

## ES URGENTE “ARBITRABILIZAR” AL ARBITRAJE PERUANO

### 1. INTRODUCCIÓN

En el Perú hay una errónea tendencia a la “jurisdiccionalización”<sup>1</sup> y por ende, a la “procesalización” innecesaria del arbitraje, que hoy incluso se ha desbordado, al punto de que ya podemos hablar de la “hiperconstitucionalización”<sup>2</sup> del arbitraje peruano, ante las diversas sentencias “legalmente correctas” que el Tribunal Constitucional ha emitido durante los últimos años, bajo el pretexto de la aplicación de la doctrina de la “Drittwirkung”,<sup>3</sup> atropellando así a las principales disciplinas del Derecho Arbitral.

A diferencia de otros países, existe aún en nuestro medio la duda respecto de si es lo mismo litigar en sede judicial o hacerlo

en sede arbitral, otorgando protagonismo principal a una confusión conceptual, jurídica e institucional, que resulta urgente superar, para enmendar el rumbo y para beneficiar así a los actores económicos y comerciales, aplicando los conceptos del Derecho Arbitral en toda su extensión y no en forma mediatizada o parcializada, a partir de la óptica miope, que implica abordar el arbitraje desde la perspectiva de otras disciplinas jurídicas.

Procedo entonces con plena consciencia del riesgo que implica el tema, ante las aristas y diversos ángulos que pueden complicar este ejercicio y de cara a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en los últimos años, las mismas que considero ocioso

---

\* Abogado, profesor en el curso de Arbitraje, pregrado y postgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Ex Gerente de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, Ex Secretario General del OSCE, miembro del Comité Editorial de la Revista Lima Arbitration, miembro del Círculo Peruano de Arbitraje ([www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)), miembro de la lista de Arbitros del Centro de Prevención y Resolución de Conflictos de la PUCP y de AMCHAM Perú, miembro del Grupo Especializado de Arbitraje en Contratación Pública del Centro de Prevención y Resolución de Conflictos de la PUCP y Presidente de la Comisión de Arbitraje A del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

<sup>1</sup> Ver el artículo premonitorio de Juan Rivadeneyra Sanchez: RIVADENEYRA SANCHEZ, Juan (1988); *¿Jurisdicción Arbitral?*; en: Themis, Revista de Derecho, Segunda Epoca No. 11; p. 15 – 19.

<sup>2</sup> Alfredo de Jesús informa que lamentablemente esta es una tendencia continental; ver: DE JESUS, Alfredo; *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*; Revista Lima Arbitration No. 3; 2008/2009; [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net), Agosto de 2011.

<sup>3</sup> Ver: KRZEMINSKA VAMVAKA, Joanna; Horizontal effect of fundamental rights and freedoms-much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line; (2009) Jean Monnet Working Paper 11/09; NY School of Law; en: [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org)

citar o analizar en forma detallada en este artículo. En consecuencia, advierto que este es un trabajo crítico, que muy probablemente no agotará todos los temas y que no gustará a muchos por su talante provocador, pero que tiene la intención de poner en evidencia la urgente necesidad de “arbitralizar” al arbitraje peruano.

## 2. CONTEXTO Y RIESGO DE LA “JUDICIALIZACIÓN” DEL ARBITRAJE

En suma, notarán ustedes que mis apreciaciones tienen origen en una verdad de Perogrullo. El proceso civil y el arbitraje no son ni serán nunca lo mismo. Eso lo sabemos todos y sin embargo, actuamos en forma contraria a esta constatación, incluso en la más alta instancia jurisdiccional del Estado. Si bien se trata de medios de solución de conflictos similares, jamás serán equivalentes, ni en la práctica ni en la teoría. Hay infinidad de fuentes doctrinarias que ratifican lo dicho, las mismas que también resulta ocioso citar acá.

Es cierto que a ambos medios de solución de controversias, la Constitución Política del Estado les confiere “jurisdiccionalidad” o “carácter jurisdiccional”, aunque con importantes diferencias de intensidad y matices, que muchas veces se interpretan de acuerdo a la conveniencia e intereses del intérprete de turno.

De ahí la importancia de destacar el carácter de “independiente” que la propia Constitución Política del Estado le reconoce al arbitraje, por contraste con la jurisdiccionalidad de la que está investida la autoridad jurisdiccional estatal, como una expresión material de la soberanía del Estado para impartir Justicia. Es decir, si hablamos del arbitraje no podemos disociar su independencia como institución jurídica, de su carácter como “*iuris dictio*”. ¿Es esto tan difícil de entender?

En consecuencia, la “soberanía” estatal para la impartición de Justicia, en el caso del arbitraje, está presente de una manera derivada. El poder soberano de juzgar tiene una génesis distinta en sede arbitral.

Es el mismo poder, pero los factores que lo activan y los medios que se ponen en funcionamiento, son jurídicamente diferentes. Y dentro del conjunto de factores en mención, el convenio arbitral cumple un rol fundamental así como las disciplinas jurídicas que sirven de sustento para hacer posible un arbitraje.

