

La nueva Ley de arbitraje peruana de 2008

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado.
Universidad Complutense de Madrid

1. El 1 de septiembre de 2008 entraron en vigor las nuevas normas peruanas de arbitraje, en el contexto de un conjunto de medidas emprendidas con el propósito de librar al ciudadano y al Estado de procesos interminables entre las que figuran la ley que regula el proceso contencioso administrativo (D.L. 1067), las que agilizan los procedimientos de conciliación y dándoles mayor carácter definitorio (D.L. 1070), la legislación notarial con el objeto de garantizar la seguridad de los actos (D.L. 1049) y el sistema concursal (D.L. 1050). Este es el contexto en el que se mueve la mejora de los procedimientos de arbitraje con el propósito de reducir sus costos (D.L. 1071).

Tradicionalmente el arbitraje ha contado en Perú con una extensa reglamentación, aunque caracterizada por su dispersión. Siguiendo muy de cerca la regulación contenida en la LEC española de 1851, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 reguló en denominado “juicio arbitral” en sus arts. 548 a 582, caracterizados no sólo por su marcada concepción jurisdiccional, sino por la minuciosa regulación de la actividad de los árbitros. Dicha concepción quedaría reafirmada más tarde por el art. 233.1º de la Constitución de 1979 (“No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar”) que sería reiterado en el art. 139.1º de la Constitución de 1993 precepto este último que debe ponerse en relación con el art. 62 del mismo texto fundamental. En este contexto, el juicio arbitral quedó insertado en el Código Civil de 1984 que vino a completar las disposiciones que incluidas en el Código de Procedimientos Civiles, cuya consideración desde el punto de vista de los operadores jurídicos del sector había tenido una valoración muy positiva en términos generales¹. El Código de 1984 tuvo la virtud de modificar los aspectos relativos a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral y, asimismo, de facilitar la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero. La Constitución vigente tras adoptar como punto de partida en su art. 139.1º el principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional sigue manteniendo como excepciones la jurisdicción arbitral y la militar.

¹ A.A. Aramburu Menchaca, “El arbitraje en el Perú”, *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 45 ss; F. Kundmüller Caminiti, “Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje N° 26572”, *Advocatus*, mayo 2001, pp. 121-130.

Perú había aprobado en su día la Ley n° 26572 que incluía la Ley General de Arbitraje el 6 de enero de 1996² (LGA), de “aplicación general” a toda clase de controversias, entre ellas a las derivadas de una controversia en materia de comercio internacional, regulando asimismo el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, materia ésta que se sustrajo del Código civil³. En lo que concierne al arbitraje internacional, la fuente inspiradora de la Ley General de Arbitraje y de la anterior, contenida en el por Decreto Ley 25935, de 10 de diciembre de 1992, fue la Ley Modelo Uncitral (LMU)⁴, que derogó las disposiciones que se contenían en el Código civil⁵.

2. La LGA de 1996 optó por regular de manera separada el arbitraje nacional y el internacional incorporándolo en este último caso de forma textual o casi textual; 30 artículos de la LMU. No obstante la Ley precisaba los artículos que incumbiendo al arbitraje nacional eran aplicables al arbitraje internacional⁶. Esta solución dual no fue una opción pacífica⁷. Un sector de operadores jurídicos consideraba que era más conveniente una regulación unitaria fundamentando su posición principalmente en la simplicidad y en el hecho de que las normas sobre arbitraje debían ser idénticas, sin importar la calidad de “nacional” o “internacional” de la controversia. No obstante, otro sector mayoritario consideró más conveniente fraccionar la temática del arbitraje en nacional e internacional, no porque considerasen que ambos tipos de arbitraje requiriesen de reglamentaciones distintas, sino por razones eminentemente prácticas; esencialmente que las normas sobre arbitraje internacional contenidas en la LGA pretendían fundamentalmente atraer hacia el Perú la práctica del arbitraje entre domiciliados en el extranjero y en tal sentido resultaba mucho más sencillo para un domiciliado en el extranjero saber que la Ley de arbitraje peruana reproducía prácticamente en toda su extensión la LMU, lo que permitía conocer de antemano las reglas de juego⁸. De esta suerte, la LGA había dividido en dos secciones la normatividad sobre la institución arbitral estableciendo criterios propios para el desarrollo de cada una de ellas; así por citar alguna diferencia se establecía en la sección

² F. Vidal Ramírez, *Manual de Derecho arbitral*, Lima, 2003.

³ La aplicación supletoria de la Ley General de Arbitraje se establece en el art. 2111.2° del Código civil.

⁴ F. Cantuarias Salaverry, “Comentario acerca de algunas disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje”, *Ius et Veritas*, V, n° 8, 1994, p. 69.

⁵ Acerca del proceso legislativo conducente a la Ley n° 26572 Vid. F. Vidal Ramírez, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 14-18.

⁶ G. García Calderón Moreyra, “El arbitraje internacional en la legislación Peruana”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, t. XLVI, 1996, n° 108, pp. 171 ss; *id.*, *El arbitraje internacional en la Sección segunda de la Ley n° 26572. Procedimiento de solución de controversias*, Lima, 2003.

⁷ J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XV, 2206, pp. 1 ss, esp. pp. 5-8.

⁸ F. Cantuarias S., “¿Ha sido correcta la decisión de que la Ley general de arbitraje regule dos tipos de arbitraje: nacional e internacional?”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, noviembre 2004.

correspondiente al arbitraje nacional que si las partes que hubiesen suscrito un convenio arbitral omitieren precisar que tipo de arbitraje consideran apropiado para resolver sus controversias, la ley presumía que deseaban un arbitraje de equidad o de conciencia, mientras que en el arbitraje de carácter internacional el criterio del legislador señalado en dicha sección era presumir que las partes deseaban un arbitraje de Derecho. No obstante, a la hora de la administración de un arbitraje internacional en Perú la tendencia apuntaba hacia la consideración unitaria como pone de relieve el art. 67 Regl. Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima: “Los arbitrajes internacionales administrados por el Centro se regirán por las disposiciones de este Reglamento referidas al arbitraje nacional, en todo lo que no se opongan a la Ley, a las reglas específicas contenidas en este Título y a lo pactado entre las partes”.

3. El Ministerio de Justicia del Perú -mediante Resolución Ministerial n° 027-2006-JUS publicada el 27 de enero de 2006-, designó una Comisión Técnica encargada de revisar la LGA con la finalidad de proponer enmiendas legislativas que contribuyesen a mejorar el sistema arbitral en el Perú, en beneficio de los particulares que adoptasen este mecanismo. La referida Comisión estuvo presidida por Alfredo Bullard González y en condición de vicepresidente se designó a Jorge Santiestevan de Noriega. Figuraron como vocales: Guillermo Lohmann Luca de Tena, Franz Kundmüller Caminiti, Manuel Diego Aramburú Yzaga, Fernando Cantuarias Salaverry, Gastón Fernández Cruz, Gonzalo García Calderón Moreyra, Eduardo Moane Drago, Roger Rubio Guerrero y un representante del Colegio de Abogados de Lima. Cumpliendo este mandato la Comisión presentó un paquete de reformas urgentes con el objeto de reforzar el contenido autónomo del arbitraje, fortaleciendo la competencia de los árbitros y priorizando un control judicial posterior a la emisión del laudo a través del recurso de anulación y evitando el empleo de recursos jurisdiccionales durante la etapa arbitral. En esencia el “Proyecto de modificaciones parciales a la LGA del Perú” puso el acento en una mejor regulación de las formas de colaboración del Poder Judicial en el arbitraje, en la búsqueda de un sistema de nombramiento de árbitros potenciando la participación de las Cámaras de Comercio y restringiendo la intervención del Poder Judicial y, lo que es ya habitual en la práctica contemporánea, la mejora en la regulación de las medidas cautelares con el objeto de reforzar las facultades de los árbitros y de evitar conflictos con las medidas que pueden dictar los jueces. Y, ante la dualidad normativa existente, el Proyecto pretendía uniformar el régimen de arbitraje internacional con los cambios que incorpora en el régimen del arbitraje nacional⁹.

⁹ Vid. el texto del Proyecto y de su exposición de motivos en *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp. 713-748.

4. En esencia, la mayoría de estos objetivos se han conseguido. La nueva Ley de arbitraje de 2008¹⁰ confiere una mayor independencia del Poder Judicial dando el soporte adecuado a las Cámaras de comercio, pioneras en el desarrollo de este mecanismo en el Perú. Y resulta indudable el refuerzo del papel de las Cámaras en la administración del arbitraje que, con urgencia, debieron adecuar antes del 31 de agosto de 2008, en cuanto fuera necesario, sus respectivos reglamentos, incluso aquellos aprobados por la nueva Ley (Disp. final 2ª). Una de las mejoras se registra en su art. 3º (principios y derechos de la función arbitral), que busca reforzar el carácter autónomo del arbitraje porque lo protege de interferencias indebidas en las actuaciones arbitrales, sobre todo las intervenciones del Poder Judicial. De esta forma se restringe el control jurisdiccional únicamente para el recurso de anulación del laudo. Así, sólo se podrá realizar un control *ex post* de las actuaciones arbitrales. Cabe precisar que la nueva Ley de Arbitraje no regula la apelación, sino que restringe al recurso de anulación la única posibilidad de revisar posteriormente el laudo por autoridad diferente al Tribunal Arbitral que lo emitió, pero sólo por las causales taxativamente reguladas (art. 62).

Además de localizar los supuestos de intervención judicial y regular de mejor manera cómo interviene el juez en el arbitraje, la nueva disposición soluciona dos cuestiones especialmente complejas: la designación de árbitros en defecto (art. 23) y la resolución de recusaciones (art. 29). Al respecto, sin perjuicio de lo que las partes pueden pactar sobre estos temas, la norma regula que, en defecto, las designaciones de los árbitros las realizarán las Cámaras de Comercio del lugar del arbitraje, buscando de esta manera, brindar a las personas que acuden al arbitraje un mecanismo mucho más atractivo y eficiente que la propuesta realizada en la antigua Ley de Arbitraje.

La Ley de 2008 regula de manera precisa las reglas aplicables ante la recusación de los miembros del Tribunal Arbitral, superando muchos problemas que surgían en la anterior regulación, cuando se recusaba a más de un árbitro en un tribunal arbitral colegiado; por esa razón, entiende que en determinados supuestos, en vez de ir al Poder Judicial, deberá acudir a las Cámaras de Comercio (art. 25). Respeto a la libertad de ir al arbitraje los arts. 13 (contenido y forma del convenio arbitral) y 14 (extensión del convenio arbitral) ayudan a resolver un problema que surgía por la interpretación literal del convenio arbitral, adoptando un esquema más flexible y acorde con las prácticas y usos comerciales, y respetando la voluntad de las partes de ir al arbitraje, eliminando las trabas que se presentaban por deficiencias en la redacción del convenio arbitral. Asimismo señala expresamente que el Poder Judicial no está facultado para pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral. Adicionalmente, regula dos temas nuevos muy importantes. El primero referido a que no necesariamente la interposición del recurso de nulidad

¹⁰ *El Peruano*, 28 de junio de 2008, pp. 375041 ss.

suspende la ejecución del laudo; el segundo tema, ligado al anterior, es que la norma comentada regula que si la parte que solicita el recurso desea que se suspenda el laudo (y por tanto su ejecución), deberá cumplir con presentar una garantía de cumplimiento. Con esto se desalienta la interposición de recursos de anulación de parte de aquellos que lo único que buscaban era demorar la ejecución del laudo. De otro lado, la nueva Ley dispone que no procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, y la parte interesada no haya cumplido con solicitarlas.

