

Arbitraje y prescripción

por

Luis MOISSET de ESPANES

I.- Introducción

a) Agradecimiento

En primer lugar debo expresar mi agradecimiento a los organizadores de este Congreso, la Pontificia Universidad Católica y el estudio Castillo Freyre, que han tenido la gentileza de invitarme a participar, sin tener en cuenta mis limitaciones, y con ello me han obligado a estudiar e investigar para ver si podía brindar con mi exposición algún aporte que resultase útil.

b) Elección del tema

En un primer momento el Dr. Mario Castillo Freyre me sugirió un tema de gran atractivo: "La cláusula arbitral vs. las cláusulas abusivas", que tiene gran amplitud y riqueza y presenta numerosas facetas para su análisis, pero luego al parecer se apiadó de mi y tomando en cuenta mis limitaciones, con mucha delicadeza me expresó que podía elegir con total libertad el tema que yo desease. Finalmente he decidido centrar mi ponencia en el estudio del funcionamiento de la prescripción en los arbitrajes, pero como llegué a esa decisión luego de un análisis de las relaciones que pueden existir entre las cláusulas abusivas y el arbitraje, procuraré ilustrar sobre el camino recorrido, pues en él se han jalonado distintas etapas que pueden servir más adelante para el estudio profundizado de esos problemas.

II.- Cláusula arbitral vs. cláusulas abusivas

Generalmente las cláusulas abusivas se presentan dentro de

las condiciones generales que solemos encontrar en los contratos predispuestos, propios de la contratación masiva, donde una de las partes debe aceptar sin mayor discusión las estipulaciones incluídas por el predisponente, que se encuentra en una situación de privilegio, que suele aprovechar para obtener ventajas a su favor.

Ya en un Congreso de Derecho Privado que se celebró en Lima en 1988¹ en una de las ponencias que remití expresaba que "esta modalidad contractual no es en sí misma condenable, y resulta casi indispensable para el aprovechamiento y comercialización de bienes que son de consumo masivo"², pero acotaba que en algunos casos "se convierte en instrumento de explotación que es utilizado por quien tiene el monopolio de esos bienes, para imponer condiciones abusivas o leoninas"³.

¿Cómo puede incidir la existencia de estas cláusulas en una controversia sometida a arbitraje? Los caminos que pueden conducir a esto son varios que procuraremos sistematizar brevemente.

a) Inexistencia de cláusula arbitral. Convenio posterior

En primer lugar podemos encontrarnos con contratos en los cuales no se ha incluído una cláusula que prevea someter las controversias a arbitraje, pero ante el reclamo de la parte que adhirió a las condiciones generales, por considerar que algunas de las cláusulas son abusivas, el predisponente ofrezca someter el problema a un arbitraje, en lugar de dilucidarlo ante la justicia ordinaria.

Es menester recordar que las legislaciones modernas, tomando como modelo previsiones contenidas en el BGB, consagran de manera expresa la regla de la "buena fe", como principio que debe regir todas las etapas de una relación contractual. En el Código

¹. El Congreso tenía como objetivo central el estudio de las "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano", los trabajos aportados se publicaron en un tomo, con el título de "Derecho Privado", por Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1990.

². Ver obra citada en nota anterior, p. 511.

³. Libro y lugar citados en nota anterior.

civil peruano de 1984 encontramos el artículo 1362 que nos dice que "*los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*" ⁴.

A nuestro criterio esta actitud del predisponente que, frente a los reclamos del otro contratante, ofrece someter el problema a juicio de árbitros, puede entenderse como una muestra de la buena fe que inspira su obrar, que no procura aprovechar la literalidad de la cláusula considerada abusiva, sino que admite se pronuncie un árbitro sobre los verdaderos alcances de la cláusula cuestionada.

b) Agregado de cláusula arbitral a un contrato de adhesión

Puede suceder, aunque no es frecuente que ello suceda, que frente a un contrato con cláusulas predispuestas la otra parte tenga peso suficiente como para reclamar se agregue una cláusula de arbitraje que no existe en el resto de los negocios de ese tipo. También aquí la aceptación del predisponente podría interpretarse como demostración de que procede de buena fe, y acepta agregar a ese contrato por adhesión a condiciones generales, una cláusula arbitral para dirimir las posibles controversias que puedan surgir si se llega a considerar que algunas de las otras cláusulas predispuestas tienen carácter abusivo.

