

APUNTES SOBRE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE N° 26572

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI*

Abogado. Profesor en la Facultad de Derecho y Maestría
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad San Agustín de Arequipa

Antecedentes y proyección

En el Perú se encuentra vigente la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, promulgada por el Congreso de la República, el cinco de enero de 1996. La ley en mención se caracteriza por un sesgo "privatista" e innovador que simplifica técnicamente el acceso al arbitraje. Como veremos a continuación, ello contrasta con los antecedentes "judicializantes" del derecho peruano en la materia.

El sistema jurídico nacional cuenta entonces con una norma especializada que a partir de 1996 sustituye a la anterior Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N° 25935, del 10 de diciembre de 1992; primer dispositivo especializado en arbitraje en nuestra historia jurídica. El presente decreto estuvo inspirado en la Ley Española de Arbitraje de 1988. Por su parte, la Constitución Política peruana de 1993, tipifica al arbitraje como una "jurisdicción de excepción"; desafortunadamente equivalente en tipo a los tribunales de justicia militar¹.

En el ámbito del derecho constitucional comparado no ha sido posible ubicar antecedentes similares². La norma constitucional de 1993 se inspira en la norma constitucional de 1979, que también colocaba al arbitraje bajo el mismo tipo de jurisdicción excepcional. Se sostiene que los constituyentes de 1979 pensaron que el arbitraje sería promovido ampliamente si se le incorporaba en el ámbito constitucional, asumiendo que de esta manera se contribuía a generar confianza en determinados sectores de la actividad económica nacional, especialmente en aquellos que requieren de inversión extranjera para su desarrollo. De otro lado, el constituyente de 1993 simplemente mantuvo el "antecedente" de 1979.

* Gerente de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Es Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor del Programa de Finanzas y Derecho Empresarial para Abogados 2000 de la Escuela Superior de Administración y Negocios - ESAN.

1 No estamos de acuerdo con la clasificación que ha hecho el constituyente, destinando al arbitraje como jurisdicción a nivel constitucional y menos aún como jurisdicción de excepción al igual que la jurisdicción militar. El tema ha sido tratado extensamente por el doctor Juan Rivadeneyra Sánchez en su artículo "¿Jurisdicción Arbitral?". En: *Revista Temas*, segundo 40000, No. 11-1088 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 18 y ss.

2 Carluccio Salaverry, F. y Anzures Yáñez, M.D. (1984) *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Lima, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente; p. 31.

Adicionalmente, en el año 1988 el Congreso procedió a la ratificación de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención de Panamá de 1975, ambas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales. La ratificación de estos tratados internacionales demostró durante los años ochenta la disposición política del Estado en favor del arbitraje. Ello influyó positivamente en el desarrollo posterior de la legislación arbitral peruana entre 1992 y 1996. Otra importante influencia es la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985.

Similar efecto ha producido posteriormente la ratificación de tratados multilaterales, como la Convención del ICSID y otros tratados bilaterales, actualmente en vigencia, entre el Perú y otros países. Eso no hubiera sido posible en otras épocas, especialmente durante los años 1933 a 1979 en que el sistema jurídico peruano, en armonía con la tendencia legislativa regional, se encontraba predominantemente influido por las doctrinas Calvo y Drago. Lo que en muchos casos implicaba para el operador local, una limitación en lo que se refiere al acceso al arbitraje internacional y, para el operador internacional, limitaciones para que el Estado Peruano se someta a la jurisdicción internacional de los sistemas arbitrales.

La vigente Ley N° 26572 constituye entonces un paso adelante, explicándose esto en parte, por el conflicto antes descrito³. Demuestra también un proceso de "modernización" del arbitraje en el Perú que no ha sido aún cabal y suficientemente comprendido. No obstante, es conveniente tener en cuenta que el sistema jurídico nacional registra antecedentes normativos arbitrales desde 1852⁴, los que explicaremos brevemente a continuación.

De los antecedentes legislativos nacionales se aprecia que se mantenía un marcado sesgo en favor de la tutela jurisdiccional en el arbitraje. Diversos temas relativos a las actuaciones arbitrales, que debieron simplemente ser materia de acuerdos privados, se regularon con excesivo celo y siempre bajo la supervisión del juez en lo civil. Todo ello estuvo condicionado por la influencia europea⁵ en el derecho peruano hacia el Siglo XIX y por algunas contradicciones y desencuentros normativos, generando desde entonces costumbres y prácticas que la actual ley contribuye a revertir.

