no sean objeto de estudio y pronunciamiento. “Esta alteración puede producirse de manera expresa o tácita, en la medida en que las reglas resulten incompatibles con las reglas anteriores, a efectos de lo cual se aplican las normas sobre manifestación tácita de voluntad, contenidas en el universo jurídico del Código Civil”<sup>163</sup>. Con esto se disipa la duda que se planteó al inicio de éste punto, pero esta facultad no es absoluta, para que prospere la variación resulta atendible que se cumplan ciertos presupuestos, como por ejemplo que el o los derecho(s) sean susceptibles de arbitraje; que dicho(s) derecho(s) devengan de la relación jurídica que posibilitó el nacimiento del convenio arbitral; la conformidad del árbitro, se trate de un arbitraje ad hoc o institucional.

---

<sup>161</sup> Zuleta Jaramillo, E. “El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual” En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 223. cit. por: Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. En su: *Panorama actual del Arbitraje*. Lima: Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 13, 2010, p. 280.

<sup>162</sup> Y así el art. 34 inciso 1) del D.L N° 1071 dice “Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

<sup>163</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. *Panorama actual... Op. cit.*, p. 280.

En el acta de instalación del arbitraje pueden establecerse reglas complementarias, que incluso pueden alterar los términos del convenio arbitral<sup>164</sup>, en dicho momento, cabe la posibilidad de prorrogar la competencia del árbitro o del Tribunal arbitral. Sin lugar a dudas, se considera que es el momento más oportuno, dado que hasta éste momento el Tribunal aún no ha iniciado el ejercicio de sus funciones, sin embargo, como se verá a continuación no es el único espacio temporal para prorrogar la competencia arbitral.

En el momento de presentación de la demanda, en la contestación o en la reconvencción, es posible que pueda prorrogarse la competencia, ya sea de manera expresa o tácita como se hizo mención anteriormente. “En materia de arbitraje no he encontrado una restricción que diga no puedes cambiar la demanda. En materia procesal, es claro que hasta el emplazamiento puedes modificarlo; sin embargo, en el arbitraje específicamente puede haber una variación, pues puedo retirar una pretensión; puedo incorporar otra, es más puedo variar mis fundamentos de la pretensión o incluso, como demandado, puedo variar los argumentos de mi defensa. Esto puede ocurrir en todo el camino del proceso arbitral”<sup>165</sup>.

### **3.3. Cuestionamiento a la competencia arbitral**

Cabe preguntarse, qué hacer frente a un Tribunal incompetente, la LA prevé diversos mecanismos para cuestionar la competencia arbitral. A continuación, se hace mención brevemente de cada uno de ellos.

“A través de la excepción de incompetencia se denuncian los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo a la normativa legal respectiva”<sup>166</sup>. El primer supuesto, hace referencia a los derechos no arbitrables, y el segundo supuesto, calza perfectamente cuando se cuestiona la competencia por no haberse pactado dicho derecho en el convenio arbitral, o en su defecto no se ha prorrogado expresa ni

---

<sup>164</sup> Cfr. Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, p. 613.

<sup>165</sup> Arrarte Arisnabarreta, A. *Actas del Sexto... Op. cit.*, p. 50.

<sup>166</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, p. 707.

tácitamente. No sólo procede la excepción a pedido de parte, sino que la LA<sup>167</sup> también prevé que el Tribunal arbitral de oficio, cuestione su propia competencia.

Es posible que el cuestionamiento a la competencia surja una vez conocido y notificado el laudo arbitral, puede ocurrir que el Tribunal se haya extralimitado y resuelva sobre derechos no sometidos a su conocimiento, o que resultan inarbitrables. Aquí, las partes pueden interponer el recurso de exclusión, regulado en el Art. 58 numeral 1) inciso d) de la LA<sup>168</sup>, la finalidad del éste recurso es que el Tribunal pueda subsanar su error, y evitar así interponer el recurso de anulación<sup>169</sup>. Si el Tribunal declara infundado o no emite pronunciamiento sobre el recurso planteado en el plazo señalado, la parte o las partes, pueden interponer el recurso de anulación, esto de conformidad con el Art. 63 numeral 1) incisos d) y e) de la LA<sup>170</sup> en concordancia con el Art. 63 numeral 2) de la citada ley<sup>171</sup>.

“(…), este literal e), precisamente, se refiere a aquellos supuestos de anulación en los cuales el tribunal arbitral hubiese resuelto sobre materias que de acuerdo a ley son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. O sea, en estos casos, a pesar de que no constituya materia pretendida de anulación, el tribunal

---

<sup>167</sup> Y así el art. 41 numeral 3) del D.L N° 1071 dice “Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, (...). El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento”.

<sup>168</sup> Y así el art. 58 numeral 1) inciso d) del D.L N° 1071 dice “Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes pueden 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”.

<sup>169</sup> Cfr. Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, p. 923.

<sup>170</sup> Y así el art. 63 numeral 1) inciso d) del D.L N° 1071 dice El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe “d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión”; “e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a la ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”.