Este caso tiene alguna semejanza con el que hemos contemplado anteriormente, pero se diferencia porque en el primero no había cláusula arbitral al tiempo de celebrarse el contrato y se llega al arbitraje por un convenio posterior, y aquí ya las partes -de común acuerdo- estipulan someter las controversias a arbitraje. Se trata de una previsión concertada en ese contrato, y no en el resto de los que celebra el predisponente, como fruto de una negociación que normalmente no suele darse en la contratación masiva.

⁴. En el Código Civil argentino la ley 17.711, en 1968, dió nueva redacción al primer párrafo del artículo 1198 que actualmente expresa: "*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. ...*".

c) Cláusula arbitral predispuesta

Aquí el predisponente está sometiendo a sus contratantes a la exigencia de recurrir a arbitraje en lugar de someterse a la justicia ordinaria.

Esta situación es netamente diferente de las que hemos enunciado en los puntos anteriores, y es mirada con disfavor por el legislador. A guisa de ejemplo citaremos lo que disponen algunos Códigos al legislar sobre los contratos de adhesión a condiciones generales. Vemos así que el artículo 1398 del Código civil peruano de 1984, al referirse a cláusulas que carecen de validez si se las incluye en un contrato de adhesión, por estimar que pueden resultar abusivas, mencionaba especialmente en su parte final "fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje"⁵. Aunque posteriormente en una ley de reformas al Código Procesal Civil, se modificaron numerosos artículos del Código Civil, entre ellos el mencionado artículo 1398⁶, no se ha alterado el espíritu que inspiraba a esa norma en virtud de la cual no se consideran válidas las cláusulas que el predisponente incluya en contratos de adhesión que tengan como finalidad abusiva limitar o menoscabar los derechos de la otra parte⁷.

Un camino similar sigue el Código Civil de Costa Rica, cuyo artículo 1923 (según la ley N° 6015 de diciembre de 1976), en el inciso 2 expresa que "*a solicitud de las partes los tribunales*

⁵. "Art. 1398 (Código civil de Perú de 1984).- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato, **y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje**".

⁶. Debo agradecer al Dr. Mario Castillo Freyre que me señaló la existencia de esa modificación del texto originario del artículo 1398.

⁷. "Art. 1398 (Código civil de Perú - texto actual).- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato".

declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales ...", y en el apartado e) del mencionado inciso se menciona a "las que excluyen o restringen el derecho del comprador o adherente a recurrir a los tribunales comunes", lo que lleva a concluir que la cláusula predispuesta que somete las controversias a arbitraje es considerada abusiva.

A su vez en el Código civil de Paraguay se dispone que si en los contratos de adhesión se incluyen "cláusulas restrictivas de carácter leonino, la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirla" (art. 691) y, aunque no se hace alusión especial a la cláusula arbitral, se menciona entre las posiblemente abusivas a las que limiten "la utilización de procedimientos judiciales de los cuales el adherente podría hacer uso" (inciso h).

Estas prevenciones del legislador se refieren no al arbitraje en su conjunto, sino a que "se fuerce" su empleo por medio de una cláusula predispuesta, que obligue al contratante a someterse, cláusula que puede resultarle onerosa o llevarlo a discutir la controversia ante un tribunal arbitral cuya localización territorial o especialización dificultan gravemente la defensa de sus derechos.

En cambio cuando la cláusula arbitral es libremente pactada y resulta del común acuerdo entre las partes el orden jurídico la acepta sin inconvenientes.

Por ello la Ley General de Arbitraje peruana N° 25.572, matizando lo que dispone el artículo 1398 del Código civil, que hemos mencionado más arriba, admite actualmente la previsión de convenios arbitrales incluídos en "Cláusulas generales de Contratación o Contratos de adhesión", cuando hayan sido conocidos o conocibles, usando la diligencia ordinaria (art. 11, Ley General de arbitraje), y en cuatro incisos desarrolla hipótesis en las cuales debe considerarse que esas cláusulas que imponen el convenio arbitral son "conocibles". Pero el predisponente no puede exigir a la contraparte se someta al convenio si se establece que no era conocido o conocible, "salvo que lo acepte expresamente y por escrito" (parte final, artículo 11, Ley General de Arbitraje).