Junto a esta realidad legislativa observada desde el punto de vista histórico, reparemos también en la gravitante influencia de la doctrina jurídica francesa⁶, cuya presencia resulta evidente en nuestras normas sobre arbitraje, incluso hasta el momento de la derogatoria en 1996 del Decreto Ley N° 25935 del año 1992. La norma en mención recogía, aunque no de manera taxativa, la tradicional dicotomía entre cláusula y compromiso arbitral, dicotomía cuya antecedente se extiende al Código de Procedimientos Civiles francés de 1806⁷.

Esto se apreciaba en los casos en que las partes no se hubieran sometido a los reglamentos de una institución administradora de arbitrajes. En consecuencia, el arbitraje "ad hoc" pasaba

3 Resolvimos además, como se desprende del Dictamen de la Comisión de Justicia que aprobó el Proyecto No. 64058 - CR, que la Ley significó el aporte y colaboración de un destacado conjunto de expertos y profesionales de diversos países, entre otros, María Teresa Muñoz (Chile), Rafael Bernal (Colombia), Roque Carvano (Argentina), Alejandro Garro (Argentina), Horacio Gripero Najón (Argentina).

4 Arias Schweiber Peñal, M. y Cárdenas Quidá, C. (1989) *Exposición del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo III. Lima, Ediciones San Jerónimo, p. 305 y ss.

5 De Tolosa y Grande, F. (1982) *La Idea de Derecho en el Perú Preinstitucional del Siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 34.

6 Bacchi, J. (1877) *Historia del Derecho Peruano*. Lima, Ediciones Librería Studium, 1988, IV Edición, p. 367 y ss.

7 Castanet, op. cit., p. 120.

a ser un arbitraje de "segunda categoría" en la norma derogada y quedaba supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos formales, con intervención del juez en lo civil, que confiaba con atribuciones para sustituir la voluntad de las partes e "integrar" el convenio arbitral, entre otras.

Nótese que la influencia francesa en la institución jurídica del arbitraje, tal como ésta ha sido considerada durante más de un siglo en nuestro país, obedece a que el Derecho Napoleónico y sus ulteriores desarrollos fueron tomados en cuenta por nuestra legislación desde el siglo XIX. Es el caso del Código de Enjuiciamientos en materia Civil y el Código Civil; ambos de 1852. El primero de éstos regulaba procesalmente al arbitraje y se refirió por primera vez a los llamados jueces - árbitros y al modo de proceder de éstos, esencialmente influido el sistema por una inspiración moderna en los aspectos jurídicos de su concepción.

Por su parte, ni el referido Código Civil de 1852, ni el de 1936, se ocuparon del arbitraje⁸. Pero procesalmente sí lo hizo el Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente hasta 1992; así como el Código Civil de 1984, de inspiración italiana y cuyas disposiciones se encuentran vigentes hasta la fecha; por cierto, a excepción de las disposiciones sobre arbitraje, concretamente sobre cláusula y compromiso arbitral⁹; otras incluidas entre las normas sobre contratos y posteriormente derogadas en 1992 por el Decreto Ley N° 25935.

Así tenemos que, en un momento determinado de la historia legislativa de nuestro país y específicamente en la segunda mitad de los años ochenta, "convivían" en la regulación del arbitraje, un régimen legislativo de 1912 con otro de 1984. Ello y otras razones de orden social y cultural, determinaron condiciones poco favorables para el arbitraje en el Perú.

Junto a estos antecedentes normativos y observando la evolución de la institución jurídica del arbitraje en nuestro medio, también es pertinente mencionar que existe en la práctica una poco conocida y menos difundida "tradición arbitral", en tanto que se ha constatado que diversos estatutos de antiguas empresas locales dedicadas básicamente al comercio y a las actividades agroindustriales exportadoras, incluían cláusulas arbitrales hacia mediados y fines del siglo XIX¹⁰.

Del mismo modo, una institución gremial como la Cámara de Comercio de Lima, fundada en 1888, mantenía en sus estatutos de fundación la posibilidad que sus asociados se sometieran de común acuerdo al arbitraje del Directorio de la Cámara, siguiendo una práctica comúnmente aceptada por las empresas.