<sup>171</sup> Y así el art. 63 numeral 2) del D.L N° 1071 dice “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 en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas”.

arbitral ordinario que conoce el asunto podrá declarar la nulidad del laudo o del extremo respectivo del laudo, conforme a lo expuesto en el propio inciso 3 del artículo 64 de la Ley”<sup>172</sup>. Que el recurso de anulación se haya planteado invocando una causal distinta a la prevista en el literal e), no es impedimento para que el Tribunal ordinario se pronuncie sobre dicho extremo.

Para cerrar este punto, se considera importante citar lo dicho por la Dra. Marianella Ledesma cuando señala que “(...), una materia cuya naturaleza sea inarbitrable no puede asumir los efectos de un laudo emitido sobre materia perfectamente arbitrable. La mera renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias no convierte lo indisponible bajo los efectos de una materia arbitrable”<sup>173</sup>.

#### **3.4. Principio kompetenz kompetenz**

Cuando se trató lo concerniente a la naturaleza del convenio arbitral, se hizo mención al principio de Kompetenz kompetenz; sin embargo, no se explicó el mismo, toda vez que, para la comprensión del citado principio, era necesario que se desarrolle el tema del cuestionamiento de la competencia arbitral, tal como se hizo precedentemente.

El principio Kompetenz Kompetenz, consiste en la facultad exclusiva que tienen los árbitros para pronunciarse sobre el cuestionamiento de su propia competencia; se encuentra regulado en la LA, y cuyo alcance no reviste complicación alguna para su entendimiento, como se verá a continuación.

“Este principio, recogido por el Decreto Legislativo N° 1071 en sus artículos 40 y 41, alude a la facultad que tienen los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral (relativas a derechos de carácter disponible por las partes) e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio”<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, p. 987.

<sup>173</sup> Ledesma Narváez, M. *Jurisdicción... Op. cit.*, p. 69.

<sup>174</sup> Landa Arroyo, C. “*El arbitraje en la Constitución de 1993 y en... Op. cit.*”, pp. 27-28.

El Tribunal Constitucional ha señalado sobre éste principio lo siguiente “(...) garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional”<sup>175</sup>.

Lo señalado hasta ahora, permite llegar a dos conclusiones, la primera de ellas es que, el árbitro o el Tribunal arbitral, es el único competente para pronunciarse sobre cuestionamientos a su propia competencia, es lo que la doctrina denomina el efecto positivo del principio Kompetenz Kompetenz; la segunda conclusión, es que ningún órgano distinto al arbitral, puede avocarse a resolver y pronunciarse sobre el cuestionamiento de la competencia arbitral, es lo que se denomina el efecto negativo del citado principio, que, “(...)”, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo”<sup>176</sup>.

“En materia arbitral es una regla de oro el que los tribunales arbitrales son los únicos que tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia y, ello, en la medida de que si fuesen los tribunales ordinarios de justicia quienes tuviesen que decidir acerca de la competencia de los tribunales arbitrales, en la práctica se tendría que

---

<sup>175</sup> STC. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC del 28/02/2006, f.j.13.

<sup>176</sup> Gaillard, Emmanuel & Banifatemi, Yas, “Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators”, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, edited by Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro, 2008, Cameron May, pp. 259-260. cit. por: Rubio Guerrero, R. “El principio Competence – Competence en la nueva ley... *Op. cit.*, p. 101.

seguir un proceso judicial previo al proceso arbitral, a efectos de poder dilucidar la propia competencia del tribunal arbitral”<sup>177</sup>. Dicha posibilidad generaría la dilación y la postergación del mismo.

### 3.4.1. Manifestaciones del principio *Kompetenz kompetenz*

Como se advierte el principio *Kompetenz Kompetenz*, opera cuando se cuestiona la existencia, validez, nulidad y/o la eficacia del convenio arbitral; del mismo modo, resulta aplicable cuando el árbitro o Tribunal Arbitral conoce otras cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral. Lo dicho hasta ahora, es insuficiente para afirmar que se tiene un vasto conocimiento del citado principio, es por ello, que se ha creído conveniente, enunciar y explicar algunas de sus manifestaciones, a fin de esclarecer su aplicación y su verdadero alcance.

Se tiene como primera manifestación, el supuesto en que cualquiera de las partes desconozca la existencia del convenio arbitral, y por consiguiente la negativa de someterse al arbitraje, “(...) a través de ella, lo que ha querido nuestra ley es indudablemente sancionar con la invalidez del laudo, a todos aquellos supuestos en los cuales o no exista un convenio arbitral que válidamente pueda justificar la imposición del proceso arbitral a los particulares. Para ello, será necesario, primero, determinar si en realidad existió una manifestación de voluntad coincidente entre las partes de someterse al arbitraje y, segundo, evaluar si esta manifestación adolece de alguna circunstancia que nuestro ordenamiento jurídico sancione con la pérdida de sus efectos”<sup>178</sup>. Este cuestionamiento, se plantea a través de una excepción de incompetencia, excepción que se trató de manera breve en el punto 3.3 del presente capítulo, y en la que se hacía mención a que la excepción se interpone cuando se alega la presencia de un vicio en la competencia arbitral; en el presente supuesto el vicio deviene precisamente por la inexistencia de un pacto que de origen al arbitraje. Ahora bien, planteada la excepción, el árbitro o el Tribunal arbitral en mérito al principio *Kompetenz kompetenz*

---

<sup>177</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. *El arbitraje en la contratación... Op. cit.*, p. 133.