5. Con carácter complementario el Decreto Legislativo 1071 dispone que de no mediar pacto en contrario, las actuaciones arbitrales iniciadas con anterioridad a su vigencia, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley N° 26572 (Ley General de Arbitraje). Y lo mismo ocurre con los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros iniciados antes de la vigencia de esta disposición. Por otro lado, la norma dispone la modificación del Código Civil, agregando un último párrafo al art. 2058 (“Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial”). Asimismo, se modifica el Código Procesal Civil, agregándose un último párrafo a su art. 384 (“En los casos previstos en la Ley General de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”). También se modifica la Ley General de Sociedades en sus arts. 48, 14 (cuarto párrafo) y 188 en su inciso 2; y la Ley de Garantías Mobiliarias en su art. 48. Por último se deroga la Ley General de Arbitraje de 1996, y el segundo párrafo del art. 1399 y el art. 2064° del Código Civil.

Como dato significativo, se dispone declarar de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. De acuerdo con la disp. final 1ª:

“Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayores a este medio de solución de controversias, a costos adecuados.

Estos programas serán conducidos por el Ministerio de Justicia y podrán ser ejecutados también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante celebración de convenios bajo cualquier modalidad.

El Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo”.

Con estas disposiciones se prevé que unos diez Centros de Arbitraje estarán operando en las Cámaras de Comercio del interior del país hacia fines de año y la cifra podría aumentar considerablemente como consecuencia del DL 1071/2008 y que se vendrán a unir a los que ya están funcionando en las Cámaras de Comercio de Cajamarca, Loreto, Ica y Lambayeque, Piura, Cusco, Ucayali y Tacna. Con ello se pretende, en palabras del Presidente de la República Alan García Pérez, dar un gran salto hacia la modernidad, desarrollo social y el crecimiento del país.

Revisión del Reglamento de arbitraje de la Uncitral de 1976: decisión adoptada por la uncitral en torno al arbitraje entre estados e inversionistas en su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 junio al 3 julio 2008)

Pilar PERALES VISCASILLAS
Catedrática de Derecho mercantil.
Universidad de La Rioja

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) acordó en el plenario de la Comisión de junio 2006 iniciar la revisión del Reglamento de Arbitraje de 1976¹. Los trabajos se iniciaron en Viena en el mes de septiembre de 2006 por el Grupo de Trabajo II (en adelante, GT) de la CNUDMI sobre arbitraje eligiendo como presidente del Grupo al delegado de Suiza Suizo, Sr. Michael Schneider.

El GT inició sus trabajos tomando una decisión acerca del ámbito de aplicación de las reglas, puesto que éstas se utilizan frecuentemente en el ámbito del arbitraje institucional, así como en el de tratados de inversiones. Además se planteaba si debía abordarse una mera modernización de las reglas o llevar a cabo una reforma más profunda. De conformidad con el mandato de la Comisión se decidió acometer una revisión restringida que no alterase el texto, la estructura ni el lenguaje de las Reglas de arbitraje de UNCITRAL². Además, se decidió preservar las Reglas para las situaciones generales –arbitraje comercial internacional– y se rechazaron, por lo menos en el momento presente, aquellas ideas de incluir en anexos reglas especiales relativas a arbitrajes específicos, por ejemplo, el de inversiones. El Grupo de Trabajo había decidido proseguir su

¹ Informe de la UNCITRAL acerca de la labor desarrollada en el 39º período de sesiones, 19 junio–7 julio 2006, Nueva York (A/61/17, n°182 a 187).

² *Vid.* Solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de la CNUDMI, 45º período de sesiones. 11–15 septiembre 2006, n°5

labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma actual genérica y recabar el asesoramiento de la Comisión acerca de si, una vez concluida su labor actual de revisión del Reglamento, el Grupo de Trabajo debería ocuparse con mayor detenimiento de las peculiaridades propias de los arbitrajes administrados en el marco de tratados y, de decidirlo así la Comisión, qué forma debería revestir tal tarea³.

La Comisión en su reciente 41º período de sesiones, presidido por el Profesor Rafael Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid, que tuvo lugar entre el 16 de junio y el 3 de julio 2008 en Nueva York⁴ convino en que no sería conveniente incluir en el Reglamento propiamente dicho disposiciones especiales destinadas a regir los procedimientos de arbitraje que se hayan de sustanciar en el marco de un tratado; asimismo, la Comisión acordó que la finalización del proceso de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica no debería verse retrasada por toda eventual labor que el Grupo de Trabajo pudiera tener que emprender en el futuro sobre las controversias entre inversionistas y un Estado⁵.

En cuanto a las prioridades del calendario de trabajo, la Comisión convino en principio en que el tema de los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado merecía ser objeto de examen en el futuro y en que dicho examen debería realizarse con prioridad inmediatamente después de que finalizara la actual revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En cuanto al alcance de esa labor futura se puso de relieve ante la Comisión que era importante asegurar la transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y un Estado. Sobre esta cuestión se recibieron observaciones escritas de la delegación de Canadá (A/CN.9/662)⁶ y se expuso una declaración en nombre del Representante Especial del Secretario General en cuestiones de derechos humanos y empresas transnacionales y demás empresas. En general, las delegaciones coincidieron en que, tal como se señalaba en el informe del Grupo de Trabajo sobre su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 57), convendría abordar en la labor futura el objetivo de la transparencia deseable en los procedimientos de arbitraje sustanciados

³ Informe del Grupo de Trabajo de Arbitraje y Conciliación acerca de la labor desarrollada en su 40º período de sesiones, Nueva York, 4–8 febrero 2008 (A/CN.9/646, párr. 69).

⁴ En dicho período se aprobó un importante Convenio sobre transporte total o parcialmente marítimo de mercancías. El Grupo de Trabajo encargado de la redacción del Convenio estuvo presidido por el Prof. Rafael Illescas Ortiz. No sin razón, la Convención comienza a llamarse “Convención Illescas” o “Convenio Illescas”.

⁵ A/63/17 – Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 41º período de sesiones, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/41st.html>, n°310–316.

⁶ Observaciones presentadas por el Gobierno de Canadá, que giran sobre todo en materia de fomentar la transparencia. Por su parte, los observadores IISD (International Institute for Sustainable Development) y del Center for International Environmental Law (CIEL) presentaron varios documentos informales y propuestas de viva voz en la misma línea.

entre inversionistas y un Estado. En cuanto a la forma que dicha labor futura podría revestir, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había previsto diversas posibilidades (ibíd., párr. 69) en lo que respecta a los procedimientos de arbitraje que se entablaran en el marco de un tratado, entre las que cabía citar la preparación de cláusulas o pactos de arbitraje modelo, de normas o directrices especiales, de un anexo que se adjuntaría al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de un reglamento de arbitraje separado, o de cláusulas optativas incorporables a un tratado⁷.

La Comisión decidió que aún no era el momento de adoptar una decisión sobre la forma eventual de un futuro instrumento aplicable al arbitraje sustanciado en el marco de un tratado y que, a este respecto, convendría dejar un amplio margen de discreción al Grupo de Trabajo. Con miras a facilitar el examen, en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo, de las cuestiones relativas al arbitraje realizado en virtud de tratados, la Comisión pidió a la Secretaría que, en la medida en que los recursos lo permitieran, emprendiera una investigación preliminar con objeto de recopilar información sobre la práctica actual en este campo. La Comisión instó a los Estados miembros a que proporcionaran a la Secretaría amplia información acerca de las prácticas seguidas en los procedimientos de arbitraje abiertos entre inversionistas y el Estado⁸.

La Comisión expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo concluyera su labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica a tiempo para que la Comisión, en su 42º período de sesiones de 2009, pudiera proceder al examen final y la aprobación del Reglamento revisado⁹.

⁷ A/63/17 – Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 41º período de sesiones, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/41st.html>, n°310–316.

⁸ A/63/17 – Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 41º período de sesiones, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/41st.html>, n°310–316.

⁹ A/63/17 – Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 41º período de sesiones, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/41st.html>, n°310–316.