Regresando a nuestro tiempo, debemos mencionar que una importante labor de investigación jurídica en el tema arbitral fue y viene siendo llevada a cabo desde los años noventa por una nueva generación de juristas en el campo académico y profesional; orientados por la necesidad de sustentar la "privatización" del derecho arbitral peruano y promoviendo su

8. Alías Schreiber, op. cit., ibid.

9. Cf. De Traversaria Gracia, F. (1989) "Los Conceptos y las Casos: Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral". En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español. Liber Amicorum en Homenaje a Ludvík Kováčik* Zubizarán, Lima, Cultural Ouzo Editores S.A.; p.p. 343 - 356.

10. En enero de 1994 una empresa fundada a fines del Siglo XIX en Lima, Perú, presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Los estatutos societarios redactados en 1892 incluían una cláusula arbitral de sometimiento a la Cámara de Comercio de Lima para llevar a arbitraje todas las controversias entre socios y entre la empresa y aquéllos. El caso concluyó por conciliación en marzo de 1994.

armonización con las tendencias contemporáneas en el ámbito del derecho arbitral comparado¹¹; propugnando además la creación de un cuerpo normativo coherente.

El poder generar alternativas para el justiciable y contribuir a un mejor y mayor acceso a la justicia, ampliando la visión de futuro respecto de la gestión de conflictos en general, así como de los mecanismos de prevención: son todas ideas y motivaciones de las nuevas generaciones de profesionales comprometidos con esta iniciativa. Así, el proceso de modernización del arbitraje en el Perú ha obedecido también a esta corriente generacional, la misma que oportunamente tomó en cuenta el legislador peruano para la promulgación de la Ley N° 26572 en 1996 y que también alienta la promulgación de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación¹², en 1997.

En estos campos hay mucho por desarrollar; especialmente en una sociedad como la nuestra, donde se ha consolidado secularmente una cultura "adversarial" que se encuentra enraizada aparentemente de manera natural en los paradigmas ideológicos del foro y la comunidad profesional de letrados: entendiéndose por letrados, básicamente, al conjunto de magistrados y abogados que operan en el ámbito nacional. Es más, la curricula universitaria se alienta a consolidar dicha cultura adversarial, requiriendo el perfeccionamiento de las modificaciones emprendidas a raíz de la promulgación de las leyes de conciliación y arbitraje¹³.

Al igual que en otros países, es este conjunto de operadores del derecho, compuesto por magistrados y abogados, el que tiene que ver "prima facie", tradicional y "ritualmente" con la gestión de conflictos. De otro lado, el ciudadano común recurre prácticamente por inercia y costumbre a los servicios de estos operadores en la gestión de sus conflictos; siendo que son poca conocidas los otros caminos ahora a disposición del justiciable, no resultando suficientes los pocos esfuerzos institucionales que al respecto se vienen llevando a cabo.

Estos operadores se orientan preferentemente hacia la aplicación directa de las leyes adjetivas y sustantivas en la gestión de conflictos; también se orientan preferentemente en favor del uso del poder en tal gestión, descartando la posibilidad de usar herramientas "apropiadas"¹⁴ de prevención y resolución de conflictos en sede extrajudicial. Tales herramientas deberían ser ampliamente difundidas a efectos que los precitados operadores y los justiciables puedan verse involucrados en el fomento generalizado de una cultura preferentemente "no adversarial".

La gestión de conflictos en general y de conflictos empresariales en particular, no solamente comprende o implica el desarrollo y la aplicación de mecanismos o herramientas alternativos. En la actualidad, la tendencia internacional en materia de gestión de conflictos, nos permite identificar la relevancia de la prevención de conflictos y de las formas mixtas para la atención de los mismos¹⁵. Ello se explica en un contexto

11. Del mismo dictamen a que se refiere la cita No. 3, se aprecia que la Ley tiene como antecedente y fuente diversas leyes y leyes sobre arbitraje como la Ley Arbitral Francesa, la Ley Española, la Ley de Arbitraje de Holanda, La Ley de Arbitraje de Suecia, La Convención Intercontinental Suiza sobre Arbitraje, la Ley Arbitral Belga, etc.

12. Cf. Kundmüller Caminiti, Franz (1996) "Consideraciones preliminares sobre la Ley 26872". En: *ANUAS* (Revista del Ministerio de Justicia del Perú), No. 2 1996. Lima, Ediciones del Ministerio de Justicia, p.p. 43-47.

13. De hecho resulta imprescindible armonizar criterios en el contexto de la sociedad civil pesara así como en el sector público, a efectos de determinar las políticas nacionales en materia de Cultura de Paz, conciliación, arbitraje y tratamiento del conflicto en el ámbito nacional. La opacidad de la reciente política pone en peligro el desarrollo armónico de los esfuerzos para consolidar instituciones como el arbitraje y la conciliación.