<sup>178</sup> Alva Navarro, E. Las causales. Análisis de los motivos para declarar la nulidad de un laudo. En su: *La anulación... Op. cit.*, p. 117.

resulta ser, valga la redundancia el competente para pronunciarse sobre la existencia o no del convenio arbitral, y cuyo pronunciamiento, salvo pacto en contrario, lo podrá hacer de manera previa o al final del procedimiento, esto es con la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia.

Un segundo supuesto, en el que se pone de manifiesto el referido principio, se da cuando se cuestiona si el derecho o los derechos pactados en el convenio arbitral, que serán objeto de pronunciamiento, resultan ser arbitrables o no. Como se expuso en el punto 5 del primer capítulo del presente trabajo, un derecho será arbitrable si este resulta disponible conforme a derecho y a su naturaleza; y es precisamente el árbitro o el Tribunal arbitral, el encargado de realizar un análisis sobre estos aspectos, a fin de emitir el pronunciamiento respectivo, pronunciamiento que es clave para la continuación o no del proceso arbitral, toda vez que, si el árbitro o Tribunal se declara incompetente, ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales, con lo cual la parte que se encuentre disconforme con tal decisión arbitral, podrá impugnar dicho pronunciamiento mediante recurso de anulación <sup>179</sup>, o en todo caso tiene la vía expedita para obtener un pronunciamiento sobre dicho derecho en la vía ordinaria. “La arbitrabilidad objetiva puede enfocarse básicamente como una restricción legal a la facultad de disponer derivada de la naturaleza del conflicto, y su delimitación se encuentra directamente relacionada con la eficacia del arbitraje, pues si la materia no es arbitrable – por tratarse de controversias cuyo conocimiento ha sido reservado exclusivamente a la justicia ordinaria -, el laudo o el convenio arbitral quedan expuestos a cuestionamientos válidos (dentro del propio proceso arbitral, como presupuesto de competencia de los árbitros, o en sede judicial, mediante el recurso de anulación de laudo, en el reconocimiento de

---

<sup>179</sup> El supuesto señalado hace referencia al cuestionamiento que hace una de las partes sobre un solo derecho, toda vez que puede suceder que el cuestionamiento sobre la arbitrabilidad este dirigida a una pluralidad de derechos, en este último supuesto, si el árbitro o el Tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de algunos de los derechos cuestionados, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de los demás derechos considerados por el órgano arbitral como arbitrables, y respecto de los derechos catalogados como inarbitrables, la parte disconforme podrá impugnar tal decisión arbitral, mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo que resuelve definitivamente la controversia.

laudo y en el proceso de ejecución del laudo)”<sup>180</sup>. En ese sentido, queda claro que el árbitro o el Tribunal arbitral, es competente para pronunciarse sobre la arbitrabilidad del derecho, la misma que tiene relación directa con la eficacia del arbitraje.

Estas dos primeras manifestaciones se encuentran recogidas en el Art. 41 inciso 1) de la LA, sin embargo, en el inciso 2) del artículo mencionado, se advierte una tercera manifestación del principio, como se muestra a continuación.

En este tercer supuesto, el árbitro o el Tribunal arbitral es competente para pronunciarse sobre el cuestionamiento que se puede realizar sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral, sin que ello implique necesariamente la inexistencia o invalidez de citado convenio. Esto tiene su fundamento en un principio que se encuentra ligado al principio *Kompetenz Kompetenz*, el llamado principio de separabilidad del convenio arbitral<sup>181</sup>, “trabajando conjuntamente los dos principios previenen los intentos de frustrar la intención de las partes de someter sus controversias al arbitraje”<sup>182</sup>. “Esto es fundamental, en la medida de que, de lo contrario, sino se siguiese este principio, todo proceso arbitral sobre nulidad de contrato en el cual se encuentre inserto un convenio arbitral, tendría que seguirse ante el Poder Judicial, por cuanto estaría en duda la propia validez del convenio arbitral y, por lo tanto, mal podría el Tribunal arbitral constituirse en base a un convenio arbitral cuya nulidad sea, precisamente, controvertida al formar parte de un contrato que se alega es nulo”<sup>183</sup>. En ese sentido, el árbitro o el Tribunal arbitral en base al fundamento señalado y tal como lo dispone la norma arbitral, resulta ser el competente para pronunciarse sobre el cuestionamiento al contrato que contiene el

---

<sup>180</sup> Jiménez Vargas Machuca, R. *Suplemento de análisis legal... Op. cit.*, p. 2.

