

Guillermo Hesse Martínez

•••••

ARBITRAJE Y GLOBALIZACION DEL DERECHO

Comentarios sobre el caso peruano

Abogado, Egresado de
la Pontificia Universidad
Católica del Perú.
Socio y Jefe del Área
de Litigios del Estudio
Barrios Fuentes Gallo
Abogados.

La dación del Decreto Legislativo No. 1071, o nueva Ley de Arbitraje, que entrara en vigencia hace poco más de un año, ha generado un interesante debate socio-jurídico, referido a las causas o factores que conllevan al cambio legal en materia de solución de controversias, debido al contexto particular en que esta norma se elaboró y promulgó.

En nuestro país, las reformas legales siguen siendo percibidas generalmente como iera pueden generar un determinado cambio en nuestro derecho interno, a pesar de que los casos de este tipo cada vez son mayores.

Así por ejemplo, en el caso específico del arbitraje, muchos asumen que los recientes cambios legales en esta institución responden al rechazo de una cultura litigiosa frente a una cultura de diálogo, al anquilosamiento del proceso civil, a los buenos resultados logrados por los tribunales arbitrales para solucionar conflictos empresariales y económicos de diverso tipo y/o a el reconocimiento

brindado por el Tribunal Constitucional a la jurisdicción arbitral frente a la jurisdicción común. Sin embargo, si bien todos estos factores son importantes, no son suficientes para explicar algunas modificaciones legales incorporadas en el Decreto Legislativo 1071.

En realidad, a este factor “interno” pueden agregarse otros tres factores “externos” vinculados a los cambios normativos en el arbitraje, como son: a) el fortalecimiento que ha tenido a nivel internacional la teoría contractual o de autonomía de la voluntad del arbitraje; b) la exigencia de adecuarse a las recomendaciones que en el año 2006, aprobó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; y c) el compromiso asumido por el Estado Peruano en el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) suscrito con los Estados Unidos¹. Pasaremos entonces a desarrollar cada uno de estos factores (tanto el interno como el externo), de manera tal que podamos tener una visión más integral de los procesos influyen - y seguirán influyendo - en el modo en que se regula el arbitraje en nuestro país.

•••••

¹ Mediante Ley No. 29157, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo, la facultad de legislar distintas materias a fin de facilitar la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, estando entre dichas materias las referentes a la facilitación del comercio así como a la promoción de la inversión privada y por tanto las normas que propicien las condiciones adecuadas para agilizar la solución de controversias.

a) El fortalecimiento teórico del arbitraje.

Con respecto a este primer factor, debemos señalar que el arbitraje nace de la voluntad de las partes y del derecho a la libertad contractual de las personas, quienes de manera libre han decidido someter en particulares, denominados árbitros, a las controversias existentes entre los mismos. Ahora bien, ello no significa que estemos avalando plenamente la teoría contractualista que explica la naturaleza del arbitraje.

Los árbitros deciden las reglas del arbitraje, las mismas, que con la nueva Ley de Arbitraje les otorga la libertad para establecer las condiciones y términos en que se desarrollará el arbitraje.

Esta libertad en las reglas, manifiesta en la Ley de Arbitraje, no es gratuita, proviene de los avances en el arbitraje a nivel internacional, empujado por la globalización, y la apertura de mercados. Este gran salto en la práctica arbitral, finalmente se extendió al Perú, y constituye su fuente. Así tenemos que al día de hoy, cuando requerimos recurrir a las fuentes del arbitraje, tenemos que recurrir necesariamente al desarrollo que ha tenido la costumbre internacional, la jurisprudencia arbitral, a la doctrina y a las normas provenientes básicamente de los distintos tratados y convenciones de los cuales en la mayoría de los casos el Perú forma parte.

b) La influencia de UNCITRAL.

Respecto al segundo factor, el Perú ha sabido aprovechar con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, la conveniencia de adoptar la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional² y que es conocida en el Perú por sus siglas en castellano como la LEY MODELO DEL CNUDMI o en sus siglas en Inglés como la UNCITRAL MODEL LAW, ya que la misma nos ha permitido contar con un marco jurídico uniforme y unificado para la solución de controversias en sede arbitral. Ello evidentemente resulta una ventaja si tenemos en cuenta que su aceptación y uso a nivel mundial nos permite promocionarnos como una sede arbitral confiable y segura para los inversionistas, quienes podrán tener la seguridad de conocer la Ley arbitral y evitar de esa manera los temores que significaban seguir un arbitraje fuera de su país y sujetos a los riesgos de las leyes del lugar del arbitraje, o a los vaivenes de un Poder Judicial, desprestigiado. Estos temores terminan espantando al inversionista, ya que muchas veces ve inejecutable el laudo, considerando al Perú como un país sin seguridad jurídica.

Pero, quizás el mayor acierto que ha tenido esta Ley de Arbitraje, esta justamente en no haber elaborado la Ley de Arbitraje como una copia de la Ley Modelo, sino que ha sabido agregarle nuevos conceptos y corregir problemas que se presentaron

Los árbitros deciden las reglas del arbitraje, las mismas, que con la nueva Ley de Arbitraje les otorga la libertad para establecer las condiciones y términos en que se desarrollará el arbitraje.



² En su 112 Sesión Plenaria del 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/72, aceptó las conclusiones de la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional: "...La Asamblea General, Reconociendo el valor del arbitraje como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, Convencida de que el establecimiento de una Ley Modelo sobre arbitraje que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, contribuye al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas. Tomando nota de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó en su 18º período de sesiones la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional¹, tras las debidas deliberaciones y la celebración de amplias consultas con instituciones arbitrales y con especialistas en arbitraje comercial internacional, Convencida de que la Ley Modelo, junto con la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras² y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recomendado por la Asamblea General en su resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976, contribuye de manera importante al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, 1. Pide al Secretario General que transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junto con los travaux préparatoires del 18º período de sesiones de la Comisión; 2. Recomienda que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional..."

Posteriormente, el 7 julio de 2006, en su 39º período de sesiones, la CNUDMI enmendó la Ley Modelo en los párrafos 4, 19, 20, 27, 29 y 53. La Asamblea General, en su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, recomendó "que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes (. . .)".

con la Ley 26572. Dos de las principales novedades son la inclusión en el artículo 14 de la posibilidad de hacer extensivo el arbitraje a terceros no signatarios y la eliminación de la separación que existía en la Ley 26572 entre arbitraje nacional e internacional. Definitivamente estos dos puntos nos pueden llevar a distintos puntos de vista, sin embargo, dicho análisis no es motivo del presente ensayo.

Las cualidades que presenta la Ley de Arbitraje son destacadas a nivel internacional al punto que la misma es reconocida como una de las más modernas a nivel latinoamericano.

Las cualidades que presenta la Ley de Arbitraje son destacadas a nivel internacional al punto que la misma es reconocida como una de las más modernas a nivel latinoamericano.

c) La firma del TLC Perú-Estados Unidos.

Sobre este tercer factor, es sabido que los Tratados de Libre Comercio (TLC) han sido una herramienta importante para la difusión y fortalecimiento del arbitraje entre los países firmantes.

Cabe mencionar indicar, que la negociación para la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos empujó al Congreso a delegar en el ejecutivo la facultad de legislar en materia de solución de controversias y en particular sobre el arbitraje.

En el caso peruano, el artículo 21.21 del acuerdo comercial con los Estados Unidos establece lo siguiente:

“Artículo 21.21:

- 1. En la mayor medida posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.*
- 2. A tal fin, cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en estas controversias.*
- 3. Se considerará que una parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es*

parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975...”

De esta manera, mediante Resolución Ministerial No. 027-2006-JUS de fecha 25 de enero del 2006, el Ministerio de Justicia conformó una Comisión para la revisión de la ley arbitral de 1996, sin embargo, esta Comisión de Trabajo posteriormente creyó conveniente efectuar una revisión integral que dio resultado a la Ley de Arbitraje hoy vigente.

d) Los aprendizajes internos.

El cuarto y último factor, que en estricto tiene un origen más bien doméstico, lo constituyó la necesidad de hacer un deslinde con el proceso civil y la cultura de litigio existente que venía siendo aplicada con la Ley 26572. Por varios años, la práctica arbitral doméstica nos hacía pensar que nos encontrábamos ante un proceso paralelo al poder judicial. Sin embargo, todos aprendemos de los errores, y luego de más de 10 años de práctica arbitral a las que nos llevo la Ley 26572, poco a poco hemos podido ser testigos directos de los avances del arbitraje y de la madurez que con los años mostraron sus actores, ya sean los árbitros, los abogados, los Centros de Arbitraje y por que no decirlo el mismo Poder Judicial.

Ejemplos son muchos, pero para quienes alguna vez estuvimos como abogados, árbitros o secretarios, recordarán que durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje e inclusive hasta muchos años después, los mismos abogados, aplicábamos supletoriamente el Código Procesal Civil. Eran comunes las cuestiones probatorias como la tacha y la oposición tal cual se regulaban en el Código Procesal Civil y la intervención del Poder Judicial a través de acciones de amparo. Todo esto parecía ser normal y sólo algunos cuestionaban esta práctica.

El tiempo permitió, a quienes se mantuvieron en la práctica arbitral, conocer que el arbitraje se basaba en otras fuentes, como las costumbres, la práctica internacional, y que cada vez era más fuerte el pensamiento que pregonaba la autonomía de la voluntad y la flexibilidad del proceso arbitral. Ya en los últimos años de vida de la Ley N° 26572 eran tangibles estos cambios, e inclusive para el Poder Judicial que luego de dejar varios *muertos y heridos*, supo comprender que se debía evitar la interferencia y reconocer que el arbitraje tenía sus propios principios y reglas.

Por lo expuesto, se puede apreciar que la nueva Ley de Arbitraje presenta modificaciones tanto en lo que concierne a la regulación de la anulación del laudo arbitral, de las medidas cautelares y respecto de su autonomía misma, la que se manifiesta de manera expresa en el artículo 3 numeral 4 de la norma arbitral al señalar que:

“...Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del Tribunal Arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación de laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, esta sujeta a responsabilidad...”

Otro intento de la nueva norma por restringir la intervención del Poder Judicial, se manifiesta en el nombramiento de árbitros; con la Ley anterior a falta de acuerdo entre las partes para designar al árbitro o a falta de acuerdo de los árbitros para designar al Presidente se tenía que recurrir al Poder Judicial, mientras que

ahora son las Cámaras de Comercio quienes designan residualmente a los árbitros.

La nueva Ley de Arbitraje ya entró en vigencia, ha cumplido 1 año de vigencia y debe destacarse que en su corto tiempo de existencia, el Poder Judicial también ha sabido adecuarse a los cambios que introdujo en el arbitraje, aprendiendo de sus errores, ya sea cambiando criterios o corrigiéndolos, como es el caso del control constitucional posterior y el reconocimiento de sus propias reglas.

Prueba de lo antes expuesto es la creación de los Juzgados Comerciales y las Salas Comerciales, las mismas que cuentan con competencia propia, independientes de los Juzgados y Salas Civiles, y encargados de ejecutar un laudo, conceder medidas cautelares previas al arbitraje o tramitar la anulación de laudos. Un hecho que llama la atención es la manera como ha venido comportándose la Sala Comercial, lo que constituye un claro apoyo a la nueva Ley de Arbitraje. Así tenemos que por ejemplo, el criterio adoptado por la Sala Comercial al calificar los recursos de anulación de laudos de procesos arbitrales, iniciados con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, es la de considerar como aplicables los requisitos de admisibilidad contenidos en la nueva Ley de Arbitraje.

En efecto, si uno revisa detenidamente la Ley de Arbitraje, podrá advertir que en la segunda disposición transitoria, la intención del legislador, era más bien, la de permitir que los casos iniciados con anterioridad a la Ley de Arbitraje se siguieran tramitando bajo la ley derogada; sin embargo, la Sala Comercial, con buen criterio y advirtiendo la confusión y los problemas de redacción de esta disposición, interpretó y aclaró sobre la aplicación de la Ley de Arbitraje en el tiempo.