14. Cf. Cavero, Roque (1996) *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación, p. 17.

15. Van Houtte, Hans (1996) "A.D.R. Discussed". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2, No. 1, May 1996, p. 76-81.

"global" que además requiere la aplicación de criterios de calidad total en los servicios destinados a atender a los potenciales involucrados en escenarios conflictivos o potencialmente conflictivos, poniendo en relieve la importancia del principio de la autonomía de la voluntad en sus diversas intensidades. Por ello, la gestión del conflicto comienza en la génesis de la relación jurídico - patrimonial "potencialmente" conflictiva y no cuando el conflicto ya es una realidad.

Lamentablemente, en el Perú aún no se ha investigado de manera sistemática el conflicto y menos aún el conflicto empresarial. De otro lado, las universidades se encuentran recién desarrollando en sus planes de estudio las cátedras sobre mecanismos alternativos. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que algunas universidades han mantenido cátedras de arbitraje en sus facultades de derecho durante la última década, pero no se han llevado a cabo esfuerzos multidisciplinarios significativos para una mejor comprensión académica de los mecanismos para la eficiente y eficaz gestión del conflicto en sede judicial¹⁶ y en sede extrajudicial.

Paralelamente y sobre el arbitraje, debemos subrayar que no se aprecian aún tendencias en favor de su utilización masiva en nuestro medio, a excepción, tal vez, del "arbitraje de consumo", que podría tener una interesante oportunidad de desarrollo en el mediano plazo y en la medida que los mercados crezcan y se desarrollen. En todo caso, los esfuerzos que se están llevando a cabo en diversos sectores se concentran en la línea de promover la utilización de mecanismos alternativos en general, así como su institucionalización en el cuerpo social, en un proceso de larga maduración que apenas se encuentra en una etapa inicial.

Esta tendencia se manifiesta de la promulgación de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, que promueve la gestión de conflictos también desde el sector privado en los centros de conciliación y se refiere por primera vez a la necesidad de fomentar una Cultura de Paz. Similares experiencias se encuentran en proceso de evolución en diversos países de América Latina¹⁷, proceso que por cierto también ha ejercido una importante influencia en el legislador peruano.

Tengamos en cuenta entonces que la Ley General de Arbitraje forma parte de un "todo normativo"; debiendo ser comprendida como un componente técnico más en el abanico de posibilidades para la gestión de conflictos; en especial, de conflictos empresariales. Notemos que este "todo normativo" crece paulatinamente y tiende a fortalecerse en el futuro¹⁸. Los pasos iniciales en pos de ese futuro se han dado ya en los últimos años en el ámbito legislativo, pero su consolidación depende en gran medida de un proceso cultural de gran envergadura, cuyos inicios aún no se han esbozado con la intensidad que muchos quisiéramos ni con los fundamentos institucionales que permitan garantizar su sostenibilidad en el tiempo.

16. El Código Procesal Civil Peruano de 1992 presta en los Artículos 498 y ss. lo relativo a la audiencia de conciliación en el proceso, mientras que los Artículos 323 y ss. se refieren a la conciliación como forma "especial" de conclusión del proceso.

17. Siles, Abraham (1996) *Modernización y Reforma de los Sistemas de Justicia en América Latina y el Caribe*. Lima, Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, Consejo de Coordinación Judicial, p.p. 91 y s.s.

18. Recientemente y a raíz de la Ley 26572 promulgada en 1995, se han desarrollado en el país diversas normas especializadas que contienen sistemas de gestión de conflictos, incluido el arbitraje. Es el caso del régimen para la conciliación pública con el Estado Peruano, el régimen normativo para la bolsa de productos, el régimen para manejo de conflictos en el sistema de previsiones del sector salud así como el régimen para la gestión de conflictos a manejarse desde el organismo supervisor de telecomunicaciones, entre otros. Lamentablemente, no se han establecido dispositivos homogéneos entre sí ni necesariamente armónicos con la Ley 26572, lo que denota que no existe "unidad de criterio técnico" respecto de la regulación de arbitraje en el Perú. Sin perjuicio de ello, cabe afirmar que así como el "fortachismo" del arbitraje, no obstante, que por el momento las consecuencias de ello, resultan materia de preocupación, si observamos el proceso de manera rigurosa y desde la óptica de la teoría arbitral,

Aspectos Generales, Estructura de la Ley N° 26572 y Materia Arbitrable

La Ley N° 26572, en adelante la Ley, consta de dos secciones: una de ochenta y siete artículos dedicada al arbitraje doméstico o nacional, y la otra de cuarenta y cuatro artículos, dedicada al arbitraje internacional. Incluye también once disposiciones complementarias y transitorias, así como una disposición modificatoria y una final. En el presente ensayo nos vamos a referir a los temas que consideramos de mayor importancia y en modo alguno pretendemos un análisis exhaustivo de la Ley.

La Ley distingue entre arbitraje nacional y arbitraje internacional, siguiendo la misma clasificación del derogado Decreto Ley N° 25935, que regulaba en ochenta artículos el arbitraje nacional y en veintiocho artículos el arbitraje internacional. Adicionalmente, la derogada tenía solamente cuatro disposiciones complementarias y dos disposiciones finales.

Por contraste con la derogada, la Ley se caracteriza por estar redactada de manera clara, contando con títulos para cada artículo, lo que permite que el lector se oriente fácilmente. Las disposiciones generales van del Artículo 1.- al 8.-. Debemos tener en cuenta que, si bien la sección que se refiere a arbitraje internacional es más corta en número de artículos, las disposiciones generales de dicha sección dispone en su Artículo 89.- que se le aplican supletoriamente los Artículos 7.-, 19.-, 32.-, 35.-, 42.-, 47.- segundo párrafo, 52.-, 62.-, 79.-, 80.-, 81.-, 82.-, 83.- y 86.- de la sección dedicada al arbitraje nacional.

En la parte de arbitraje internacional se encuentran incluidos en mayor o menor medida, diversos elementos de la Ley Modelo de UNCITRAL. El legislador prefirió mantener el binomio que contenía la derogada norma de 1992, pero técnicamente no encontramos una razón que nos convenza de la necesidad de tener forzosamente una sección dedicada a cada caso, habiendo bastado en su oportunidad con una redacción apropiada y una adecuación de la misma ley modelo.

De otro lado, las disposiciones complementarias y transitorias novena y octava se refieren a la creación de Juzgados Especializados y de Salas Especializadas de la Corte Superior¹⁹, a efectos que brinden auxilio jurisdiccional o se pronuncien respecto de los recursos de impugnación que puedan presentar las partes; como es el recurso de anulación o el de apelación de laudo, cuando la apelación se haya pactado entre las partes y conforme lo establecido en la misma Ley N° 26572. Lamentablemente, a la fecha no se cuenta con estos entes especializados.

El Artículo 1.- de la Ley, titulado Disposición General, se refiere a la "materia arbitrable"; tema que merece mención, en tanto que no existe país en el mundo que haya podido plasmarlo en una ley²⁰. El artículo tiene su punto de partida en el supuesto general que todo aquello sobre lo cual las partes tienen facultades de libre disposición y que suscite controversias determinadas o determinables, será arbitrable; atendiendo a que se cumplan los requisitos que establece la Ley y permitiendo también de manera expresa el arbitraje en materia ambiental²¹. Nótese que

19 Somos conscientes que el proceso de desarrollo de los mecanismos alternativos en el Perú se sustenta en la necesidad de fomentar una Cultura de Paz y en la promoción del fortalecimiento institucional de los entes involucrados en el proceso, tanto desde el sector público como desde el sector privado. En tal sentido, consideramos que los mecanismos alternativos no significan ni se sustituyen en la competencia de las instituciones privadas con el Poder Judicial, requiriendo por el contrario que éste se fortalezca y concilie a efectos de generar el mayor beneficio posible a favor de la población en lo referente al acceso a la Justicia y a la resolución de la "conflictividad" en el campo social.

20 Canbarial, op. cit. p. 189.

21 No tenía mucho sentido, incluir en la ley el tema del arbitraje ambiental, siendo una innovación respecto de la ley anterior. Afortunadamente la Ley ha precisado en la disposición complementaria y transitoria undécima las áreas del Consejo Nacional del Ambiente. El tema ambiental se encuentra

este artículo no rige supletoriamente para el arbitraje internacional, a diferencia de los demás artículos mencionados anteriormente. La razón para ello radica en que, para el arbitraje internacional se ha mantenido en lo posible el modelo de UNCITRAL, que no se ocupa de este tema.