<sup>181</sup> En tal forma, la autonomía del convenio arbitral significa en sentido estricto separabilidad; esto es la independencia del convenio arbitral con relación al contrato principal, presentando el primero una plena autonomía jurídica, salvo circunstancias excepcionales, la cual excluye que sea afectado por la eventual invalidez del segundo. Matheus López, C. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastian: Dijusa Libros Jurídicos, 2009, p. 54.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>183</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, p. 714.

convenio arbitral, de no ser así, <sup>184</sup> se contraviene la intención común de las partes esto es que el conflicto sea resuelto mediante arbitraje. Al igual que en el primer supuesto, el árbitro o el Tribunal arbitral se pronuncia salvo pacto en contrario de manera previa, o al final del procedimiento, esto es con la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia.

Y como cuarta manifestación del principio *Kompetenz kompetenz*, se tiene cuando se solicita(n) o concede(n) medida(s) cautelar(es) en la vía ordinaria, y que ante la constitución del árbitro o Tribunal arbitral están pueden ser concedidas, modificadas, sustituidas o dejadas sin efecto en vía arbitral. Puede(n) ser concedida(s) en vía arbitral, cuando constituido el árbitro o Tribunal arbitral, la solicitud aún no ha sido resulta por el órgano jurisdiccional, entonces a partir de la constitución, el árbitro resulta ser el competente para declarar fundada o infundada la solicitud cautelar; pero también puede ocurrir que el juez ya se ha pronunciado sobre la solicitud cautelar, en ese sentido, constituido el árbitro o el Tribunal arbitral, éste tiene competencia para modificar, sustituir o dejar sin efecto la(s) medida(s) otorgada(s) por el juez; ahora bien, también es competente el árbitro o el Tribunal arbitral, para pronunciarse sobre el recurso de apelación, presentado ante el juez que declaró infundada una solicitud cautelar, pero hay que precisar que la apelación se tramitará en sede arbitral, bajo los términos de una reconsideración, tal como se encuentra establecido en la LA. Estos supuestos enunciados y que se encuentran contenidos en la LA, permite tener una concepción más clara del principio *Kompetenz Kompetenz*.

### **3.5. La medida cautelar concedida por un tribunal arbitral incompetente ¿vulnera la tutela judicial efectiva?**

“La persona humana es fin en sí misma lo que define su valor: su dignidad humana. Cuando se le somete a proceso –en el ámbito que fuese: judicial, fiscal, militar, arbitral, administrativo, privado–, su calidad de ser digno exige que la decisión a la que se llegue sea justa. La justicia de la decisión no atañe sólo al contenido de la decisión, sino también al modo como se consigue y, desde luego, a las consecuencias

---

<sup>184</sup> Cfr. Caivano, Roque J. *Arbitr... Op. cit.*, p. 168.

que para terceros de ahí se derive. Así, por ejemplo, una decisión cuyo contenido habría sido el debido, pero que se ha obtenido con vulneración de derechos o bienes jurídico-fundamentales, es injusta. Una decisión injusta es una decisión indigna. Para lograr una decisión justa, se ha revestido al proceso de una serie de garantías, unas formales otras materiales. La razón de ser de ellas es que con su cumplimiento se asegura en la mayor medida de lo posible la decisión justa. Una de esas garantías es la exigencia de ser juzgado en un plazo razonable”<sup>185</sup>, así como por un árbitro o Tribunal competente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se debe decir que el proceso arbitral exige que la decisión adoptada sea justa, y esta se logra a través de la observancia y respeto hacia los derechos fundamentales. En este último capítulo, se pretende sostener jurídicamente que la concesión de medida(s) cautelar(es) por parte de un árbitro o Tribunal arbitral incompetente vulnera el Derecho a la Tutela Judicial efectiva, deviniendo como dice el Profesor Luis Castillo, en un pronunciamiento indigno.

En el segundo capítulo del presente trabajo, se enunciaron las definiciones del Derecho a la Tutela Judicial efectiva, tanto la otorgada por la doctrina como por la jurisprudencia, quedando claro que éste Derecho por su complejidad, tiene cuatro manifestaciones, tales como; el derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Esto permite concluir que el Derecho a la Tutela Judicial efectiva debe manifestarse a lo largo de todo el proceso arbitral, y es precisamente en esta última manifestación en la que adquiere suma importancia el otorgamiento de una medida cautelar, la cual para que sea eficaz debe ser emitida respetando las garantías procesales previstas por el ordenamiento jurídico, entre ellas que sea dictada por un árbitro o por un Tribunal arbitral competente.