En forma anticipada, diremos que en el arbitraje y en cualquier competencia arbitral nacional o internacional, verificaremos que lo que hay es una cesión de soberanía mediante una ley o un tratado internacional, que autoriza al arbitraje, en lo que concierne a un efecto esencial: la exclusión de la vía jurisdiccional estatal querida por las partes y materializada mediante el convenio arbitral y/o mediante una norma legal. Dicho efecto de exclusión querido por las partes o por la ley es esencial. Es decir, para eso se establece el arbitraje.

A diferencia de la jurisdicción estatal, en el arbitraje no hay autoridad investida y el ejercicio del poder es derivado y no directo, pues está basado en las estipulaciones contenidas en un convenio arbitral vinculante para las partes o en lo dispuesto en una ley o un tratado internacional, ¿o es que el poder de un árbitro es equivalente al de un juez?

Conviene precisar acá que la regulación del convenio arbitral es todo un capítulo en el Derecho Arbitral, que de acuerdo al Derecho Comparado, llega al extremo de aceptar la existencia del convenio mediante un simple intercambio de comunicaciones a ser llevado a cabo por diversos medios, incluso en forma electrónica y en el “ciberespacio”.

De otro lado, el arbitraje, de conformidad con la Constitución Política del Estado Peruano, es una “jurisdicción independiente”, donde lo independiente tiene un peso específico y una justificación que se sustenta en las raíces mismas del arbitraje, alcanzando su expresión en el convenio arbitral, en el caso específico del arbitraje comercial privado.

Dado el proceso de “jurisdiccionalización”, “procesalización” e incluso de

“hiperconstitucionalización” que venimos padeciendo en el Perú, todo parece indicar que nos hemos olvidado de la relevancia de la autonomía o independencia que caracteriza a la llamada “jurisdicción arbitral”. Insisto: Arbitraje = independencia. Lo dice la propia Constitución Política del Perú. Si pacto un convenio arbitral es porque quiero. De modo que el convenio y sus estipulaciones se rigen por el principio del *pacta sunt servanda*, que implica de suyo la exclusión de la vía jurisdiccional estatal para conocer el fondo de la controversia.

Pero antes de seguir, es necesario referirnos a la “jurisdiccionalización y procesalización” del arbitraje, en un contexto como el peruano, en el que existe un gran dinamismo económico así como una tendencia al incremento de los arbitrajes y por ende, un aumento significativo de la práctica arbitral; en especial, a partir del proceso de crecimiento del comercio y las inversiones así como a partir de las reformas legislativas producidas en los últimos 15 años, incluyendo la promulgación de la Ley de Contrataciones del Estado, que incorpora la figura del arbitraje legalmente irrenunciable para la solución de conflictos en la etapa de ejecución contractual.

Aludiré a la confusión de paradigmas que existe en cierto ámbito de la práctica arbitral nacional, en donde los usuarios del arbitraje, los árbitros, los litigantes arbitrales y otros actores, confunden el proceso judicial con el arbitraje, aplicando estructuras conceptuales procesales al *iter* arbitral, generando así diversos problemas y costos innecesarios al comercio; y, lo que es peor, generando una percepción del arbitraje como “jurisdicción de tercera” o “jurisdicción diminuta”.

En forma colateral y de cara a esta absurda situación, se generan las condiciones para otras confusiones, como la que se refiere al procedimiento administrativo y el arbitraje, en el caso del arbitraje en contrataciones y adquisiciones del Estado, donde la práctica arbitral ha tenido una expansión

significativa en los últimos años, pero donde también hay una aún sutil tendencia hacia la innecesaria “administrativización” del arbitraje, que felizmente no alcanza los niveles de la “jurisdiccionalización” e “hiperconstitucionalización” a que hemos aludido líneas arriba.

### 3. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA “JUDICIALIZACIÓN” DEL ARBITRAJE

Probablemente todo esto se deba a la falta de pericia y conocimiento técnico de los nuevos actores arbitrales, a las carencias en materia de cultura jurídica sobre arbitraje, al déficit doctrinario, a la falta de información especializada, a la simple conveniencia e intereses de los actores, en función de cada caso específico, etc.

Pero en la práctica se observa una situación en la cual todos estos factores van en detrimento del carácter “independiente” que la propia Constitución Política del Estado le reconoce al arbitraje y que debe ser destacado como un factor de primordial importancia, para entender en forma integral los alcances del instituto jurídico.

Se trata de factores que voluntaria o involuntariamente pugnan por hacer que el arbitraje sea dependiente y no independiente, desconociendo así un principio elemental que impregna al arbitraje, como es el de la instancia única y el de la necesaria utilización de causales formales de nulidad para la impugnación de los laudos, excluyendo así *ipso iure* la posibilidad que el sistema estatal de impartición de Justicia pueda conocer el fondo de la controversia y pronunciarse al respecto.