En todo caso, el Artículo 1.- permite tener una visión clara de lo arbitrable en el ámbito doméstico: asunto que no estuvo claramente dilucidado en normas anteriores. Así, el artículo establece una disposición general y cuatro excepciones en cuanto a tipos de controversia determinadas o determinables, que explican en incisos correlativos lo que no es arbitrable. Las excepciones son: controversias que versan sobre la capacidad civil de las personas y bienes de incapaces sin autorización judicial; la cosa juzgada, salvo los casos de ejecución de aspectos patrimoniales; lo que interese al orden público y las funciones de imperio del Estado.

El mismo artículo se refiere a las consecuencias de haber pactado un convenio arbitral y precisa que podrá extinguirse respecto de estas disputas el proceso judicial existente o evitarse el que podría promoverse. Ello es reiterado con otra redacción en el Artículo 9.- que se refiere al convenio arbitral; reiteración que no resulta ociosa, estando a la necesidad de asegurar los alcances de la institución con toda claridad.

Siguiendo con la materia arbitrable, señala el Artículo 2.- que pueden ser materia de arbitraje las controversias derivadas de los contratos donde el Estado sea parte. Por contraste con lo que establecía la norma derogada, este arbitraje ahora puede ser de derecho o conciencia; lo que actualmente es materia de limitación por una norma de reciente publicación²².

El régimen anterior obligaba al arbitraje de derecho²³. El mencionado artículo fue modificado por la Ley N° 26742 promulgada en enero de 1997 y destinada a modificar el primer párrafo; estableciendo taxativamente que también serán arbitrables las controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público entre sí. Por su parte, la sección sobre arbitraje internacional, contiene en su Artículo 92.- la posibilidad que el Estado arbitre sobre la base de estas reglas.

Este artículo también fue modificado por la Ley N° 26698 de diciembre de 1996, que incluyó la obligación que el arbitraje internacional, donde interviene el Estado como parte, se lleve a cabo ante instituciones arbitrales de "reconocido prestigio". Sin embargo, la norma no se ocupa de precisar lo que se entiende por "reconocido prestigio", constituyendo, ello otro factor que distorsiona innecesariamente la libertad contractual al momento de pactar el arbitraje.

en un proceso de evolución en nuestro país, habiéndose creado los estamentos administrativos que tienen a su cargo el tema y que incluyen en sus normas especializadas la posibilidad de aplicar mecanismos alternativos de resolución y prevención de conflictos. De otro lado, el arbitraje "ambiental" supone una gran complejidad de manejo por el tema de los "derechos difusos", siendo que requiere de un tratamiento y una preparación especializada y sofisticada que escape en gran medida a los alcances de la ley de arbitraje.

22 El Estado Peruano ha modernizado la legislación sobre contratos donde el Estado es parte, a tal efecto ha promulgado el Decreto Supremo No. 012-2001 PCM y el Decreto Supremo No. 013-2001 PCM del martes 13 de febrero de 2001. En dichas normas se establece el uso obligatorio de mecanismos como la conciliación y el arbitraje para resolver controversias derivadas de los referidos contratos en su etapa de ejecución.

23 En general, la Ley 26572 opera actualmente con una presunción en favor del arbitraje de conciencia o "ex aequo et bono", cuando las partes no han establecido el tipo de arbitraje. La derogada operaba con la presunción en favor del arbitraje de derecho, cuando se producía el supuesto referido. Tomando en cuenta la realidad de la contratación contemporánea, la distinción entre arbitraje de conciencia y de derecho resulta siendo buida e innecesaria, incluso en el escenario supuestamente menor complejo del arbitraje doméstico. La "globalidad" impone además un tratamiento más ajustado a las necesidades de esta contratación. En consecuencia, encontramos apropiadas las normas que al respecto ha establecido el Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir de enero de 1996 en su Artículo 17 sobre "normas aplicables al fondo": cuando incluye "normas jurídicas, reglas del contrato, usos y costumbres y la posibilidad de resolver ex aequo et bono". Cabe tener en cuenta que la actual distinción tiene origen en los antecedentes de la legislación nacional.

El Convenio Arbitral y las Facultades de los Árbitros

Como se ha explicado, la Ley contiene innovaciones importantes, por contraste con las disposiciones de la derogada. En principio, resalta la libertad contractual como fundamento del convenio arbitral, descartando como regla general el arbitraje obligatorio y la "integración del convenio" a cargo de la autoridad jurisdiccional. Esta "liberalización" del arbitraje doméstico e internacional²⁴ en la norma nos lleva necesariamente a reflexión, respecto de la necesidad de promover en nuestro medio la calidad en los procesos de contratación y la cabal capacitación de los operadores del derecho, para poder utilizar ésta y otras novedosas herramientas para la gestión de conflictos.

La Ley define al convenio arbitral en su sección de arbitraje nacional, Artículo 9.-: como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no, materia de un proceso judicial.

El convenio, dice el artículo, obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, tenga plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. La sección de la Ley dedicada a arbitraje internacional tiene una definición muy similar de convenio arbitral en el Artículo 98.-; precisando en el Artículo 99.- los supuestos en que proceden las excepciones para excluir al órgano jurisdiccional del conocimiento del caso.

El convenio, tal como se le entiende actualmente en la Ley, sigue la misma línea de la Convención de Nueva York de 1958 y de las Convenciones de Ginebra de 1923 y 1927, instrumentos menos conocidos en nuestro medio; también se inspira en las tendencias en la evolución del concepto en el ámbito del derecho comparado, tanto en el mundo anglosajón como en el derecho continental romanista, incluida el derecho francés contemporáneo²⁵.

En consecuencia, el convenio arbitral está configurado por el compromiso inequívoco y claro de las partes respecto de su voluntad de arbitrar sus controversias y la fijación de la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje; es decir, respecto de qué relación jurídica se acudirá a arbitrar en caso se presente un conflicto²⁶.

Este compromiso inequívoco y claro ha sido recogido por la Ley peruana, eliminando toda posibilidad de duplicidad de figuras jurídicas tratadas anteriormente de manera confusa, como la cláusula y el compromiso. Hoy en día, la intervención del juez se restringe a la designación residual²⁷ de árbitros, una vez verificado el convenio y sus requisitos mínimos establecidos en el artículo 10.- de la Ley, no feriendo nada que hacer ni decidir sobre el fondo del convenio, lo que atañe exclusivamente a las partes y a los árbitros.

24 Incluso en el caso del arbitraje internacional regulado por la Ley sus análisis, resulta factible conforme el Artículo 126, inscrito en la legislación suiza, el que las partes no domiciliadas en el Perú puedan acoger renunciar a la posibilidad de interponer recurso de anulación en contra del laudo. Ello no cabe para el caso de las normas sobre arbitraje doméstico, donde se entiende que la posibilidad de interponer recurso de anulación no existe poco en contrario.

25 Camarillo, op. cit., p.p. 129 - 130.

26 *Ibid.*, p. 131.

27 Es más, la Ley 26572, a diferencia de la derogada, establece la posibilidad y de hecho la obligación, que las instituciones administradoras de arbitrajes acuerden en su reglamento con reglas para proceder a la nominación residual, (cuarta disposición complementaria y transitoria de la Ley).

Esta designación residual contrasta con la "integración o formalización judicial del convenio", regulada en la Ley N° 25935 ya derogada, para el caso que no se hubieran sometido las partes a los reglamentos de una institución administradora de arbitrajes o para el caso que una de las partes no hubiera cumplido con designar al árbitro. Se trataba entonces de una injerencia judicial directa en el convenio, justificada legalmente; mas aún, cuando el Artículo 10.- de la derogada, ubicaba bajo el ámbito de decisión del Juez, temas actualmente de exclusiva competencia de los árbitros o las partes; como son: plazos, lugar de desarrollo del arbitraje, fijación de los puntos controvertidos, etc.

El principio de la libertad contractual que recoge el convenio, se encuentra presente en otros artículos; por mencionar algunos: el Artículo 33.- sobre la libertad de regulación del proceso que compete a las partes y, a falta de acuerdo entre éstas, a los árbitros; el Artículo 41.- sobre conciliación o transacción en el proceso; el Artículo 42.- sobre suspensión durante la designación de árbitros sustitutos; el Artículo 43.- sobre desistimiento y suspensión voluntaria; el Artículo 60.- sobre recurso de apelación en el arbitraje de derecho y la posibilidad de pactar el sometimiento a una segunda instancia; etc.

Otra disposición relevante respecto del convenio es la contenida en el Artículo 14.- de la Ley, en lo que se refiere al principio de separabilidad del convenio arbitral. El artículo precisa que "la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste."

Adicionalmente, el mismo artículo precisa que los árbitros "podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar inclusive sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral."

El Artículo 14.- se extiende entonces al tema de las atribuciones de los árbitros, a partir del principio de separabilidad del convenio arbitral. Traemos a colación este tema porque en la práctica resulta poco comprendido de manera voluntaria o involuntaria por los que recurren al arbitraje.