“A la hora de solicitar la adopción de una medida cautelar aquello que interesará a la parte será lograr la eficacia real de la misma. Es decir, que una vez adoptada, su contenido sea asumido voluntariamente por la parte afectada, y en caso contrario o cuando sea imprescindible la intervención judicial para darle efectividad, su cumplimiento pueda

---

<sup>185</sup> Castillo Córdova, L. *Duración Razonable del procesamiento*. Disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2085>, p. 3.

lograrse de forma coercitiva”<sup>186</sup>. “(...), no cabe duda, que también cuando nos enfrentemos ante una controversia cuya resolución no estará a cargo de la jurisdicción (estatal) sino de jueces privados (árbitros), también pueden presentarse aquellos supuestos que justifican la necesidad de obtener determinada tutela cautelar, tendiente a no rendir ineficaz lo que, en su momento, resolverán los árbitros”<sup>187</sup>. Pero precisamente, existe la posibilidad que lo resuelto por el árbitro o el Tribunal arbitral devenga en ineficaz, con lo cual la tutela cautelar no resultaría ser una verdadera tutela, como se detalla a continuación.

Toda medida cautelar por su carácter instrumental se encuentra siempre ligada a un proceso principal, en el arbitraje como se ha visto se puede(n) adoptar medida(s) cautelar(es) antes o después de iniciado el arbitraje, también se ha tenido la oportunidad de señalar que el árbitro o el Tribunal arbitral es competente para conceder, modificar, sustituir o dejar sin efecto una medida cautelar desde la constitución del mismo. Siendo así, se debe agregar a estas tres premisas, que el laudo final será emitido por el mismo árbitro o Tribunal arbitral que conozca el proceso cautelar arbitral, en ese sentido, a consecuencia de todo ello cualquier cuestionamiento a la competencia arbitral, puede repercutir en el proceso cautelar. Con el supuesto enunciado ulteriormente se busca en el presente trabajo, sustentar lo mencionado precedentemente.

Como supuesto, se tiene la emisión de una medida cautelar concedida por un árbitro, al cual se le ha planteado una excepción de incompetencia, toda vez que una de las partes alega la inexistencia de un convenio arbitral. Sucede aquí, que en virtud al principio *Kompetenz Kompetenz*, el árbitro debe pronunciarse sobre su propia competencia, y para ello la LA ha previsto que tal pronunciamiento lo puede hacer, salvo pacto en contrario con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia; es decir, al momento de la emisión del laudo final. Siendo así, cabe preguntarse qué sucede con una medida cautelar concedida y ejecutada por un árbitro que en el momento de la emisión del laudo final se declara incompetente, o más grave aún, cuando la incompetencia no es declarada por el árbitro sino por el órgano jurisdiccional al resolver el recurso de anulación ante

---

<sup>186</sup> Mallandrich Miret, N. *Medidas cautelares y...* *Op. cit.*, pp. 169-170.

<sup>187</sup> Ariano Deho, E. *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2014, p. 42.

la desestimación de la excepción de incompetencia. Pues bien, dado el carácter instrumental de la medida cautelar respecto al proceso principal, esta devendría en ineficaz, dado que se declararía nulo todo lo actuado, y porque no habría nada que cautelar, proteger o asegurar, aún cuando dicha medida cautelar se haya emitido luego de un correcto análisis de todos los presupuestos previstos para su concesión. Ahora bien, cabe preguntarse si lo mismo sucedería si el árbitro declara su incompetencia de manera previa, es decir antes de la emisión del laudo final; se considera que estando frente a un árbitro incompetente por inexistencia de un convenio arbitral, y por ende al ordenarse la terminación de las actuaciones arbitrales, también dicha medida cautelar deviene en ineficaz. En ese sentido, se concluye que la incompetencia declarada de manera previa o al final de la controversia, tiene injerencia directa en la medida cautelar dictada, esto a raíz de su carácter instrumental, haciendo que tal medida devenga en ineficaz.

En el supuesto del párrafo anterior, se colige que la ineficacia de la medida cautelar es causada por haber sido concedida por un árbitro que resulta ser incompetente para conocer la controversia principal, así como cuestiones conexas y accesorias a ella, como es la solicitud cautelar, sin embargo, también es cierto que, el espacio temporal previsto por la LA para pronunciarse sobre la competencia, permite que la medida cautelar carezca de eficacia, como se demuestra en las siguientes líneas. La LA en su Art. 41 inciso 3) dispone que *“las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento”*. La citada norma tiene como finalidad que la parte que alega una excepción la plantee de manera inmediata, lo más pronto posible, pero sin embargo, la misma LA prevé que el árbitro se pronuncie sobre dicha excepción salvo pacto en contrario como cuestión como previa o al momento de la emisión del laudo final, lo que a todas luces resulta contradictorio, ya que resultaría más justo y equitativo que la excepción también se resuelva en un plazo inmediato, no sólo a fin de

velar por la situación jurídica de la parte demandada, sino también por la economía procesal de las partes intervinientes. En ese sentido, “la efectividad de la tutela jurisdiccional, entonces, no sólo reclama que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto, sino además, reclama que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales”<sup>188</sup>. Como se aprecia la fase procesal para pronunciarse sobre una excepción de incompetencia no resulta estar diseñado para convertirse en instrumento adecuado para brindar una tutela real, porque posibilita que ante la declaratoria tardía de su incompetencia, se agrave la situación jurídica de la parte demandada, quien tiene que asumir una medida cautelar hasta que se resuelva el fondo del asunto o hasta que el órgano jurisdiccional declare vía recurso de anulación la incompetencia del árbitro, estando claro en el supuesto que las partes no hayan pactado que la excepción se resuelva de manera previa, pero aún así, si se hubiese pactado, tal pronunciamiento “previo” se podría hacer un día antes de la emisión del laudo final, en el caso que el árbitro se declare competente, con lo cual la parte demandada tendrá que recurrir vía recurso de anulación al órgano jurisdiccional.

A modo de ejemplo se tiene que la Cámara de Comercio de Lima, no ha precisado el momento exacto en el que se debe resolver una excepción por incompetencia, sino que todo lo contrario ha señalado que el “*El Tribunal Arbitral determinará discrecionalmente el momento en que resolverá las excepciones u objeciones al arbitraje, pudiendo incluso pronunciarse sobre estos aspectos junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia (...)*”<sup>189</sup>.

“El momento idóneo para resolver una excepción es al principio del proceso. Ello, por una razón elemental y es que el resolver las excepciones al principio del proceso puede evitar: (i) que las partes incurran en gastos innecesarios; y (ii) que el Tribunal arbitral lleve a cabo un proceso que podría devenir en inútil (si es que se amparase la excepción luego de que la misma hubiese sido analizada junto con las

---

<sup>188</sup> Priori Posada, G. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Revista Ius Et Veritas*, 2009, p. 67.

<sup>189</sup> Art.40 inciso 2) del Reglamento arbitral de la Cámara de Comercio de Lima.

demás cuestiones, es decir, en el laudo)”<sup>190</sup>. Que, el proceso devenga en inútil, no sólo acarrea gastos innecesarios para las partes, sino que para la parte que asume una medida cautelar constituye<sup>191</sup> “la entrega de una serie de activos personales, ya sean materiales (principalmente dinero), como inmateriales (fundamentalmente paz y tranquilidad), que de no existir el procesamiento no habría entregado, sino que habría consumido para sí en su intento de plena realización humana; entonces una duración innecesaria significará una entrega innecesaria de activos personales, lo que a su vez traerá como consecuencia la complicación cuando no la postergación de la realización personal. Ésta sufre una paralización y, en el peor de los casos, un retroceso. Esta situación es en sí misma indigna de la persona y, por ello, no debida, y al no ser debida (en el sentido de deuda) se convierte en injusta. Por lo que tanto la esencia como la justificación de la exigencia de duración razonable es, en definitiva, la realización de la justicia”. Cuando se habla de duración razonable en este caso, se refiere a la duración necesaria e idónea para resolver la excepción de incompetencia, la misma que debe resolverse al inicio del proceso, específicamente antes del saneamiento y fijación de puntos controvertidos, lo que coadyuvaría a que la medida cautelar no devenga posteriormente en ineficaz y así cumpla realmente con su finalidad, esto es asegurar el cumplimiento de laudo final.

“El cuestionamiento ulterior de la competencia, que se permite dentro del inciso 3 del artículo 41 de la Ley, es absolutamente peligroso, porque no imaginamos ejemplos en los cuales una de las partes pueda cuestionar esa competencia, sencillamente porque no puede existir algún elemento nuevo. Es decir, con la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción debería estar todo planteado y es que si no se deduce incompetencia al conocer las pretensiones de la demanda o al conocer las pretensiones de la reconvencción, no se tiene nada que decir y, si después se dice, evidentemente será porque con conciencia de lo actuado se ha guardado cierta información”<sup>192</sup>. Razón por la cual no resulta adecuado realizar una interpretación gramatical de la presente norma, sino que el proceso arbitral, exige que se realice una interpretación teleológica de la misma, es decir atendiendo a su finalidad,

---

<sup>190</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, p. 720.

<sup>191</sup> Castillo Córdova, L. *Duración Razonable... Op. cit.*, p. 3.

<sup>192</sup> Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley... Op. cit.*, pp. 718-719.

que no es otra que realizar el cuestionamiento de la competencia en la primera oportunidad que se tenga conocimiento del vicio; siendo ésta la regla general sólo excepcionalmente en casos debidamente justificados y fundamentados el árbitro o el Tribunal debe admitir un posterior cuestionamiento de la competencia arbitral.

Para concluir, cabe decir que la emisión de una medida cautelar, concedida por un árbitro incompetente, vulnera el Derecho a la Tutela judicial efectiva, toda vez que se está frente a una medida cautelar ineficaz sencillamente por no haberse determinado en un plazo razonable la competencia arbitral. Dicha medida no tiene razón de ser, pues no asegurará el cumplimiento de laudo alguno, en ese sentido; una de las manifestaciones del Derecho a la Tutela Judicial efectiva, que consiste en velar por efectividad de las resoluciones judiciales o arbitrales, simplemente no se va dar.

## CONCLUSIONES

- PRIMERA.** Que el procedimiento arbitral se fundamente en su gran mayoría en normas dispositivas y reglas amparadas en la libre regulación de las partes, exige una mayor actuación protagónica del árbitro, esto implica que como director del procedimiento no sólo se debe interesar por resolver la controversia planteada, sino que también su preocupación debe versar por el camino que conduce a la decisión final, esto es que el mismo no se encuentre afectado por un vicio que traiga consigo la afectación a algún Derecho fundamental, dado que en arbitraje como medio alternativo en el que se administra justicia, también resulta exige el respeto a la Constitución y a los Derechos fundamentales.
- SEGUNDA.** El Derecho a la Tutela judicial efectiva en el arbitraje, no se agota en el acceso de las partes a un proceso arbitral, sino que exige que éste sea conocido por un árbitro o Tribunal competente, que resuelva no sólo la controversia sino todas las incidencias planteadas en un plazo razonable, y que además, lo resuelto finalmente se efectivice.

**TERCERA.** El arbitraje además de caracterizarse por su flexibilidad en el procedimiento, también, se caracteriza por resolver la controversia en un menor tiempo en comparación con el tiempo que conllevaría resolver la misma controversia en sede judicial; no obstante, cabe la posibilidad que también en ese espacio temporal se corra el riesgo que lo resuelto en el laudo final simplemente no se cumpla, es por ello que las partes se encuentran legitimadas a solicitar la concesión de alguna medida cautelar para lograr una tutela real, con lo cual la medida cautelar es ese instrumento que permite que se concrete una de las manifestaciones de la Tutela judicial efectiva, como es la efectividad de las resoluciones arbitrales.

**CUARTA.** En virtud al principio *kompetenz kompetenz* el árbitro o Tribunal arbitral se encuentra facultado para decidir sobre su propia competencia, en ese sentido, al plantearse un cuestionamiento a la competencia arbitral, se exige como regla general que el árbitro o Tribunal arbitral se pronuncie sobre dicho cuestionamiento de manera inmediata, en un plazo razonable, en su defecto y por causas debidamente fundamentadas podrá pronunciarse al momento de emitir el laudo final. Frente al incumplimiento de esta regla general, y ante la declaración de incompetencia arbitral, se declarará nulo todo lo actuado, por consiguiente, una medida cautelar dictada por un árbitro o Tribunal arbitral que no resulta ser el competente para conocer la controversia principal, deviene en ineficaz, ocasionando no sólo una pérdida de tiempo, de dinero, una entrega innecesaria de bienes materiales e inmateriales, sino que lo más importante es que dicha medida vigente hasta la emisión del laudo final, no cumplirá su objeto, esto es asegurar la efectividad de la decisión contenida en el laudo final, afectándose de esta forma el Derecho a la tutela judicial efectiva.

## BIBLIOGRAFIA

- Alva Navarro, E. Motivos observables de oficio por el juez revisor. *En su: La anulación del laudo*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera parte, 2011.
- Ariano Deho, E. *Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad “objetiva” del juzgador*. En su: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- Ariano Deho, E. *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2014.
- Baca Oneto, V. “Los medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)” En: *Revista Lima Arbitration*, N° 1, 2006.
- Barona Vilar, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson civitas, 2006.
- Bullard Gonzáles, A. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación.” En: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2013.
- Caivano, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ah Hoc. S.R.L, 2008.
- Calamandrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores E.I.R.L, 2005.

- Cantuarias Salaverry, F; Aramburú Yzaga, M. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Cultural Cuzco S.A editores, 1994.
- Carrión Lugo, J. *Tratado de Derecho procesal civil I*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, primera edición, volumen I, 2004.
- Casassa Casanova, S. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Castillo Córdova, L. *Duración Razonable del procesamiento*. En Universidad de Piura. Disponible en Web [Consultado el 15-08-16]: <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2085>.
- Castillo Freyre, M. *Actas del Séptimo Congreso Internacional de arbitraje 2013 – cuarto día*. Lima: Thomson Reuters, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 29, 2014.
- Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. ¿Las funciones del Ositran son materia arbitrable?. *Panorama actual del arbitraje*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, 2010.
- Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera edición, 2009.
- Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R. En su: *Panorama actual del Arbitraje*. Lima: Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 13, 2010.
- Castillo Freyre, M; Sabroso Minaya, R; Castro Zapata, L; Chipana Catalán, J. *Comentarios a la ley de arbitraje. Segunda parte*. Lima: Thomson Reuters, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 26, 2014.
- Castillo Freyre, M; Vásquez Kunze, R. *Arbitraje el juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra editores, 2006.

- Chillón Medina, J; Merino Merchán, J. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial civitas S.A, segunda edición, 1991.
- Chioventa, Giuseppe. *Instituciones de Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Valletta ediciones S.R.L, 2005.
- Cordón Moreno, F. *El arbitraje de Derecho privado*. Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- Cremades Sanz Pastor, B. “El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española” En: *Revista Lima Arbitration*, N° 1, 2006.
- Díez Picazo, I. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 2000.
- Garberí Llobregat, J; Torres Fernández de Sevilla, J; Casero Linares, L. *Las medidas cautelares en la Nueva ley de enjuiciamiento civil*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004.
- García Ascencios, F. “Arbitraje y jurisdicción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 176, Mayo 2013.
- Hurtado Reyes, M. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Moreno S.A, 2009.
- Hurtado Reyes, M. *Fundamentos de Derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2005.
- Landa Arroyo, C. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Castillo Freyre, M. *Ponencias del segundo Congreso Internacional de arbitraje*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera edición, 2009.
- Larroumet, C. *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Colombia: Legis S.A, 2008.

- Ledesma Narváez, M. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2009.
- Mallandrich Miret, N. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010.
- Martínez Coco, E. *Actas del Sexto Congreso Internacional de arbitraje 2012 – primer día*. Lima: Thomson Reuters, Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 28, 2014.
- Matheus López, C. *Compulsiva crítica entre el proceso jurisdiccional y arbitral en el sistema jurídico peruano*. En: Cantuarias Salaverry, F; De Trazegnies Granda, F; Landa Arroyo, C; Ugaz Sánchez Moreno, J. *Doctrinas magistrales nacionales*. Lima: Thomson Reuters, Tomo II, 2012.
- Matheus López, C. *En Introducción al derecho de arbitraje peruano*, Bogotá: Universitas, 2003.
- Matheus López, C. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastian: Dijusa Libros Jurídicos, 2009.
- Monroy Gálvez, J. *Materiales de enseñanza de teoría del proceso*. Lima: Universidad De San Martín de Porres, 1997.
- Monroy Gálvez, J. *Temas de proceso civil; Introducción al estudio de la medida cautelar apuntes para un estudio sobre la excepción, el aforismo iura novit curia y el art. VII del título preliminar del código civil*. Lima: Librería Studium, 1987.
- Monroy Gálvez, J. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra editores, primera edición, 2007.
- Monroy Palacios, J. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad 2002, primera edición, 2002.
- Obando Blanco, V. *El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. En: Priori Posada, G. *Proceso y Constitución*. Lima: ARA editores E.I.R.L, 2011.

- Osterling Parodi, F. El arbitraje nacional e internacional en el Perú. Disponible en web: [Consultado el 14-05-15] En <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%20Arbitraje.26%20set%2005.pdf>.
- Peláez Bardales, M. *Medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008.
- Priori Posada, G. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. Lima: Revista Ius Et Veritas, 2009.
- Priori Posada, G. *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara editores E.I.R.L, 2006.
- Puglianini Guerra, L. ¿Qué es el arbitraje?. En su: *Arbitraje, la relación partes – árbitros*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera edición, 2012.
- Reggiardo Saavedra, M. *La anulación de laudo arbitral por afectación a la tutela jurisdiccional efectiva*. En: *Constitución y proceso*. Lima: ARA editores E.I.R.L, 2009.
- Rocco, U. *Derecho procesal civil*. San José: Editorial Jurídica Universitaria, Volumen I, 2002.
- Rubio Guerrero, R. “El principio Competence – Competence en la nueva ley peruana de arbitraje” En: *Revista Lima Arbitration*, N° 4, 2010-2011.
- Soto Coaguila, C. “Comentarios a la ley peruana de arbitraje”. Disponible en web: [Consultado el 22-06-15] En <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>.
- Soto Coaguila, C. *Suplemento de análisis legal – Diario oficial El peruano*. Lima: 22 de Abril 2014.

- Soto Coaguila, C., “Comentarios a la ley peruana de arbitraje”. Disponible en web: [Consultado el 13-05-15] En <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>.
- Torres Vásquez, A. *Acto jurídico*. Lima: Idemsa, segunda edición, 2001.
- Vidal Ramírez, F. “Jurisdiccionalidad del arbitraje” En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 3, 2006.
- Vidal Ramírez, F. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta jurídica, primera edición, 2003.
- Vilela Carbajal, K. “*La competencia civil: Recientes modificatorias legislativas*”. Lima: En: *Revista Actualidad Civil*, N° 7, Enero 2015.
- Vilela Carbajal, K. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en la medidas cautelares y medidas anticipadas”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 2007.

**JURISPRUDENCIA**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

- STC en Exp. N° 00015-2005-AI/TC de fecha 05 de enero de 2006.
- STC en Exp. N° 06356-2006-PA/TC de fecha 14 de abril de 2009.
- STC en Exp. N° 0015-2001-AI/TC; 016-2001-AI/TC; 004-2002-AI/TC de fecha 29 de enero de 2004.
- STC en Exp. N° 6167-2005-PHC/TC de fecha 28 de febrero de 2006.