Lo cierto entonces es que a la falta de respeto al principio de independencia previsto constitucionalmente, se suma una calamitosa confusión de paradigmas que tiende a crecer preocupantemente, que no debería pasar desapercibida y que se aprecia de la acción de los operadores que convergen en sede arbitral.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Ver sobre las teorías jurídicas que explican el arbitraje: HONG Lin Yu (2005); *Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories*; En: *International Arbitration Law Review*; Int. A.L.R. 2005, 8(1); 14 – 22.

Un indicador que grafica el fenómeno es que los estudios de abogados suelen encargar en nuestro país la gestión de los arbitrajes de sus clientes a sus áreas de Derecho Procesal. En los últimos años una serie de notables procesalistas nacionales han hecho suyo el arbitraje, muchas veces con éxito y calidad, pero otras veces con resultados deleznable. Entendemos que esto es parte del proceso de evolución natural que corresponde a cualquier institución jurídica.

También es cierto que esta confusión no se acerca ni a la esencia del arbitraje ni a la del proceso civil. En consecuencia, al no haber sido una prioridad la especialización profesional en arbitraje, se generan una serie de externalidades además de impactos negativos en el ámbito económico y jurídico-patrimonial de las partes, que es necesario superar.

Esto, como resultado de la errónea planificación estratégica de cada caso arbitral, incluyendo las decisiones equivocadas sobre las medidas a tomar respecto del laudo arbitral. Esto debe cambiar, en orden a que ya las principales facultades de Derecho del país han incorporado cursos especiales de arbitraje. A lo que se suma una avalancha de cursos, seminarios y conferencias, que han saturado el mercado nacional.

#### **4. CONSECUENCIAS DE ESTE FENÓMENO**

Al no ubicar al arbitraje en su adecuada dimensión, se producen consecuencias contraproducentes en la gestión del conflicto. Lo que es peor, esta situación perjudica la conformación de una cultura arbitral que sea consistente con los principios inherentes al arbitraje. Mas bien, en la coyuntura actual, tanto legislativa, doctrinaria como jurisprudencialmente, diversos factores condicionan la creación de una “anticultura” arbitral, que es necesario revertir, pero que lamentablemente se

ha exacerbado mediante una serie de sentencias del Tribunal Constitucional,<sup>5</sup> que en esencia implican una injerencia inadmisibles en sede arbitral, que atenta contra el principio de independencia establecido constitucionalmente para el arbitraje.

Son consecuencias que podrían ser evitadas o prevenidas, pero que al darse reiteradamente en la práctica, perjudican a las partes y al flujo económico – comercial del país. El caso típico es el que se produce cuando por vía de una acción de amparo y una vez agotados los medios impugnativos arbitrales del laudo, la parte interesada termina litigando en sede procesal constitucional. Todo un despropósito.

Aunque aún no existen estudios al respecto, podemos afirmar válidamente que estas prácticas deleznable terminan perjudicando al clima de negocios, al tráfico comercial y al sistema jurídico en conjunto, mermando la seguridad jurídica y la predictibilidad que supone un sistema arbitral consolidado a partir de buenas prácticas, que inciden favorablemente en el contexto comercial de un país y creando condiciones perversas que hacen que a la larga sea cada vez más difícil que el Perú se pueda convertir en una plaza importante para la práctica de arbitrajes internacionales.

Por si esto fuera poco y como problemática de fondo, esta creciente confusión que desfigura o desnaturaliza al arbitraje, pretende al final conducirlo por la senda del formalismo procesal y por la de la “aplicación supletoria” del Código Procesal Civil, retornándolo por la fuerza y no por la voluntad conjunta de las partes o de la ley, a los “sacrosantos” fueros judiciales.

Paradójicamente y como ya hemos adelantado, todo esto es precisamente lo que las partes quieren evitar cuando pactan el arbitraje. Es decir y como sabemos, lo que ocurre cuando hay un arbitraje pactado o

<sup>5</sup> Ver por ejemplo reciente artículo de Fernando Cantuarias en: <http://blogcristalroto.wordpress.com/2011/04/05/%c2%bfa-que-juega-el-tribunal-constitucional-respecto-al-arbitraje-un-nuevo-fallo-que-atenta-contra-el-arbitraje-en-el-peru> ; agosto 2011.

dispuesto mediante una norma legal, la vía jurisdiccional estatal queda excluida de plano, salvo para lo que se encuentre previsto específicamente en la legislación y que tiene que ver principalmente con las formas de auxilio jurisdiccional estatal o con las reglas de control jurisdiccional del laudo previstas en la Ley General de Arbitraje, prohibiendo en forma expresa la revisión del fondo de la controversia por parte de la autoridad jurisdiccional estatal.

## 5. CONTRADICCIONES EN TORNO AL DESARROLLO DEL ARBITRAJE

Este proceso de “jurisdiccionalización”, “procesalización” e “hiperconstitucionalización” del arbitraje peruano, se está dando a pesar de que el país cuenta con una novísima Ley General de Arbitraje, que refleja una importante evolución normativa, donde precisamente se señala la aplicación preeminente de la norma en mención, por encima de cualquier otra norma, incluyendo la del Código Procesal Civil.

Es decir, en vez de confirmarse en nuestro medio una paulatina y creciente especialización del arbitraje; lo que se observa es un síndrome del “hijo pródigo”. El arbitraje se jurisdiccionaliza y procesaliza cada vez más, regresando al “redil” de la jurisdiccionalidad estatal y dejando de ser una “oveja descarriada” del Derecho.<sup>6</sup> Estamos a tiempo de corregir esto.

El arbitraje no es un “hijo pródigo” ni tampoco es una “oveja descarriada”. Pero tampoco es una panacea que resolverá las deficiencias estructurales inherentes a una sociedad y a una economía “en vías” de desarrollo. Simplemente es un medio de solución de controversias basado en el convenio arbitral y en la ley.

Como ya se ha adelantado, la Constitución Política del Estado contiene disposiciones

que se refieren al arbitraje. Una de ellas establece en forma indirecta que el arbitraje es una “Jurisdicción Independiente”. El esforzado alegato de diversos juristas peruanos a fines de los años setenta;<sup>7</sup> alcanzó su pináculo con la incorporación de esta disposición sin precedentes en sede constitucional, ahora replicada en diversas Constituciones de la región.

Las actas del debate constitucional para la Constitución del año 1979 dan fe de ello; en particular, a partir de la dialéctica entre un concepto jurisdiccional por oposición a un concepto netamente procesal del arbitraje peruano y correlativo a la vieja regulación de raíz continental europea, contenida en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852.<sup>8</sup>

De otro lado y no obstante el triunfo del “jurisdiccionalismo arbitral” en sede constitucional, curiosamente el arbitraje nacional no se desarrolló a partir de la vigencia de la Constitución de 1979. Esto ocurrió recién muchos años después y con posterioridad a la promulgación de la Ley 26572, en los años noventa del siglo XX; es decir, casi treinta años después.

En consecuencia, el desarrollo arbitral se ha dado con la liberalización del instituto y la erradicación de la dicotomía que diferenciaba entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral y que hacía imposible llevar a cabo el arbitraje, ya que era necesario volver a pactar un compromiso arbitral una vez suscitada la controversia. Como sabemos, en un escenario de escalada del conflicto entre las partes, éstas no pactan nada. Conclusión: el interesado debía acudir a la vía jurisdiccional estatal para lograr el otorgamiento del compromiso arbitral. Este era un proceso judicial que podía durar varios años. Y cuando el demandante

<sup>6</sup> Ver: RUBIO GUERRERO, Roger (2007); *Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones*; En: Themis No. 53; p. p. 7 – 28.

<sup>7</sup> Siguiendo a ARAMBURU MENCHACA, ésta habría sido la única manera de incrementar la cuota de autonomía del arbitraje en el Derecho Nacional; Ver: ARAMBURU MENCHACA, Andrés (1988); *El Arbitraje Comercial en el Perú*; en: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Cultural Cuzco S.A., Lima; p. p. 26 – 32.

<sup>8</sup> Cf. ARAMBURU; *Ibid.*

finalmente lograba se le otorgue el compromiso arbitral, ya era demasiado tarde.

Hoy podemos decir que el desarrollo arbitral peruano emerge casi treinta años después de promulgada la Constitución de 1979 y una vez que el mundo y el ordenamiento jurídico nacional cambiaron significativamente, mientras paralelamente se aceleraba el proceso de la última globalización económica.<sup>9</sup>

Esto demuestra que el hecho de contar con una norma constitucional que reconoce el rango jurisdiccional al arbitraje, no garantiza su desarrollo. A fin de cuentas, lo que interesa es la utilidad, consistencia institucional,<sup>10</sup> y congruencia con la economía y el comercio, que hagan viable al arbitraje, a efectos de contribuir a la paz social y empresarial, ambas necesarias para un mayor dinamismo y desarrollo económico.<sup>11</sup>

Súmese a ello la necesidad de propender a la integración y promulgación de diversas normas, a lo que debe agregarse la ratificación de una gama de tratados internacionales<sup>12</sup> que hoy hacen posible que el Perú sea un foco de atracción de inversiones y comercio.

De otro lado, algo se ha escrito sobre la jurisdiccionalidad arbitral en la doctrina jurídica nacional.<sup>13</sup> Pero sin duda, mas es lo que se ha “ejercido” en la práctica legal nacional, siendo ahí donde se ve la secuela del pernicioso “jurisdiccionalismo

arbitral”.<sup>14</sup> En efecto, estos años he podido leer; por ejemplo, infinidad de alegatos, argumentos y sustentaciones, mas o menos barrocas, llevadas a cabo en centenares de arbitrajes y donde la parte interesada en preservar la validez del convenio arbitral, del laudo arbitral o la viabilidad del arbitraje en que se encuentra inmerso, sostiene una y otra vez, rimbombantemente y en forma “jurídicamente válida”, construcciones del tipo “*de conformidad con la Constitución Política del Estado y tomando en cuenta el carácter jurisdiccional del arbitraje...*”

A esto debemos agregar las sentencias judiciales que hacen mención al tema en distintas instancias. Como ya se ha dicho, llaman la atención; especialmente, las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano,<sup>15</sup> que no obstante estar orientado por la necesidad de preservar la constitucionalidad del Derecho Nacional, prácticamente ha legislado en forma especializada en materia arbitral y a partir de la misma precaria noción “jurisdiccional” objeto de crítica en estas líneas; pero “hiperconstitucionalizando” innecesariamente al arbitraje nacional, atentando así flagrantemente en contra del tantas veces mentado principio de exclusión jurisdiccional que comprende *ipso iure* el arbitraje respecto del fondo de la controversia.

Tengamos en cuenta que nadie se hubiera imaginado ni en el año 1979, cuando también innecesariamente se “constitucionalizó” el arbitraje peruano en la norma positiva; ni en la década de

<sup>9</sup> Sobre globalización ver: TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1999); El Dilema de la Globalización: ¿Universalización o Articulación?; Discurso presentado en la Universidad Carolina de Praga; <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm>

<sup>10</sup> Ver: NORTH, Douglas (1992); *Instituciones, ideología y desempeño económico*; publicado originalmente en el Cato Journal de invierno de 1992; En: <http://www.elcato.org/node/1272>

<sup>11</sup> Lo económico entendido acá como medio para lograr el bienestar, en el sentido que propone Miraglia: Ver: MIRAGLIA, Luigi (1968); *Comparative Legal Philosophy Applied to Legal Institutions*; Augustus M. Kelley Publishers, New York; Rothman Reprints Inc., New Jersey; Sentry Press; p. p. 267 – 294.

<sup>12</sup> Cf. ZUMBANSEN, Peer (2006); *Transnational Law*; En: *Encyclopedia of Comparative Law*, Jan Smits (ed.); p. p. 738 – 754.

<sup>13</sup> RIVADENEYRA; *Ibid.*

<sup>14</sup> Ver sobre éste y otros temas arbitrales el reciente libro publicado por Fernando Cantuarias: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2007); *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*; Editorial UPC; 974 páginas.

<sup>15</sup> Ver: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2006); *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú*; En: *Revista Peruana de Arbitraje No. 2, Año 2006*; p. p. 15 – 66.

los años noventa, cuando se promulgó la primera Ley General de Arbitraje;<sup>16</sup> que esta institución jurídica iba a terminar aterrizando en la escena jurídico-procesal delimitada hoy por el Código Procesal Constitucional.

En definitiva, para eso no se arbitra y para eso no se legisla en materia arbitral. Es más, para eso existen los medios para impugnar el laudo previstos en la propia Ley General de Arbitraje, los mismos que permiten complementar la gama de elementos de balance, pesos, contrapesos y equilibrios, de una disciplina de solución de controversias especializada como el arbitraje, que se caracteriza por ser flexible, pero también pragmática y expeditiva.

De otro lado y curiosamente, esta tendencia jurisdiccionalizante es muy débil en la doctrina jurídica, pero a su vez es sorprendentemente fuerte en la práctica local del Derecho. Se hace carne, se materializa en los arbitrajes nacionales y luego en sede Jurisdiccional Estatal, cuando los jueces producen jurisprudencia sobre la materia, basándose una y otra vez en la perspectiva jurisdiccional del arbitraje, como si ésta fuera el ancla principal del instituto, el alfa y el omega del “ius arbitrii peruviansis”. Pero paradójicamente la cosa no queda ahí. Además de esta patología en la concepción jurídica del arbitraje nacional, enraizada en sede Constitucional, tenemos también otras patologías.

Me refiero a la procesalización innecesaria del arbitraje, la misma que se observa en el plano operativo cotidiano, caso por caso. Muchas veces esta procesalización es generada por los propios árbitros y como correlato de su pobre formación en materia arbitral. También los abogados

de las partes que litigan en sede arbitral procesalizan el arbitraje, siempre que ello reditúe a favor de la posición de la parte que patrocinan. Esto no está permitido en otros ordenamientos jurídicos, donde dichas prácticas están sancionadas y tipificadas como “mala práctica profesional”, de modo que el profesional del derecho que incurre en este despropósito, es responsable ante quienes su “mala práctica” perjudica, pudiendo ser demandado por daños y perjuicios. De otro lado, es usual la crítica a las normas “procesales” de la Ley General de Arbitraje porque “les falta algo”, cuando lo que falta en realidad es capacidad argumentativa y jurídica de los árbitros, para resolver conforme lo dispone el Derecho.

Es más, pareciera que en general existe en la mente de estas personas una suerte de “terror al vacío legislativo”, siendo preocupante la incompetencia e incluso la falta de determinación de algunos árbitros para fundamentar las decisiones expresadas en las resoluciones emitidas en sede arbitral. En efecto, muchas veces los árbitros proceden sin tomar en cuenta los principios que sustentan las disciplinas jurídicas arbitrales. E incluso, al no hacerlo, terminan prefiriendo la aplicación de otras estructuras jurídicas diseñadas para lograr otros fines. Como es, por ejemplo, lo que fluye de la aplicación irregular del Código Procesal Civil a la secuela de un arbitraje.

No es que el arbitraje sea mejor o peor que el proceso civil o que el procedimiento administrativo o que cualquier otro medio de gestión o solución de conflictos suministrado por el Estado. De lo que se trata acá es de resaltar la necesidad de diferenciar al arbitraje e identificarlo como

---

<sup>16</sup> Uno de los problemas que comprende la génesis jurídica del arbitraje nacional consiste en que precisamente su “estructura genética” es heterogénea e incluso contradictoria. Por un lado estuvo regulado en las normas procesales del sistema jurídico nacional y desde el Código de Enjuiciamientos de 1852, luego pasó a ser regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, para luego pasar a ser elevado a rango Constitucional en la Constitución de 1979, justamente con el ánimo de desprocesarlo. Antes de esto, el arbitraje era un “seudo proceso” regulado en la norma procesal peruana. Con la norma constitucional se le elevó a rango jurisdiccional, para luego pasar a ser regulado en el Código Civil de 1984, en un intento por contractualizarlo. Finalmente y a partir de los noventa, el arbitraje recibe un tratamiento especial por vía de una Ley General que ya alcanzó su tercera versión en el año 2008. Para terminar de complicar el panorama, hoy tenemos sentencias del Tribunal Constitucional Peruano que disponen el efecto vinculante de considerandos producidos en sentencias referidas al arbitraje en aplicación del Código Procesal Constitucional. Tal vez se trate de una de las instituciones con una de las “genéticas jurídicas” más enrevesadas del Sistema Jurídico nacional, que a todas luces demuestra una absoluta falta de visión y prospectiva respecto del tratamiento jurídico del arbitraje a lo largo de la historia o que mas bien implica un exceso de entusiasmo y poca profundidad en el tratamiento del instituto.

una opción técnica para manejar conflictos, concurrente con los demás medios, en el ámbito nacional e internacional. Es decir, se trata de entender positivamente esa diferenciación y aprender a identificar sus potencialidades en un medio que encara hoy más que nunca el reto del desarrollo<sup>17</sup> y la globalización económica,<sup>18</sup> así como el rol preponderante del comercio, los contratos y las inversiones.

Entendamos entonces que el mundo del constituyente del año 1979 no es equivalente al mundo contemporáneo. Las estructuras jurídicas, las prácticas comerciales, los modelos de contratación y muchos otros factores,<sup>19</sup> tienden a mostrar una inusitada evolución ante las nuevas realidades y necesidades que comprenden los flujos de comercio e inversiones.<sup>20</sup> Algo similar ocurre hacia adentro, al interior de las economías, donde hoy resulta indispensable contar con una amplia gama de medios de gestión de conflictos que acompañen los procesos de diversificación y especialización económica.

El arbitraje tiene las condiciones necesarias para adaptarse perfectamente a estos nuevos escenarios,<sup>21</sup> sin afectar la posibilidad de seguir brindando seguridad jurídica a sus usuarios; es más y hasta donde he podido constatar a partir de diversas fuentes, el arbitraje lo viene haciendo con mucho éxito en Occidente;<sup>22</sup> por lo menos, desde el siglo XI y desde

que comenzaron a proliferar las ferias comerciales de la Edad Media, durante la primera etapa de expansión de la Lex Mercatoria.<sup>23</sup> De otro lado, el desarrollo y el cada vez mayor dinamismo arbitral, ya se está dando en el mundo; en particular, con el incremento significativo del arbitraje comercial internacional y del arbitraje en inversiones.<sup>24</sup>

Lo mismo ocurre con el incremento de los arbitrajes internacionales en donde los Estados son parte litigante. La razón para ello radica en el crecimiento geométrico de los flujos comerciales, económicos y financieros, entre otros factores. Pero estos son solo algunos indicadores, regresemos a algunos aspectos de fondo que conviene resaltar acá, para contribuir a reafirmar la idea de que en materia de gestión de conflictos, una cosa es el arbitraje y otra son los procesos judiciales y los procedimientos administrativos.

Por lo pronto, el derecho arbitral comparado y la doctrina arbitral están de acuerdo en que la base del arbitraje radica en el convenio arbitral.<sup>25</sup> Sea que éste resulte de un pacto, acuerdo o compromiso entre las partes o sea que éste derive de alguna estructura jurídica preexistente, ley, reglamento, etc., que nos lleve necesariamente a un arbitraje estructurado a partir de las normas inherentes a alguna competencia arbitral especializada.<sup>26</sup> Es el caso; por ejemplo, de

<sup>17</sup> Cf. NICHOLS, Philip (1999); *Legal Theory of Emerging Economies*; En: Virginia Journal of International Law Winter 1999, 39 Va. J. Int'l L. 229.

<sup>18</sup> Ver: DELBRÜCK, José (2002); *Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftlicher Globalisierung*; Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht; Martin Luther Universität, Halle-Wittenber; juli 2002, Heft 3.

<sup>19</sup> Ver: JACKSON, John (1998); *Global Economics and International Economic Law*; En: Journal of International Economic Law 1 (1998); Georgetown University, Washington D.C. 1 – 23.

<sup>20</sup> Cf. LEHMKUHL, Dirk (2003); *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and The Multiple Providers of Governance Services*; Center for Comparative and International Studies, University of Zurich; 2003 ECPR Joint Sessions in Edinburgh, March 28 – April 2, Workshop 11: The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization. p. 3 – 4.

<sup>21</sup> Ver: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2007); *Comprando Justicia ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?*; en: Revista Themis No. 53; p. p. 71 – 91.

<sup>22</sup> Cf. KAUFMANN – KOHLER, Gabrielle (2003); *Globalization of Arbitral Procedure*; En: Vanderbilt Journal of Transnational Law; Vol 36:1313; p. p. 1313 - 1333

<sup>23</sup> Antes y durante los siglos XI al XIII se dio la primera etapa de expansión de la Lex Mercatoria así como la aplicación práctica de los foros de solución de controversias de la Curia Mercatoria, mediante los llamados Pie Powder Courts o foros Piedi Polvorosi. Hay algunos ensayos valiosos al respecto, de principios del siglo XX, como el de John Ewart. Cf. EWART, John (1903); *What is the Law Merchant?*; En: Columbia Law Review Vol. III, March 1903, No. 3; p. p. 135 – 154.

<sup>24</sup> Cf. FRANCK, Susan (2007); *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*; En: Global Business & Development Law Journal/Vol. 19; p. p. 337 – 373.

<sup>25</sup> Ver: SCOTT RAU, Alan (2003); *Everything you really need to know about "separability" in seventeen simple propositions*; En: American Review of International Arbitration; Hans Smit and Juris Publishing Inc.; p. p. 4 – 120.

<sup>26</sup> Cf. HONG Lin Yu; *Ibid.*



la “arbitrabilización” de las controversias en la etapa de ejecución de los contratos celebrados por las entidades públicas peruanas, bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.<sup>27</sup>

También es el caso de otras formas arbitrales, como la que encontramos en la obligación de arbitrar por parte del Estado, cuando éste ha expresado su consentimiento en forma anticipada y mediante un tratado internacional.<sup>28</sup> Muchos tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones o los capítulos de inversiones en los tratados de libre comercio, contienen reglas adjetivas del Derecho Internacional de las Inversiones, que obligan al Estado a arbitrar con particulares. Dichas reglas arbitrales simplemente son activadas por la parte interesada, cuando se suscita la controversia y sin que necesariamente tenga que existir un convenio arbitral de por medio. En este caso, la obligación de arbitrar radica en el tratado que es vinculante para el Estado.

En consecuencia, las posibilidades arbitrales que se plasman en competencias arbitrales especializadas, son múltiples. En todos estos escenarios el medio o vehículo jurídico que sirve de acceso al arbitraje, difiere significativamente de lo que es el medio de acceso a la Jurisdicción Estatal “estática”. Para comenzar, ésta entraña una expresión de soberanía con alcance territorial limitado, que justamente el arbitraje no tiene porqué tener; en especial, en el caso del arbitraje internacional. En consecuencia, la lógica en la conformación, distribución y ejercicio del poder en el arbitraje, es diferente a la que encontramos en sede Jurisdiccional Estatal.

Incluso en el arbitraje inversionista – Estado<sup>29</sup> esta lógica se configura de otra manera, no obstante las características especiales de este tipo de arbitraje; el mismo que por cierto incluye la participación activa del Estado como uno de sus principales actores.<sup>30</sup> Claro que el arbitraje como institución jurídica tiene que ver con el Poder Estatal, pero es necesario tener en cuenta que, estando a lo explicado líneas arriba, el arbitraje no es una expresión directa del poder estatal, como si lo es la actividad jurisdiccional estatal.

Es por ello que las leyes de arbitraje, tal como se aprecia en el Derecho Arbitral Comparado, precisan los alcances de la “arbitrabilidad” de determinadas controversias y generalmente no contienen definiciones taxativas de lo que es el arbitraje, a efectos de no limitar sus contenidos.

Los Estados disponen entonces soberanamente y a partir del marco normativo respectivo, sea éste nacional o internacional, lo que es y lo que no es arbitrable. A ello sumemos el hecho que lo que las partes hacen regularmente en sede arbitral, es poner en práctica y ejecutar las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral o en el instrumento jurídico que ha previsto el arbitraje. En cambio; en sede judicial, es el ciudadano el que ejerce su derecho de acción recurriendo a la tutela judicial efectiva ante la autoridad jurisdiccional estatal.

Mediante el ejercicio del derecho de acción, el ciudadano invoca el poder del Estado por vía de la autoridad jurisdiccional. Lo hace transitando por una línea vertical, al interponer la demanda judicial ante el Juez,

<sup>27</sup> Ver: KUNDMÜLLER, Franz; PEREZ – ROSAS, Juan José; (2006); *El Arbitraje Administrativo en Contrataciones y Adquisiciones del Estado*; En: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico; Editorial Grijley, AEDA; p. p. 23 – 52.

<sup>28</sup> Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2007); *El Arbitraje en Inversiones en el futuro Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos*; Revista Themis No. 53; p. p. 119 – 141.

<sup>29</sup> Ver: KUNDMÜLLER, Franz; RUBIO, Roger (2006); *El Arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*; En: Revista Lima Arbitration, publicación electrónica del Circulo Peruano de Arbitraje; ver: <http://www.limaarbitration.net/revista.htm>

<sup>30</sup> Cf. ROBBINS, Joshua (2006); *The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties*; en: University of Miami International and Comparative Law Review, Spring 2006; 13 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 403.

como autoridad estatal competente que tiene jurisdicción. Para ello el ciudadano no requiere de convenio arbitral alguno, pues le bastan sus derechos civiles. En todo caso, el ciudadano debe cumplir con los requisitos establecidos en el código procesal respectivo. A su vez, el Juez actúa en ejercicio del poder soberano. Imparte Justicia en el marco del Estado de Derecho. Es un depositario del poder soberano con el que se encuentra investido y para ser ejercido dentro de un ámbito territorial específico y como “juez natural”.

Desde esta perspectiva también es posible destacar una serie de características inherentes a la función jurisdiccional y al rol del juez, que sería ocioso detallar en este trabajo. En cambio, en el arbitraje los litigantes operan en el plano de la horizontalidad que está condicionada generalmente por el convenio arbitral, requiriendo el arbitraje incluso antes de que se constituya el tribunal arbitral. A ésta se suman muchas otras características que han sido analizadas y sustentadas por la doctrina arbitral comparada, la misma que lo ha hecho en forma exhaustiva durante los últimos cien años o más.<sup>31</sup> Siendo ello así, sería deseable que toda la discusión jurídica sobre el arbitraje en el Perú, redunde a favor de una doctrina arbitral peruana congruente con los estándares jurídicos que ya existen sobre la materia.

Es decir, una doctrina que se ocupe de temas arbitrariamente relevantes como la separabilidad y protección del convenio arbitral, las atribuciones de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia o “kompetenz-kompetenz”, el principio

de igualdad que rige entre las partes en sede arbitral, las causales de anulación del laudo, los requisitos de validez del convenio arbitral y el uso de tecnologías de la información y comunicaciones en el arbitraje, entre otros. Es precisamente el análisis de estos y otros factores lo que permitirá estructurar finalmente una cultura arbitral que responda a los retos y desafíos contemporáneos. Esto implicaría pasar a una nueva etapa en el desarrollo del arbitraje nacional, en armonía con las tendencias globales sobre la materia y en un contexto de especialización.

## 6. CONCLUSIÓN

En consecuencia, para que el arbitraje en el Perú pase a una nueva etapa, resulta pertinente “desjurisdiccionalizar”, “desprocesalizar” y prevenir la “hiperconstitucionalización” del instituto, proyectando su evolución prospectivamente y sobre la base del estado actual de la técnica. En tal sentido, los estándares internacionales tienen un rol fundamental que cumplir, pero también resulta indispensable que la doctrina nacional se concentre cada vez más en el análisis de la problemática arbitral como tal, antes que en las disciplinas cuya innecesaria aplicación deriva de la imperante y muchas veces interesada confusión de paradigmas que encontramos en nuestro medio. Es decir, debe quedar claro de una vez por todas, que el arbitraje es el arbitraje y que resulta indispensable e impostergable “arbitrabilizarlo”.

Lima, agosto de 2011.

---

<sup>31</sup> Ver por ejemplo: FOX, Hazle (1988); *Status and the Undertaking to Arbitrate*; En: International and Comparative Law Quarterly; Vol. 37; p.p. 1 – 29; KERR, Michael (1985); *Arbitration and the Courts: The Uncitral Model Law*; En: International and Comparative Law Quarterly; Vol. 34; p. p. 1 – 24; CARPENTER, Clayton; BAR, Denver (1930); *Practice and Procedure in International Arbitration*; En: DICTA; Vol. VII, May 1930, No. 7; p. p. 3 – 33.