En tal sentido, es usual que obedeciendo a sus intereses, las partes utilicen equivocadamente como medio de "defensa" y estrategia frente al arbitraje, la tesis que la nulidad del contrato acarrea la nulidad de la cláusula arbitral. Felizmente, el Artículo 14.- se encuentra concordado con el Artículo 39.-, que se refiere a la facultad de los árbitros para pronunciarse acerca de su propia competencia, sobre la base del principio "Kompetenz – Kompetenz".

Consideramos que los artículos precitados constituyen un "seguro legal" para garantizar que el arbitraje se lleve a cabo, no obstante cualquier alegación respecto de la nulidad del contrato. Es más, el Artículo 39.- se refiere también a la facultad de los árbitros para pronunciarse acerca de la "oposición" que formule una de las partes al arbitraje, entendiéndose que los árbitros decidirán sobre la oposición como cuestión previa. En este caso, las facultades conferidas a los árbitros por la ley, se extienden incluso a la posibilidad que éstos decidan de oficio respecto de estos temas.

El convenio y las atribuciones de los árbitros constituyen así los dos pilares del arbitraje, brindando los elementos técnicos y jurídicos para que el proceso arbitral se lleve a cabo en el marco del principio de la libertad contractual que recoge la ley. No obstante, se percibe en la práctica una falta de conocimiento respecto de los alcances de haber pactado un convenio

arbitral. A ello contribuye además la concepción "jurisdiccional" del arbitraje en el Perú, que genera algunas distorsiones en la interpretación de la ley. De ahí la necesidad de difundir y promover intensamente el arbitraje y su desarrollo institucional.

Conclusiones

1. El arbitraje debe entenderse como parte de un esfuerzo orgánico para promover y procurar la cabal gestión de conflictos en el Perú, debiendo ello darse en el marco de la promoción de una Cultura de Paz, que necesariamente implica la colaboración activa del sector público y el sector privado. En consecuencia, no cabe una visión aislada y excluyente del arbitraje, pues ello, incide negativamente en su desarrollo.

2. La promoción de esta Cultura de Paz no ha sido emprendida con suficiente énfasis en el país, siendo ello responsabilidad principal del Estado y de las instituciones privadas que deberían dedicarse a este esfuerzo de manera permanente en el largo plazo, por contraste con los esfuerzos esporádicos y aislados que al respecto hemos venido apreciando durante los últimos años, los mismos que hasta la actualidad resultan ser insuficientes.

3. La Ley N° 26572 armoniza con el estado actual de desarrollo de la técnica arbitral en el mundo, habiendo el Estado Peruano ratificado diversos tratados internacionales sobre la materia, entre los que destacan la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y el Tratado ICSID. De otro lado, la referida ley implica una evolución en el campo normativo, la misma que necesariamente se ha basado en los antecedentes de la legislación arbitral peruana, la misma que en su oportunidad ha dado lugar a una "tradicción arbitral peruana".

4. El desarrollo del arbitraje y otros mecanismos de gestión de conflictos es ya una realidad en el Perú, ello tiende a hacerse extensiva a diversos ámbitos de especialización. En consecuencia, si bien no se aprecia una inversión considerable de recursos en el desarrollo de mecanismos como la conciliación y el arbitraje, sí cabe destacar la promulgación de diversas normas en los últimos años, mediante las cuales se promueve el uso de la conciliación y el arbitraje especializados, creando así competencias específicas para el manejo de conflictos mediante la aplicación de los referidos modos de gestión de conflictos.

5. Sin perjuicio de los avances producidos, incluyendo la promulgación de las leyes de conciliación y arbitraje, cabe tener en cuenta que, solamente se han dado los pasos iniciales para la utilización masiva de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el Perú, requiriéndose con carácter de urgencia del constante esfuerzo institucional e intersectorial que permita consolidar las iniciativas legislativas en la materia y su correspondiente aplicación práctica.

6. El mediano y largo plazo son elementos a tener en cuenta en la proyección del arbitraje en el Perú, especialmente en el caso del arbitraje internacional, ya que si bien hace más de una década que el Estado Peruano ha ratificado importantes tratados sobre arbitraje internacional, recién en la actualidad se están dando a conocer y difundiendo la significación e importancia de dichos tratados, así como del arbitraje internacional.

7. La formación de una cultura arbitral es entonces un proceso de mediano y largo plazo, mas aún, cuando analizamos los antecedentes del arbitraje en el Perú, incluyendo las experiencias arbitrales del Siglo XIX y su ulterior evolución, hasta llegar a nuestros días.