

LA OTRA JUSTICIA: FUNDAMENTOS, DESARROLLO Y AVANCES LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Mario Castillo Freyre**
*Ricardo Vásquez Kunze***
*Rita Sabroso Minaya****

1. INTRODUCCIÓN.— 2. SURGIMIENTO Y POSICIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN NUESTRO PAÍS.— 3. ARBITRAJE DEL ESTADO.— 4. ARBITRAJE POPULAR.— 5. CONCLUSIONES.—

1. INTRODUCCIÓN

Las causas de la crisis indiscutida de la justicia oficial peruana son muy complejas. Las estadísticas nada nos dicen sobre el porqué el pueblo se ha visto obligado a tomar la reforma judicial en sus propias manos ante el fracaso reiterado e inapelable de las reformas de Estado.

Puede entenderse perfectamente por qué resultan estériles todas aquellas reformas judiciales que pretenden abordar el problema de la crisis de la administración de justicia en el Perú incidiendo en pequeños o grandes cambios constitucionales al Poder Judicial; o recomponiendo cada cierto tiempo, *manu militari*, las salas de la Corte Suprema y las Cortes Superiores expectorando a jueces y fiscales que más tarde regresarán amparados en sendos fallos del Tribunal Constitucional de turno; o abriendo de par en par las puertas de la magistratura a quien fuere para paliar una oferta de justicia cuya demanda ha sobrepasado todos los límites imaginados; o apostando por el incremento de las remuneraciones para

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Ricardo Vásquez Kunze, Abogado del Estudio Mario Castillo Freyre.

*** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Docencia del curso de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumna de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

mejorar la honestidad, calidad y productividad de los servidores judiciales, jueces y fiscales incluidos; o, finalmente, creyendo ilusamente que con más ambientes, computadoras e Internet la administración de justicia por fin marchará sobre rieles. Todo esto se ha hecho ya y nada ha funcionado.

La verdad es que todas estas reformas oficiales no pueden ni podrán funcionar porque el Estado no ha atacado el problema de fondo de la administración de justicia, a saber, el problema de la educación jurídica de los abogados y es porque los mejores educados jurídicamente rara vez hacen carrera en el Poder Judicial.

A la luz de estos hechos nuestra hipótesis es entonces la siguiente: se está produciendo en el Perú una reforma de la justicia que emerge de las calles. Tiene ésta por característica esencial prescindir para todos los efectos de los cuadros de la administración de justicia estatal marcada por el sino de la mediocridad profesional y académica y la absoluta incompetencia, cuyo símbolo son los Palacios de Justicia. En lo que podríamos llamar la «reforma penal» de la justicia «antioficial» y cuyos promotores son los sectores más pobres de la sociedad, esta reforma no sólo prescinde de los servicios del *establishment* judicial donde han ido a parar la mayoría de los actores más devaluados de la profesión de abogado, sino también y por razones estrictas de poder adquisitivo, de los profesionales del Derecho signados por la minoría de la excelencia. En suma, han prescindido de todos los «operadores jurídicos» y se han arrogado ellos mismos esa función. Los pobres, pues, en el ámbito penal de esa reforma de la justicia «antioficial», se han convertido en jueces, fiscales y abogados. Este es el terrible panorama de la justicia por mano propia.

Existe empero otro sector social diametralmente opuesto al de los arenales de Lima y a la punta de algún cerro que, sin embargo, con la misma lógica de los pobres, también ha prescindido de los servicios que ofrece el Estado en materia de justicia. Los ricos —por usar un término maniqueo pero bastante ilustrativo—, al

menos en materia civil o comercial, tampoco quieren pisar nunca más ningún palacio donde les ofrezcan «justicia». Ellos también han iniciado su «reforma». La diferencia con la de los pobres —descontada la materia justiciable— es que la de este sector social afortunado no ha expectorado a todo el sistema de «operadores de justicia», sino tan sólo al de la administración oficial que, en buena cuenta, representa a la mayoría de los profesionales del Derecho en el Perú. Es entonces de la minoría egresada de las mejores universidades y las más prestigiosas Facultades de Derecho del país que, de un tiempo a esta parte, quienes pueden pagar sus servicios, están reclutando a sus propios jueces privados para resolver sus peticiones.

En efecto, en esta versión civil de la «reforma antioficial» de la justicia, es mediante un contrato que las partes involucradas en un conflicto de intereses nombran a quienes a su criterio son los letrados más idóneos para resolver su caso. Es mediante un contrato también que les imponen a *sus* jueces las reglas del juego. Es mediante un contrato que les señalan el plazo máximo para fallar, esto es, el resultado de la justicia del que dependerán, también por contrato, sus honorarios. Todo lo contrario pues de lo que los abogados conocemos por administración de justicia oficial donde ni los litigantes eligen a sus jueces, ni tienen ningún poder sobre la estructura del proceso, ni pueden pagar por resultados, por lo que la justicia espera siempre las calendas griegas.

El arbitraje es esta otra reforma de la administración de justicia salida de la calle que, aunque privada, no es por mano propia. Por eso tiene el futuro que la *vendetta* no tiene. Porque la *vendetta* es intolerable en una sociedad civilizada y debe ser combatida por ésta para no desaparecer en la hoguera de la barbarie. El arbitraje, por el contrario, representa lo más acabado de la civilización porque la sociedad, de la que las grandes mayorías son la columna vertebral, consciente de su madurez, se aviene a resolver sus conflictos directamente sin alejarse del Derecho,

pero prescindiendo de forzosos intermediarios oficiales¹ cuya actuación, ya lo hemos visto, nos aleja cada vez más de aquel precioso bien que es para todo ser humano la justicia. Porque el arbitraje, que quede bien claro, no es sólo un sueño de ricos. Puede y debe ser una realidad para los pobres, pues los vientos históricos soplan cada vez más a su favor y nada hay que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos.

3. SURGIMIENTO Y POSICIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN NUESTRO PAÍS

Mientras estuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil de 1984, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria² y el compromiso arbitral.³ El primero era una especie de contrato preparatorio que se suscribía antes de que surgieran las controversias; y, el segundo, era el contrato definitivo que necesariamente tenía que celebrarse para acudir al arbitraje, cuando la controversia ya existía y estaba determinada.

De esta manera, y de conformidad con lo establecido por el artículo 1906 del Código Civil, la cláusula compromisoria debía contener: (a) el pacto mediante el cual las partes se comprometían a arbitrar sus controversias; y (b) la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarían los futuros e inciertos conflictos.

Por su parte, el artículo 1911 del Código Civil establecía que el compromiso arbitral debía contener: (a) el nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros;

¹ Aunque no del todo, pues para que la justicia del arbitraje sea efectiva en términos sociales, siempre necesitará del aval del monopolio de la fuerza en manos de la comunidad jurídica, esto es, de su poder de imperio y coacción.

² El derogado artículo 1906 del Código Civil establecía que «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

³ Por su parte, el derogado artículo 1909 del Código Civil establecía que «Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente».

(b) la controversia que se sometía al arbitraje, con expresión de sus circunstancias; (c) el plazo en que los árbitros debían emitir el laudo; y (d) el lugar en que se debía desarrollar el arbitraje.

Como resulta obvio, la cláusula compromisoria se suscribía cuando las partes se encontraban en el mejor momento de sus relaciones, a diferencia del momento en que la ley les exigía suscribir el compromiso arbitral —como paso previo e ineludible— para acudir al arbitraje, en donde ya existía una controversia entre ellas.

En la práctica, lo que ocurría —en la mayoría de casos— era que una de las partes se negaba a suscribir el compromiso arbitral. Ante esa situación, la parte que quería resolver sus controversias vía arbitraje debía acudir al Poder Judicial, para que —luego de un largo proceso— sea el juez el que otorgara el compromiso arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, en virtud de este sistema (el regulado en el Código Civil de 1984), las partes terminaban en la mayoría de casos en manos de los jueces. Es decir, terminaban acudiendo forzosamente a donde no querían ir. Terminaban en manos de ese Poder Judicial cuya gestión —como ya hemos visto en el apartado anterior— es desaprobada mayoritariamente.

De esta manera, como bien lo señala De Trazegnies,⁴ el arbitraje resultaba siendo un sistema absolutamente inoperante.

Con la finalidad de corregir este sistema obsoleto, el 7 de diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje,⁵ el cual recurrió a una nueva figura conocida en la doctrina y legislación comparada como «convenio arbitral».

⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 550.

⁵ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992.

Al respecto Cantuarias⁶ nos dice que el «convenio arbitral» elimina la distinción entre «cláusula compromisoria» y «compromiso arbitral», reconociendo que la celebración de un acuerdo arbitral —antes o después de que nazca la controversia— es suficiente para que las partes acudan al arbitraje para resolver directamente sus controversias, sin la necesidad de otorgar contrato adicional alguno.

Desafortunadamente, la primera Ley General de Arbitraje no recogió —en su integridad— la moderna figura del «convenio arbitral», lo que ocasionó —en la práctica— otros problemas que hacían recordar a aquellos que se presentaban con la dualidad de cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

En efecto, de conformidad con el artículo 13 del Decreto Ley n.º 25935, en los casos en que el convenio arbitral no contenía la designación de los árbitros y la determinación de la materia controvertida, y la parte interesada en iniciar el arbitraje no lograba la colaboración de la otra parte para —precisamente— determinar la materia controvertida y designar a los árbitros, tenía que acudir al juez para que «integrara» los elementos faltantes del convenio arbitral.

En otras palabras, la integración del convenio arbitral ocurría cuando las partes —habiendo acordado que las controversias que provengan del contrato se someterían al arbitraje— no se ponían de acuerdo en definir la materia de dicha controversia.

Para estos casos se requería que la parte interesada presentara el denominado formulario de sumisión, el mismo que debería contener su pretensión. El interesado

⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nuevo marco normativo aplicable al arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje – Ley n.º 26572». En: *Scribas*. n.º 2. Arequipa: Estudiantes y egresados de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, 1996, p. 254.

proponía notarialmente a la otra parte dicho formulario; a falta de respuesta en un plazo de diez días naturales, acudía al juez.

Es decir, aquí también las partes terminaban acudiendo forzosamente al Poder Judicial.

Ante este y otros errores detectados en la primera Ley General de Arbitraje, en 1996 se expide la Ley n.º 26572, también denominada Ley General de Arbitraje.⁷

Esta segunda Ley no incurrió en el error de la anterior legislación, definiendo correctamente al convenio arbitral como aquél «acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».

Asimismo, de la definición contenida en esta segunda Ley General de Arbitraje, se desprendían los únicos dos requisitos esenciales del convenio arbitral; a saber: (i) la decisión de las partes de pactar el arbitraje; y (ii) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los actuales o potenciales conflictos.

De esta manera, la Ley n.º 26572 inició una regulación moderna del arbitraje y sentó las bases del desarrollo que hoy tenemos. Este desarrollo se manifiesta en una demanda creciente de arbitrajes, una consolidación de las instituciones arbitrales y la formación de un mercado arbitral importante. Ciertamente es también que al lado de la ley han contribuido a este desarrollo, la apertura económica, la posición favorable del Estado para someterse a arbitraje, la aparición y/o consolidación de instituciones arbitrales, la proliferación de normas arbitrales en diversos ámbitos y la

⁷ Vigente desde el 6 de enero de 1996.

creciente conciencia de los operadores de que el arbitraje funciona con reglas propias y diferentes a las reglas del proceso civil.

Como bien anotaba Kundmüller,⁸ la Ley n.º 26572 se caracterizaba por un sesgo privatista e innovador que simplificaba técnicamente el acceso al arbitraje, contrastando los antecedentes judicializantes del Derecho peruano en la materia.

Sin embargo, no cabía duda de que —luego de diez años de su promulgación— resultaba necesario realizar algunas modificaciones en determinados puntos, pues así lo exigía el avance que había mostrado el sistema arbitral en nuestro país.

De esta manera, el 25 de enero de 2006 se creó una Comisión Técnica⁹ que elaboró un Proyecto Modificatorio, cuyas modificaciones parciales de la Ley General de Arbitraje buscaban ajustar ciertos aspectos importantes de la estructura arbitral, a fin de consolidar el desarrollo sostenido que viene experimentando el arbitraje en el Perú.¹⁰

Dicha propuesta de modificación parcial fue acogida mayoritariamente, en junio del 2008, cuando se emite el Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje,¹¹ cuerpo normativo que adaptó una serie de modificaciones adicionales.

Esta nueva legislación arbitral se dio —según la versión oficial— como consecuencia de que el Estado peruano se comprometió —en el Acuerdo de

⁸ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.º 26572». En: *Advocatus*. Lima: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2001, n.º 4, p. 121.

⁹ Creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS.

¹⁰ Al respecto recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Irene MARTÍNEZ CÁRDENAS y Rosana ROSALES BASCONES. «Comentarios al proyecto de modificación de la Ley General de Arbitraje». En: *Arbitraje y Debido Proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 2, Lima: Palestra Editores S.A.C., 2007, pp. 187-295.

¹¹ Vigente desde el 1 de septiembre de 2008.

Promoción Comercial suscrito con Estados Unidos— a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje, como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia comercial.¹² Ese compromiso existe, pero no obstante, promulgar una ley de arbitraje al amparo de facultades delegadas para legislar sobre materia de libre comercio, parece —al menos— un exceso y, sin duda, tiene visos de que algunos consideran que la legislación de una materia como ésta debe ser consecuencia de un tratado internacional.

En efecto, mediante Ley n.º 29157, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar distintas materias a fin de facilitar la implementación del referido Acuerdo de Promoción Comercial, estando entre dichas materias las referentes a la facilitación del comercio, así como a la promoción de la inversión privada.

Esta nueva Ley de Arbitraje persigue —siempre según la versión oficial— cumplir con lo establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, mejorando la regulación sobre el convenio arbitral y la ejecución de laudos arbitrales, como su propio texto señala, ajustándose a los estándares internacionales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.¹³

¹² El artículo 21.21. del referido Acuerdo establece lo siguiente:

«Artículo 21.21: Medios alternativos para la solución de controversias

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 esas 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 Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975».

¹³ Exposición de Motivos. Sustento y necesidad de la aprobación de la Ley.

Ahora bien, cabe señalar que la Ley General de Arbitraje de 1996 también se ajustaba a dichos estándares internacionales, pero lo que la nueva Ley sí tiene como novedad central en el ser una ley monista, en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.

También según la versión oficial entre los principales principios que inspiraron la nueva Ley de Arbitraje tenemos estos dos; a saber:¹⁴

- (a) Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para tal efecto se fortaleció la defensa de la competencia de los árbitros, se priorizó un control ex post del laudo por medio del recurso de anulación y así evitar el uso de recursos o intervenciones ex ante del laudo con la finalidad de evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros.
- (b) Restringir la intervención judicial en determinados supuestos, para facilitar el desarrollo del arbitraje, como en el tema de la designación de árbitros y la resolución de recusaciones mediante una regulación que evite distorsiones o manipulaciones. En este sentido, se introdujo la participación de las Cámaras de Comercio para las designaciones residuales de los árbitros y la resolución de recusaciones, en sustitución de los procesos judiciales que —usualmente— resultaban extensos.

Finalmente, debemos señalar que la mayoría de los cambios contenidos en el Decreto Legislativo n.º 1071 se deben al tránsito de una ley dualista a una ley

¹⁴ Exposición de Motivos. La gestación de la Ley.

monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la Exposición de Motivos de la Ley —nada exhaustivo, por cierto—, con ello se estandariza el tratamiento arbitral y se acerca el artículo nacional a los estándares internacionales.

4. ARBITRAJE DEL ESTADO

Como ya lo hemos señalado, el desarrollo contemporáneo del arbitraje que hoy tenemos, no sólo se manifiesta en una demanda creciente de este medio alternativo de solución de controversias y en la consolidación de las instituciones arbitrales, sino que también ha contribuido a este desarrollo, la posición favorable del Estado para someter sus controversias a arbitraje.

En efecto, el último párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993, dispone que «el Estado y las demás personas de derecho pública pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Al respecto, Cantuarias¹⁵ señala que la Constitución, con muy buen criterio, traslada a una Ley la regulación de la participación del Estado peruano en arbitrajes, abriendo las puertas de esa manera a la utilización masiva del arbitraje, aun cuando sea el Estado una de las partes.

El referido autor nos dice que esta norma constitucional corrige las graves deficiencias contenidas en el artículo 136 del texto constitucional de 1979, el cual limitaba la intervención del Estado peruano en arbitraje con extranjeros a tribunales «arbitrales constituidos en virtud de Convenios Internacionales de los cuales es parte el Perú».

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 252.

Dentro de tal orden de ideas, desde la entrada en vigencia del Decreto Ley n.º 25935¹⁶ —y en cumplimiento del texto constitucional—, se regula la intervención del Estado peruano en arbitrajes nacionales e internacionales, autorizando inclusive la posibilidad de que se pueda arbitrar fuera del país. De esta manera, el Estado no goza de beneficio alguno, debiendo actuar por tanto como un particular más.

Ahora bien, cabe precisar que las disposiciones contenidas en las distintas leyes de arbitraje acerca de la intervención del Estado peruano, se aplican principalmente a controversias surgidas de relaciones comerciales.

¹⁶ El artículo 10 del Decreto Ley n.º 25935 admitía que podían someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que se deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje sería necesariamente de derecho.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley n.º 26752 establecía lo siguiente:

Artículo 2.- «Arbitraje del Estado.-

Pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional».

Finalmente, el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece lo siguiente:

Artículo 4.- «Arbitraje del Estado Peruano.

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país».

Así, tanto el artículo 41 de la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,¹⁷ como el artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM,¹⁸ establecían que «*Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: (...) b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes*». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM,¹⁹ establece que «*Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: (...) b). Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento (...)*». (El subrayado es nuestro).

Como se advierte, las distintas leyes sobre contrataciones y adquisiciones del Estado han establecido que todos los contratos celebrados con el Estado debían contener —obligatoriamente— una cláusula de solución de controversias que incluyera al arbitraje.

Sin embargo, las disposiciones contenidas en las distintas leyes de arbitraje acerca de la intervención del Estado peruano, también resultan de aplicación a los arbitrajes en materia de inversión extranjera, sin perjuicio de la legislación especial como de los tratados existentes sobre la materia, entre los que destacan: (i) la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y

¹⁷ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 9 de julio de 1997.

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 13 de febrero de 2001.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 29 de noviembre de 2004.

Nacionales de otros Estados (CIADI) de 1965; (ii) el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA); y, (iii) los diferentes Tratados Bilaterales sobre Protección a las Inversiones (BIT`s) que ha suscrito el Perú con diversos países, todos los cuales regulan el sometimiento de las controversias que se generen entre inversionistas de un Estado Contratante en el territorio de otro Estado Contratante.

5. ARBITRAJE POPULAR

Como hemos señalado, el arbitraje no es sólo un sueño de ricos. Puede y debe ser una realidad para los pobres, pues nada hay que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos.

De este modo, con la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, se ha pensado también en vías que puedan extender el arbitraje a todos los niveles sociales.

Bajo esta perspectiva, la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo n.º 1071²⁰ ha declarado de interés nacional el desarrollo del arbitraje, a efectos de que se encuentre al alcance de las grandes mayorías.

²⁰ PRIMERA. «Arbitraje Popular.

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 mayorías 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».

Es así que se contempla la figura del «arbitraje popular», encargando al Ministerio de Justicia la toma de acciones orientadas a cumplir con el desarrollo de programas de arbitraje, a fin de convertirlo en una alternativa para las pequeñas empresas, los consumidores y la ciudadanía en general.

Así, con fecha 28 de noviembre de 2008, se publica en el Diario Oficial «El Peruano», el Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS, a través del cual el Ministerio de Justicia crea el «Programa de Arbitraje Popular».

Este Programa de Arbitraje Popular tiene como objetivos:

- (a) La difusión del arbitraje como medio de solución de conflictos a costos adecuados en todos los niveles sociales;
- b) El diseño y desarrollo de acciones para fomentar la creación de centros arbitrales;
- c) El diseño de programas de capacitación para los operadores de arbitraje popular; y
- d) La extensión del uso del arbitraje popular en todos los sectores de la sociedad.

En efecto, este programa se sustenta en la necesidad de ofrecer masivamente a la sociedad un medio alternativo de solución de controversias dentro de las materias de mayor demanda, teniendo en cuenta el desarrollo del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en materia comercial y de contratación pública. Los buenos resultados conseguidos por el arbitraje en nuestro medio permiten plantear su uso a otros ámbitos y sectores más amplios, con la finalidad de conseguir resultados similares, acercando —de este modo— al ciudadano, un servicio de solución de controversias eficiente y efectivo a costos adecuados.²¹

²¹ Capítulo I (Aspectos Generales) del Anexo del Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿qué materias podrán ser sometidas al «arbitraje popular»?

En el Capítulo IV del Anexo del Decreto Supremo que crea este Programa, encontramos la descripción de las materias y cuantías arbitrables. Así, se podrán someter a este tipo de arbitraje las controversias derivadas de: (i) derecho de propiedad; (ii) posesión de los derechos y obligaciones contractuales; (iii) responsabilidad contractual y extracontractual; y (iv) todas las controversias de libre disposición que las partes decidan someter a arbitraje a través de la celebración de un convenio arbitral, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) UITs.²²

Cuando el monto del reclamo no pueda ser determinado o determinable de forma previa por las propias partes, el Director del Centro de Arbitraje decidirá si en atención a la condición económica de la parte solicitante y a la naturaleza de la litis, la pretensión es admitida a trámite.

Por su parte, con fecha 4 de diciembre de 2008, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» la Resolución Ministerial n.º 0639-2008-JUS, que aprobaba el Estatuto y el Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia, así como la Tabla de Aranceles.

El Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia se denomina Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú».

Para el cumplimiento de su finalidad, el Centro de Arbitraje ejercerá las siguientes funciones:²³

²² Para el 2009, significaría materias que no superen S/.71,000.00.

²³ Artículo 5 del Estatuto.

- (a) Tramitar las controversias que sean sometidas bajo su ámbito, brindando orientación a las partes, en el desarrollo del proceso de arbitraje popular;
- (b) Designar, de ser el caso, el árbitro o árbitros según el procedimiento de que se trate;
- (c) Absolver las consultas relacionadas con la designación de árbitros, procedimientos, tramitación, costos y otros relacionados con sus funciones; y
- (d) Registrar la Nómina de Árbitros aprobada por el Director Nacional de Justicia, así como las incorporaciones que se realicen en ella.

El costo administrativo del procedimiento arbitral será el que fije el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Justicia; mientras que el costo de los honorarios profesionales de los árbitros será fijado en la Tabla de Aranceles aprobada por Resolución Ministerial del Ministro de Justicia.²⁴

En caso las partes no hayan previsto en sus contratos el sometimiento al arbitraje popular, cualquiera de ellas puede solicitar al Centro de Arbitraje la suscripción de un convenio arbitral, para lo cual dicho Centro de Arbitraje remitirá el convenio debidamente firmado por el solicitante a la otra parte, en original.

Si la parte acepta someter la controversia a un procedimiento arbitral, deberá firmar el convenio arbitral y remitirlo al Centro de Arbitraje en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, con lo cual quedará formalizado el Convenio Arbitral. La no remisión del convenio arbitral en el plazo establecido se entenderá como un rechazo al sometimiento al arbitraje.²⁵

Por nuestra parte, creemos que esta figura arbitral, bien encaminada podría ayudar a mejorar el acceso a la justicia de sectores de la población que podrían beneficiarse de las ventajas que tiene este mecanismo.

²⁴ Artículo 12 del Estatuto.

²⁵ Artículo 10 del Reglamento del Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú».

A entender nuestro, se ha dado un primer paso en el objetivo de masificar los arbitrajes de bajo costo, a efectos de que sean una alternativa —en tiempo y dinero— más económica al sistema judicial ordinario.

6. CONCLUSIONES

En consecuencia, el elevado número de controversias que llega a los tribunales ordinarios de justicia da lugar a una enorme sobrecarga de trabajo que, debido a la escasez tanto de recursos humanos como de material de trabajo, influye en la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva.

La lentitud e ineficacia del Poder Judicial —que conlleva un costo muy elevado, trámites engorrosos de larga duración; ello, acentuado con su ya bastante maltratada imagen— ha generado en los particulares la búsqueda de otras alternativas que les permitan obtener mejores soluciones que impliquen eficiencia y actuaciones céleres.²⁶

Una de estas alternativas que produce mayor eficiencia, rapidez y, por lo tanto, la preferencia de los privados, es el arbitraje, medio de solución de conflictos ajeno al Poder Judicial que otorga remedios más eficaces a eventuales litigios.

Nadie en doctrina discute acerca de que el arbitraje resulta siendo más ventajoso frente al Poder Judicial en la solución de controversias patrimoniales.

²⁶ Recordemos que una de las razones del desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos es de carácter práctico y conyuntural: estos métodos constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia, a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienen a aumentar. La cantidad, la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia. (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*. