

COMITÉ EDITOR:

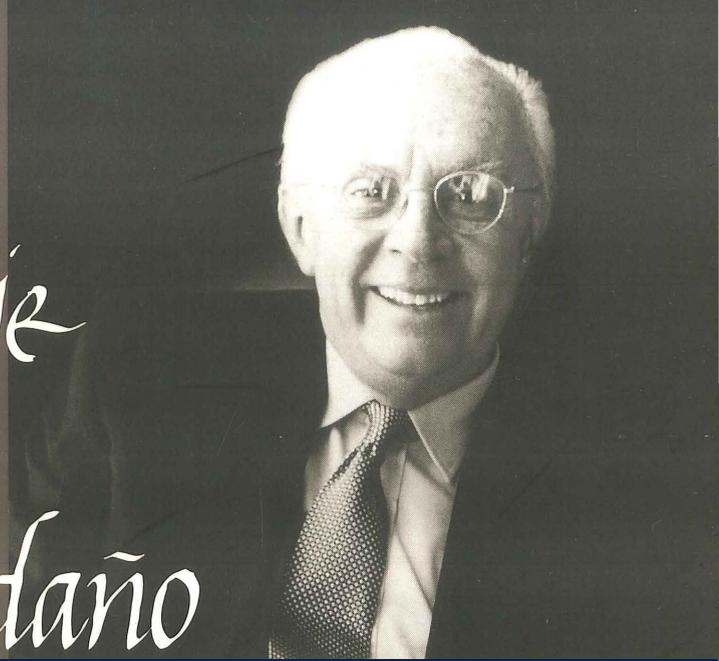
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

# Homenaje a Jorge Avendaño



## Capítulo 49



Pontificia Universidad Católica del Perú  
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño  
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña  
Alfredo Bullard González  
Luis Pizarro Aranguren  
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica  
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima  
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411  
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:  
ISBN: 9972-42-645-9  
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

## Antecedentes históricos y legislativos del arbitraje

Fernando Vidal Ramírez

TRABÉ AMISTAD CON JORGE AVENDAÑO, en 1966, cuando él era Decano de la Facultad de Derecho y yo, profesor en la de San Marcos, fui invitado para incorporarme como Profesor de «Derecho Civil» en el claustro de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde entonces, nos ha vinculado el ejercicio de la docencia, el de nuestra profesión y el desempeño de algunas tareas comunes, habiendo, ambos, asumido el Decanato del Colegio de Abogados de Lima y, en la actualidad, compartimos la tarea de la supervisión deontológica de los miembros de la Orden.

Sin embargo, conocí a Jorge Avendaño varios años antes, si mal no recuerdo en 1947, cuando, como fotógrafo aficionado, Jorge asistía a los partidos de fútbol en el viejo Estadio Nacional. Eran los tiempos en los que circulaban como revistas deportivas *Sport* y *Equipo* y alguna de ellas, presumo, publicaba las fotografías de Jorge. Una tarde, en uno de los partidos jugados en el antiguo Estadio se produjo una gran pelea entre los jugadores y Jorge, en su afán de plasmarla fotográficamente, se acercó tanto que fue alcanzado por un golpe en la cara que le produjo una efusión sanguínea con la que hizo noticia.

Pasados los años, mi reencuentro con Jorge fue en los viejos corredores de la Casa de Riva-Agüero, iniciándose la amistad que motiva mi colaboración en este *liber amicorum*.

## 1. Premisa

El arbitraje es un hecho cultural y, por eso, es imprescindible atender a su evolución histórica, pues, a la luz de su origen y evolución, así como de los antecedentes con los que quedó insertado en nuestro ordenamiento jurídico, se le puede comprender mejor en su función y en su proyección.

## 2. Origen y evolución

El arbitraje, del que puede decirse que ha existido desde la más remota antigüedad, se origina cuando los seres humanos toman conciencia de la necesidad de organizar su vida y de confiar en un tercero la solución de sus conflictos. Es, entonces, que en aquellas organizaciones sociales anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confía en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar el conflicto de intereses para solucionarlo, comprometiéndose los interesados a aceptar su decisión. Por ello, puede afirmarse, sin duda alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que, en su origen, no constituyó una alternativa sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal.

El carácter rudimentario del arbitraje se mantuvo por largos siglos hasta asomarse en el Derecho Romano e iniciar su perfilamiento como institución jurídica.

Los romanistas le atribuyen al arbitraje una aparición remota en Roma y consideran que las antiguas legis *actiones* tuvieron sus lejanas raíces en una praxis arbitral privada entre romanos y extranjeros y también entre cives, que, incluso, modeló el procedimiento formulario<sup>1</sup>. Así, pues, se da noticia del arbitraje desde la época que los romanistas denominan clásica, que va desde la fundación de Roma hasta los inicios del Imperio. Iglesias<sup>2</sup> exponiendo el régimen procesal de la época clásica hace referencia al arbitraje como una función juzgadora, un iudicium, ajena a un imperium magistratual y basada

---

<sup>1</sup>MATTEO MARRONE. Sobre el Arbitraje Privado en la Experiencia Jurídica Romana, en Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista de Diritto Dell'Integrazione e Unificazione in Europa e America Latina, p. 57 y ss.

<sup>2</sup> Derecho Romano. *Instituciones de Derecho Privado*, p. 200 y 201.

únicamente en el officium de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, un *compromisium*, en virtud del cual acordaban someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o *arbiter*.

La función del *arbiter* llegó a incorporarse en la organización judicial de Roma, la cual planteó una diferenciación entre los magistrados y los jueces. Las funciones de ambos fueron distintas según los periodos que caracterizan a la historia de Roma. Los magistrados estaban dotados de *imperium* y ejercían la *iurisdictio* en representación del poder soberano del Estado romano y eran quienes daban acogida o denegaban las alegaciones de las partes, permitiendo o no el entablamiento del proceso, pues su misión estribaba en instruirlo y en formalizarlo. A los jueces les competía dictar la correspondiente sentencia y sus funciones las ejercían de manera permanente o bien de manera particular en cada caso, en el que al dictar la sentencia, su función quedaba concluida. Estos últimos, que eran los *arbiter*, asumían la *iurisdictio* por delegación,<sup>3</sup> y eran nombrados por las partes o escogidos de las listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio.

El *arbiter* estaba considerado, pues, entre los jueces no permanentes. Esto es, entre los nombrados para cada caso y era un juez con amplia discrecionalidad, tanto para la apreciación de los hechos como para declarar el derecho que los litigantes invocaban y pretendían hacer valer, ya que resolvía sobre la base de la buena fe. Su sentencia no era obligatoria, salvo que las partes lo hubieran estipulado en el *compromissum*, según apunta Petit.<sup>4</sup>

Al producirse la penetración del Derecho Romano en los ordenamientos jurídicos de la Europa Medieval, su recepción se orientó a la regulación de las relaciones jurídicas entre particulares, pues en lo relativo a la organización del Estado y de las instituciones públicas, no tuvo similar acogimiento, pues no se recepcionó la organización judicial de Roma.

El arbitraje fue desvaneciendo su importancia en la medida en que los pueblos fueron convirtiéndose en naciones y se organizaba el Estado que asumió la función de administrar justicia. De este modo, se confirió a los árbitros, a lo sumo, el rol de simples conciliadores.

Sin embargo, en los pueblos de la Península Ibérica, particularmente en Castilla, el Derecho Romano, yuxtapuesto a su *Ius Proprium*,

---

<sup>3</sup> *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 614.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 615.

dio lugar a la recepción de la figura del *arbitrator*. En el *Fuero Juzgo*, se reconocieron como jueces a los que nombraran las partes de común acuerdo, lo que fue continuado en *El Espéculo* y en *Las Partidas*, en las que se hizo referencia a los árbitros con el advocativo de jueces *avenidores*, los que eran escogidos por las partes para resolver sus contiendas, distinguiéndolos en árbitros *arbitradores* y en *amigables componedores*.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI trajo como resultado la organización de la administración de justicia y una función jurisdiccional garantizada por el mismo Estado, aun cuando para algunos historiadores la Revolución Francesa favoreció y alentó el arbitraje pese a la concepción tricotómica que proyectaron sus ideólogos desde fines del siglo XVIII.

En los albores del siglo XIX, tanto la codificación civil como la comercial, de gran influencia desde la Francia napoleónica, soslayaron el arbitraje, como también lo haría la codificación posterior. Solo en España, con los antecedentes anteriormente señalados, la Constitución Política de la Monarquía, aprobada en las Cortes de Cádiz de 1812, proclamó el derecho a determinar las diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes y, posteriormente, acogió el arbitraje en su codificación para el procesamiento civil, la misma que sirvió de fuente a la codificación de la materia procesal en el Perú.

En realidad, históricamente, el arbitraje nunca perdió su vigencia como medio de solución de controversias, sino que pasó a un plano estrictamente privado, en el que el Estado delegaba la solución de determinadas controversias en el caso de que los particulares así lo concertaran. De este modo, el arbitraje fue llevado, fundamentalmente, a la solución de controversias de naturaleza comercial.

El arbitraje ha mantenido siempre su función y fue provocando el interés de los Estados por la ejecutabilidad de los laudos, no solo expresada en su legislación interna sino también en tratados internacionales. Así, en lo que a nuestro Continente se refiere, pueden citarse el Tratado de Derecho Procesal Internacional celebrado en Montevideo en 1899, que estableció los requisitos y formalidades para la ejecución de los laudos arbitrales en territorio distinto al del Estado en el que habían sido dictados.

El arbitraje llegó al siglo XX como respuesta a los requerimientos de la actividad comercial que, por sus características, hacía indispensable la más pronta solución a sus controversias y que se aceptara la

validez de los laudos y su ejecutabilidad con un tratamiento similar al de la sentencia judicial.

El arbitraje atrajo, además, la atención de los Estados como medio idóneo para la solución de sus conflictos. La Convención de La Haya de 1899 sentó las bases del arbitraje internacional y su complemento de 1907 precisó que tenía por objeto resolver los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos.

Ya avanzado el siglo XX, en lo que a nuestro Continente se refiere, el arbitraje continuó recibiendo la atención de los Estados. La Convención de La Habana de 1928, también conocida como Código Bustamante, puso nuevamente de actualidad la necesidad de preservar la ejecución de los laudos arbitrales, lo que se puso de manifiesto nuevamente con el Tratado de Derecho Procesal Internacional suscrito el 19 de marzo de 1940.

El arbitraje, por lo demás, concitó el interés de la Organización de las Naciones Unidas que, para el reconocimiento y ejecución de los laudos, aprobó la denominada Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 y, en 1966, creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, también conocida como UNCITRAL (*United Nations Commission International Trade Law*), lo que dio un decidido apoyo a la solución arbitral al promover y alentar el arbitraje como medio idóneo y eficiente para la solución de los conflictos de intereses privados mediante la Ley Modelo aprobada el 21 de junio de 1985, inspiradora de la legislación sobre arbitraje dictada en nuestro país.

Adicionalmente, las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) vienen prestando atención a la promoción del arbitraje, sobre todo, en la Convención de Panamá del 30 de enero de 1975 y en la de Montevideo del 8 de mayo de 1979.

El arbitraje ha sido también concebido como un medio coadyuvante a la integración regional o subregional, como viene ocurriendo en el MERCOSUR y como es de esperar que ocurra en la Comunidad Andina.

En la actualidad, el arbitraje ha tomado auge y se ha difundido universalmente, no solo a través de las instituciones que lo organizan sino, además, por quienes recurren a él como instrumento para la pronta solución de sus litigios.

### 3. Su incorporación en la legislación peruana

La Legislación Peruana entroncada a la española, salvo la influencia del Código Napoleón en nuestra codificación civil del siglo XIX, toma el modelo del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de España e introduce el arbitraje mediante el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil promulgado en 1851, con el que distingue a los jueces árbitros o de jure de los árbitros arbitradores o amigables componedores y regula el procedimiento ante unos y otros.

El sistema procesal entonces adoptado mantuvo el sistema escrito imperante desde la época colonial y que la metrópoli española había receptado del Derecho Romano, basándose en la máxima *quod non est in actis non est in mundo*, que ha continuado hasta nuestros días y caracteriza tanto al proceso judicial como al arbitral.

El arbitraje, continuando la tradición española remontada a Las Partidas, desde los albores republicanos tuvo ya asiento en nuestro ordenamiento jurídico, pues la Constitución Política de 1839, que tuvo vigencia hasta la de 1856, preceptuó en su artículo 164, como garantía individual, que «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».<sup>5</sup>

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, continuando la tradición española de legislar sobre el arbitraje como institución procesal, lo legisló como Juicio Arbitral (artículo 548 a 582). Este último se originaba en la denominada cláusula compromisoria y se concretaba en el compromiso (Infra 16). El juicio arbitral, que era único para los árbitros fueran de derecho o amigables componedores, podía ser entablado solo si las partes estaban vinculadas por el compromiso. Como puede inferirse, el juicio arbitral estaba marcadamente judicializado y la actuación de los árbitros sumamente regulada. Solo si el compromiso no había previsto las normas de procedimiento, les podían fijar los árbitros y, contra lo que resolvieran, se podían interponer los mismos recursos que ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, salvo que las partes los hubiesen renunciado en el compromiso, renuncia que no obstaba para interponer recurso de apelación y recurso de nulidad por las causales taxativamente establecidas. Estas últimas podían invocarse también ante los árbitros que actuaban como amigables componedores.

---

<sup>5</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Walter GUTIÉRREZ CAMACHO. *Las Constituciones del Perú*, p. 261.

La función arbitral, bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles, no tuvo mayor difusión ni significó una alternativa viable frente a la jurisdicción ordinaria.

La Constitución Política de 1979, cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1980, le dio el gran espaldarazo al arbitraje al reconocerlo como función jurisdiccional. Su artículo 233, inciso 1, al proclamar las garantías de la administración de justicia y al declarar la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, le dio este carácter a la función arbitral. Es a partir de entonces que el arbitraje comienza a difundirse en nuestro medio hasta tomar el auge que ha alcanzado en nuestros días.

El Código Civil vigente, promulgado el 24 de julio de 1984 y en vigor desde el 14 de noviembre de ese mismo año, mantuvo el juicio arbitral regulado por el Código de Procedimientos Civiles, pero lo modificó en los aspectos atinentes a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, que consideró como contratos nominados y dándoles la conceptualización de fuentes de obligaciones (artículos 1906 a 1922). De este modo, el Código Civil sustrajo del Código de Procedimientos Civiles los aspectos sustantivos o materiales del arbitraje, hasta entonces legislados como materia procesal, aunque, con la finalidad de coadyuvar al desarrollo de la función arbitral y facilitar la ejecutabilidad de los laudos emitidos en el extranjero, introdujo disposiciones para su reconocimiento y ejecución en el articulado que da cabida a las normas de conexión en materia de Derecho Internacional Privado (artículos 2102 a 2111).

El articulado del Código Civil fue un primer intento por darle a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral un tratamiento sistemático y, por eso, no legisló sobre los aspectos procesales del arbitraje y mantuvo las normas de procedimiento del Código de Procedimientos Civiles de 1912. Por ello, la reforma de este último, introducida para modernizar el proceso civil, trajo como consecuencia que el proyecto de Código Procesal Civil aprobado mediante decreto legislativo 968, promulgado el 29 de febrero de 1992 y con una *vacatio legis* hasta el 1 de enero de 1993, introdujera una reforma del juicio arbitral y al derogarlo, desarrollara con amplitud una nueva normativa bajo la denominación de Justicia Arbitral.

Pero, además, el proyecto de Código Procesal Civil planteó modificaciones al articulado del Código Civil, por lo que eliminó la cláusula compromisoria y varió el *nomen iuris* del compromiso, al que pasó a

denominar simplemente como convenio arbitral (Infra 16), así como sobre otros aspectos que no son del caso tratar ahora.

El proyecto de Código Procesal Civil, adicionalmente, planteó una innovación al diferenciar el arbitraje nacional del arbitraje internacional (Infra 10), por lo que dedicó a cada uno su propia normativa.

En lo que respecta a los aspectos procesales del arbitraje, el proyecto de Código Procesal Civil derogaba el Código de Procedimientos Civiles, con lo cual, obviamente, derogaba también las normas del juicio arbitral. Si a estas las hemos calificado de judicializadas, las que planteaba introducir el proyecto de Código Procesal Civil merecía esa misma calificación, inclusive, en mayor grado.

Mediante decreto ley 25935, promulgado el 9 de diciembre de 1992 como Ley General de Arbitraje, se derogaron tanto las disposiciones del Código Civil como las del proyecto de Código Procesal Civil, cuya vigencia estaba diferida hasta el 1 de enero de 1993 y fue posteriormente prorrogada hasta el 28 de julio de 1993, en que inició su vigor. De este modo, las modificaciones introducidas al Código Civil y la derogación del juicio arbitral prevista en el Código de Procedimientos Civiles y que vendrían a sustituirlas, nunca alcanzaron vigencia y el arbitraje quedó sometido exclusivamente a las normas del decreto ley 25935, que derogaron a las del Código Civil e impidieron el vigor de las del proyecto de Código Procesal Civil. El decreto ley 25935 mantuvo la diferenciación de arbitraje nacional y arbitraje internacional, por lo que los normó separadamente.

La coyuntura política generada por la disolución del Congreso de la República en abril de 1992 trajo como consecuencia que el Poder Ejecutivo asumiera la labor legislativa mediante decretos leyes, como el ya acotado decreto ley 25935, y que, además, con la finalidad de legitimarse, dotara al país de una nueva Constitución Política que, como la de 1979, reconociera el carácter jurisdiccional del arbitraje en el inciso 1 de su artículo 139.

El arbitraje, en la actualidad, está legislado por la ley 26572 que se inspira en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNEDMI), aprobada por la Resolución 40/72 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1985.

La vigente ley 26572 vino a derogar al decreto ley 25935 y está en vigor desde el 6 de enero de 1996 como Ley General de Arbitraje, por lo que se constituye en el único instrumento normativo del arbitraje, pues con tal finalidad introdujo modificaciones en el Código Civil y también en el Código Procesal Civil en relación con la ejecución de los

laudos dictados en procesos arbitrales tramitados en el país y en el extranjero. Salvo en sus disposiciones imperativas, su rol es supletorio respecto de la voluntad de las partes.