Se trata de un serio esfuerzo de la Ley de Arbitraje por lograr la extensión de estos convenios a la contratación predispu-

ta, pero - a nuestro criterio- el mero conocimiento o posibilidad de conocer la existencia de esa cláusula no es suficiente para privarla de características abusivas, si las tuviera y la justicia ordinaria podrá declarar su invalidez cuando en razón de su contenido esa cláusula menoscabara el derecho de "defensa", que es un derecho con jerarquía constitucional. Y decimos que el conocimiento de la inclusión de la cláusula no es suficiente, si quien contrata con el "predisponente", no está en condiciones de objetar la inclusión de la cláusula aunque advierta que es abusiva, lo que lamentablemente sucede con frecuencia en la contratación masiva por adhesión. Si tal cosa sucediera y la cláusula que impone el arbitraje tuviese carácter abusivo, el juez deberá invalidarla, aunque su inclusión hubiese sido conocida por la parte.

III.- Prescripción y arbitraje

El análisis efectuado de las posibles cláusulas abusivas, nos llevó insensiblemente a contemplar la posibilidad de que en un contrato por adhesión a condiciones generales se hubiesen incluido cláusulas que modificasen los alcances que el derecho común establece para la prescripción de las acciones.

En nuestro Curso de Obligaciones recordamos que "la prescripción obedece a un fundamento de *orden público*, e interés social"⁸; esto trae como consecuencia que los plazos de prescripción sean "indisponibles", de modo tal que no puede imponerse al acreedor un plazo más breve, ni al deudor mantenerlo sujeto por un plazo mayor o más extenso. En conclusión, las cláusulas predispuestas no pueden contener dispositivos por los que se alteren los plazos, solución que consagra el Código civil peruano en su artículo 1980⁹, lo que no impide renunciar a una prescripción ya ganada, y cumplir con la

⁸. Ver nuestro "Curso de Obligaciones", 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2004, T. 3, p. 168.

⁹. "Art. 1980 (Código civil de Perú).- El derecho de prescripción es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción".

obligación, aunque ya no sea exigible ¹⁰. A esto debemos agregar que la Ley General del Arbitraje del Perú, en un apartado final que contiene disposiciones complementarias y transitorias, hace referencia expresa al problema, disponiendo en la Cláusula Séptima, punto 5 que: "Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción", y esto que no puede hacerse en el convenio de arbitraje, a fortiori tampoco podrá hacerse por la vía de inserción en las cláusulas predispuestas de un contrato de adhesión.

Tras estas primeras observaciones debemos preguntarnos: ¿puede y debe el tribunal arbitral resolver los problemas suscitados por la prescripción de las obligaciones que se pretenden someter a arbitraje? Obviamente la respuesta positiva se impone, pero se nos presentan aquí dos alternativas: a) el que, frente a la actitud del acreedor que pretende reclamar por vía arbitral el cumplimiento de una obligación, la otra parte alegue la prescripción como excepción; y b) que el deudor procure de manera directa obtener que el tribunal arbitral declare prescriptas las obligaciones que surgían del contrato.

a) Ejercicio de la prescripción como excepción

El planteo de la prescripción como excepción, frente al reclamo del presunto acreedor, suele ser el camino transitado con mayor frecuencia, a punto tal que algunos cuerpos legales, como el Código civil argentino, definen la prescripción liberatoria como "excepción para repeler una acción" ¹¹. En materia de arbitraje el deudor podrá, en el momento en que se solicite someter la controversia al tribunal, oponer al reclamo de la otra parte la excepción de

¹⁰. "Art. 1981 (Código civil de Perú).- Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada. ...".

Esta norma concuerda con el artículo 3965 del Código civil argentino, que dispone: "Todo el que puede enajenar puede remitir la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo".

¹¹. "Art. 3949 (Código civil argentino).- "La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere".

prescripción.

b) Ejercicio de la prescripción como acción

¿Puede una de las partes, a quien la otra reclama privadamente el cumplimiento de alguna de las obligaciones surgidas del contrato, y ella piensa que ya no es más exigible, solicitar se constituya el tribunal arbitral para que se expida sobre la supervivencia o prescripción de esa obligación?

A nuestro criterio no hay ningún impedimento en que se convoque a arbitraje para resolver este punto, que es sustancial para las partes, ya que si la acción para exigir el cumplimiento se ha extinguido por prescripción, resulta obvio que debe permitirse al "deudor" que ponga en movimiento una actividad destinada a proclamar la extinción de ese crédito.

c) Momento en que debe oponerse la prescripción

En general es de resorte de las leyes procesales determinar el momento en que pueden oponerse las excepciones, y suelen fijarse ciertas limitaciones, para evitar que los procesos se prolonguen indebidamente, pero en materia de prescripción algunos códigos civiles, siguiendo el modelo del Código Napoleón, suelen avanzar sobre el derecho procesal, admitiendo que la prescripción se oponga en cualquier estado del juicio, en razón del fundamento de orden público que inspira a la institución¹².

Era la posición seguida por el Código peruano de 1936, en su artículo 1153, norma que -como señala VIDAL RAMÍREZ- ha sido excluida del Código actualmente vigente por considerar que la excepción de prescripción debe regirse por las normas del Código

¹². Es la solución adoptada por el Código civil francés en el art. 2224, y ha servido de modelo a otros códigos europeos e incluso de América, como el art. 1497 del código boliviano de 1975.

"Art. 2224 (Código civil francés).- La prescription peut être opposé en tout état de cause, même devant la cour d'appel, ...".

"Art. 1497 (Código civil de Bolivia de 1975).- Oportunidad de la prescripción.- La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, aunque sea en ejecución de sentencia, si está probada".

Procesal Civil¹³.

La solución que admite interponer la prescripción en cualquier estado de la causa ha sido a veces resistida por la doctrina, y en Argentina se ha llegado en 1968 a modificar la norma del Código civil que admitía tal posibilidad y limitar las facultades para interponer la prescripción a la "contestación de la demanda", o a la "primera presentación en el juicio" de quien intenta valerse de la prescripción¹⁴.

Si se proyecta esta última posición doctrinaria a la materia que tratamos, se debería limitar la posibilidad de esgrimir la prescripción al momento en que se traba el arbitraje, es decir cuando las partes unidas por un contrato que contiene una cláusula arbitral, aceptan que el problema sea resuelto por los árbitros.

Es la posición que postulamos, por varias razones; en primer lugar, si en el momento inicial no se afirma que la obligación estaba prescripta, se estaría reconociendo que puede todavía ser reclamada, y ello configuraría una renuncia tácita a la prescripción ganada. El principio de "buena fe", reconocido hoy de manera expresa por casi todos los ordenamientos legales, exige a ambas partes un comportamiento conforme a ese principio y quien admite primero el arbitraje, e intenta luego sostener que la obligación estaba prescripta, está asumiendo una actitud francamente violatoria de los mandatos de la buena fe. La aplicación de este principio, que debe presidir toda la relación contractual, nos inclina a sostener que quien desea sostener que la obligación reclamada está prescripta, debe interponer esta defensa en el momento en que se inicia el juicio arbitral, y no en una etapa posterior.

¹³. Ver Fernando VIDAL RAMÍREZ, "Prescripción extintiva y caducidad", ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 92.

¹⁴. Ver nuestros trabajos sobre las reformas que la ley 17.711 introdujo al artículo 3962 del Código civil argentino, que originariamente adoptada una posición similar al Código civil francés. Esos trabajos se titulan "La oportunidad para hacer valer la prescripción y el derecho transitorio"; "La oportunidad procesal para plantear la prescripción (aclarando una opinión que se me atribuye"; "Reflexiones sobre la oportunidad para hacer valer la prescripción"; "Otra vez sobre la oportunidad para hacer valer la prescripción" y "Reflexiones sobre las reseñas de jurisprudencia y la oportunidad para oponer la prescripción", que se encuentran en nuestro libro titulado "Prescripción", 2ª edición, Advocatus, Córdoba, 2006, pp. 147 a 185.

Debe recordarse siempre que el proceso judicial es consecuencia de una "demanda" del acreedor, y el deudor -aunque se somete a ese juicio- no por ello está aceptado la existencia de la deuda; mientras que el proceso arbitral resulta de la voluntad conjunta de las partes, que aceptan discutir los alcances de las relaciones obligatorias que los unen, razón por la cual si el deudor estima que se encontraban prescriptas, debe manifestarlo en el momento mismo en que se pone en marcha el arbitraje.

IV.- Interrupción de la prescripción por arbitraje

La mayoría de los Códigos civiles, siguiendo el modelo del Código francés, no hacen referencia al arbitraje como acto interruptivo de la prescripción, limitándose a mencionar la demanda (judicial), como acto emanado del acreedor, y el reconocimiento, por parte del deudor.

Encontramos una excepción en el Código civil argentino, que dedica su artículo 3988 al sometimiento de la controversia a juicio de árbitros¹⁵. Esta norma no tiene una nota del codificador argentino que indique cuáles fueron las fuentes que la inspiraron, pero SEGOVIA, el más agudo de los exégetas del Código, señala que esta causal debe funcionar "*sean árbitros de derecho o arbitradores, porque ellos sustituyen a los tribunales de la ley*"¹⁶, y encuentra sus antecedentes en la doctrina francesa, especialmente Troplong¹⁷, y Aubry y Rau¹⁸, que nosotros hemos buscado para corroborar esta afirmación. Troplong se ocupa del tema en el segundo de los tomos que su obra dedica a la prescripción, encontramos allí un párrafo

¹⁵. "Art. 3988 (Código civil argentino).- El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de árbitros, interrumpe la prescripción".

¹⁶. Ver Lisandro SEGOVIA, "Código civil de la República Argentina - Su explicación y Crítica bajo la forma de notas". Su comentario se encuentra en la nota 92 a la Sección Tercera del Libro Cuarto, T. II, p. 753, ed. La Facultad, Buenos Aires, 1933.

¹⁷. Segovia menciona los números 561 y 594 de la obra de Troplong.

¹⁸. Respecto a Aubry, alude a una nota 37 que, entendemos nosotros, está colocada en el § 215, en el que se trata estos problemas de la prescripción.

dedicado al efecto interruptivo de los arbitrajes en la que expresa:

"Nos limitaremos a decir que una instancia ante árbitros es una instancia judicial y contiene una verdadera demanda. Es la opinión de D'Argentrée y de Cujas. Remonta a Baldo y a Bartolo, y encuentra sólido respaldo en la § 51. Código, de receptis y en la Novela 95. Se la comprende con facilidad puesto que los árbitros substituyen al juez por elección de las partes y los efectos del compromiso no serían totales si la acción llevada frente a aquellos que han sido llamados a conocerla no conservara los derechos del demandante" ¹⁹ .

Más adelante se pregunta si un compromiso de someter el problema a árbitros, interrumpe la prescripción cuando no ha sido seguido de actuaciones posteriores ²⁰, cuestión que fue resuelta afirmativamente por la Corte Real en 1826, pero no se manifiesta conforme con esta solución y luego de discutirla extensamente, llega a la conclusión de que el mero compromiso arbitral no tiene efectos interruptivos, si las partes no ponen efectivamente en marcha un proceso arbitral²¹, posición que consideramos acertada y sobre la que volveremos luego.

Aubry y Rau son más escuetos. En el § 215, destinado a la interrupción de la prescripción, dedican el punto f) al arbitraje sosteniendo:

"En fin, la fuerza de las cosas conduce a reconocer que el compromiso es interruptivo de la prescripción e impide que pueda cumplirse durante la duración, convencional o legal, de la misión de los árbitros. Pero está sobreentendido que el efecto interruptivo desaparece, si el compromiso cae en perención" ²².

Y en la nota 37, dedicada a este párrafo, cita en su apoyo las opiniones de Troplong y Vazeille, y fallos de Grenoble, Limoges

¹⁹. Ver TROPLONG, Le droit civil expliqué, De la prescripción, T. 2, N° 561, p. 82, París, 1858.

²⁰. Autor y obra citada en nota anterior, N° 594, p. 112.

²¹. Recomendamos leer íntegramente el N° 594 mencionado en la nota anterior.

²². C. AUBRY y C. RAU, Cours de Droit Civil Français, 4ª ed., T. 2, París, 1869, p. 354.

y Toulouse.

La solución adoptada por el Código civil argentino se encuentra en esta línea de pensamiento, en especial en el sentido de que la interrupción de la prescripción no nace de un mero "convenio arbitral", sino del hecho de que real y efectivamente ese compromiso **sujete** la controversia al pronunciamiento de los árbitros.

En nuestro Curso de Obligaciones al referirnos a los actos interruptivos de la prescripción nos hemos limitado a clasificarlos tomando en consideración la persona de quien emana esa actividad y distinguimos tres categorías: 1) actos emanados del acreedor (demanda); 2) actos emanados del deudor (reconocimiento); y 3) actos emanados de ambos sujetos a la vez (sujeción a juicio de árbitros) sin extendernos en más consideraciones²³, pero parece llegado el momento de reflexionar que esa actividad conjunta no es un "mero reconocimiento del deudor", ni tiene las mismas dimensiones y característica de una demanda judicial, ya que -por ejemplo- no se admitirá que el simple "desistimiento" de una de las partes ponga fin al proceso arbitral. El arbitraje no se traba porque una de las partes lo solicite, sino que para producir el efecto de desplazar a la justicia ordinaria, a la voluntad de uno debe sumarse el asentimiento del otro, y la actitud del deudor tampoco es asimilable a la generalidad de los "reconocimientos", pues podrá prestar su asentimiento para que la controversia la sustancien árbitros pero, al mismo tiempo, manifestar su firme convicción de que no existe ninguna obligación que lo ligue con la otra parte. Estas peculiaridades hacen la interrupción de la prescripción emanada del hecho que se sujete la controversia a la resolución de árbitros, tenga algunas características que la diferencian de la interrupción por demanda, y también del reconocimiento.

V.- La interrupción por arbitraje en el Derecho peruano

El Código civil peruano de 1984 no menciona el sometimiento de la controversia a arbitraje entre los actos interruptivos, por lo

²³. Ver nuestro Curso ya citado, T. III, p. 200.

que debe considerarse un acierto que la Ley General de Arbitraje, en el título dedicado a disposiciones complementarias y transitorias le haya dedicado la cláusula Séptima²⁴, aunque al analizar esa cláusula advertiremos algunas imprecisiones que sería menester superar en su aplicación práctica.

Resulta un acierto que desde el primer momento el legislador advierta que la interrupción no se produce por el hecho de incluir en el contrato cláusulas que prevean someter a arbitraje las controversias que puedan plantearse en el futuro, sino el hecho de que real y efectivamente una controversia se sujete a arbitraje, como surge de la doctrina que hemos mencionado y de la norma vigente en el derecho argentino. Advertir esto conduce ineludiblemente a procurar determinar el momento en que la interrupción se produce, pues una pretensión de arbitraje tardía tendría como consecuencia que el presunto deudor adujese como excepción la prescripción ya cumplida, tal como hemos señalado más arriba.

En este punto el legislador peruano comienza con una remisión que sustancialmente es correcta, cuando al comenzar a contemplar las distintas posibilidades que pueden presentarse, en el inciso 1-a, se refiere a la necesidad de que frente al pedido de arbitraje, por una de las partes, se produzca el asentimiento de la otra que acepta someterse al juicio arbitral. En efecto, como hemos dicho más arriba, el arbitraje resulta de un acto en el que han

²⁴. **SÉPTIMA.- Interrupción de la prescripción.-** Para los efectos del Arbitraje, rigen en materia de prescripción las siguientes reglas:

1. Se interrumpe el plazo de prescripción respecto a las pretensiones materia de decisión arbitral, desde que:

a) Se produce el asentimiento a que se refiere el art. 11.

b) Se formula la pretensión ante él o los árbitros designados en el convenio arbitral o, se requiere a la otra parte le nombramiento de él o los árbitros, o se notifica a la otra parte la iniciación del arbitraje de conformidad con el Reglamento de la Institución Arbitral encargada de la Administración del Arbitraje, siempre que posteriormente se corra traslado a la otra parte de la solicitud de quien ha promovido el arbitraje.

2.- Queda sin efecto la interrupción cuando se declara haber lugar a la anulación del laudo arbitral.

3.- La prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que lo resuelto en el laudo es exigible.

4.- Cuando las reglas de arbitraje aceptadas por las partes o el convenio arbitral dispongan la realización previa al arbitraje de un proceso conciliatorio, la iniciación de tal procesos interrumpirá el plazo de prescripción, siempre y cuando se concilie o, en su defecto se inicie posteriormente el arbitraje.

5.- Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción.

participado ambas partes: acreedor y deudor, es decir que es la consecuencia de un acuerdo y por ello, si no hay un convenio arbitral previo, y una de las partes toma la iniciativa de solicitar un arbitraje, el proceso recién comenzará cuando la otra preste su asentimiento de la manera prevista en la Ley de Arbitraje, pero esa remisión es incorrecta en la forma se menciona, ya que envía al artículo 11 de la ley, cuando debió hacerlo a la parte final del artículo 10 ²⁵.

A continuación en el inciso 1-b de la Disposición Séptima contempla hipótesis en que ha existido convenio arbitral previo y para que haya interrupción de la prescripción exige que una de las partes -que ya aceptaron la posibilidad de arbitraje para problemas controvertidos- reclame se constituya el tribunal arbitral y su pedido sea notificado a la otra²⁶.

En este punto toma un camino similar al adoptado por el Código peruano en su artículo 1996, inciso 3, que requiere "citación con la demanda", es decir no se conforma con la presentación ante la justicia de un escrito en que se reclame el cumplimiento de una obligación, sino que ello debe complementarse con la citación al demandado²⁷.

a) Casos en que el arbitraje se frustra

¿Qué sucede con la prescripción en las hipótesis en que, luego de comenzado el proceso arbitral, queda frustrado, por que vencen plazos para el pronunciamiento, o las partes desisten de continuarlo? Nos referimos aquí a hipótesis similares a las

²⁵. El profesor Mario Castillo Freyre, en correspondencia electrónica que hemos intercambiado el 31 de agosto de 2007, expresa su coincidencia con esta observación, manifestando: *"En relación a la referencia que hace la Séptima Disposición Complementaria de la Ley General de Arbitraje, en el inciso 1.a., coincido con usted en que la remisión estaría equivocada, pues lo correcto hubiese sido haberse referido al artículo 10 de la Ley y no al 11"*.

²⁶. Ver el texto en la nota anterior.

²⁷. "Art. 1996 (Código civil de Perú).- Se interrumpe la prescripción por: ... 3) Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente".

contenidas en el artículo 1997 del Código civil peruano²⁸, o el 3987 del Código civil argentino²⁹. Por razones de tiempo y espacio no podemos ahora extendernos sobre estos puntos. Nos limitaremos a exponer escuetamente nuestra opinión, señalando que no en todos los casos pueden traspolarse al arbitraje las soluciones dadas por el Código civil para la demanda judicial.

En primer lugar, si el pedido de arbitraje no se notificó, es evidente que no puede en ningún caso producir efecto interruptivo; en segundo lugar, y con relación al desistimiento deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley General de Arbitraje, que sólo lo admite si es anterior a la notificación del laudo y lo realizan ambas partes "de común acuerdo", aspecto en el cual como el arbitraje -lo hemos dicho ya- difiere de la demanda en la necesidad de la concurrencia de la voluntad de ambas partes, el desistimiento no podrá ser unilateral, sino que requerirá también el acuerdo de partes³⁰. Por supuesto que si media desistimiento la interrupción de la prescripción se tendrá por no sucedida.

Con respecto a estas hipótesis sostiene correctamente Fernando VIDAL RAMÍREZ que "si el proceso judicial o arbitral no culmina por resolución ejecutoriada la interrupción del decurso prescriptorio deviene ineficaz"³¹ aunque -como veremos en el punto

²⁸. Queda sin efecto la prescripción cuando:

1.- Se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 2996, inciso 3.

2.- El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor, o cuando el demandado se desiste de la reconvención o de la excepción con la que ha opuesto la compensación.

3.- El proceso fenece por abandono.

²⁹. "Art. 3987 (Código civil argentino).- La interrupción de la prescripción causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de Procedimientos o si el demandado es absuelto definitivamente.

³⁰. "Art. 43 (Ley General de Arbitraje de Perú).- **Desistimiento y suspensión voluntaria.**- En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y comunicándolo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje. Pueden también suspender el proceso por el plazo que de común acuerdo establezcan.

En caso de desistimiento, todos los gastos del arbitraje y las retribuciones de los árbitros son asumidos por las partes en iguales proporciones, salvo pacto en contrario".

³¹. Fernando VIDAL RAMÍREZ, "Prescripción extintiva y caducidad", Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 127.

siguiente- extiende esta opinión a la "nulidad del laudo", que analizaremos a continuación.

b) Nulidad del laudo

Una de las disposiciones de la cláusula Séptima que puede conducir a una interpretación disvaliosa, es su inciso 2, cuando dispone:

"Queda sin efecto la interrupción cuando se declara haber lugar a la anulación del laudo arbitral".

Hemos dicho que un destacado jurista peruano, Fernando VIDAL RAMÍREZ, por quien sentimos particular afecto y respeto, asimila los efectos previstos en el inciso 2 al de los casos contemplados en el artículo 1997 del Código civil, que hemos referido en el apartado anterior, lo que de ninguna manera es aceptable.

El texto de la norma que comentamos se limita a decir que la nulidad "deja sin efecto la interrupción", pero en ningún momento sostiene que se tendrá por no sucedida la interrupción que ya se produjo mientras la controversia estuvo sometida a arbitraje. Esa cesación de efectos tiene proyección hacia el futuro, es decir: "la prescripción comienza a correr mientras las partes no tomen alguno de los caminos que señala la propia ley de arbitraje para las diferentes hipótesis de nulidad del laudo en los distintos incisos del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje, cuando regula las **"consecuencias de la anulación"**, disponiendo que la controversia retorne a competencia del poder judicial (inciso 1), o que vuelva a los árbitros para que reinicien el arbitraje (inciso 2), o que se designen nuevos árbitros (inciso 3), o que se dicte nuevo laudo con las mayorías requeridas (inciso 4), o que se restablezca la competencia del Poder Judicial (incisos 5, 6 y 7), y en ninguno de estos casos podrá tenerse por no sucedida la interrupción anterior al pronunciamiento de la nulidad, porque si así fuera y el plazo de prescripción se hubiese completado durante la tramitación del proceso arbitral, se cometería la flagrante injusticia de privar a la parte de sus derechos y la también flagrante contradicción de que le quedaría vedado continuar con el camino que fija la ley en el propio artículo

78.

¿Qué interpretación debe darse entonces al cuestionado inciso segundo de la cláusula Séptima? Sólo queda una interpretación congruente. La interrupción de la prescripción cesó con la declaración de nulidad del laudo; comenzó a correr un nuevo plazo que debe contarse a partir del momento en que la nulidad fue notificada, y el interesado podrá seguir cualquiera de los caminos que fija la ley en el artículo 78, antes de que su acción prescriba.

En realidad la solución no nos satisface; hubiera sido más correcto que la ley además de establecer las alternativas que deberán seguir las partes cuando se declara la nulidad del laudo, fijase un plazo breve de caducidad para que ejercitase sus derechos continuando por la vía que correspondiese.

VI.- Ejecutoria del laudo

Para concluir con esta ponencia debemos decir que pronunciado y notificado el laudo cesa también la interrupción que se había obtenido durante el proceso, y las partes gozan de acción para obtener la ejecutoria del laudo, acción que estará sometida al plazo de prescripción de toda ejecutoria.

Conclusión

Al finalizar este trabajo debemos confesar que lo hacemos con sentimientos encontrados de satisfacción e insatisfacción:

1) Satisfacción por haber indagado en un terreno que ha sido escasamente cultivado por la doctrina.

2) Insatisfacción, por la sensación de haber quedado a mitad de camino y sin lograr completar el estudio de todas las facetas que el problema ofrece.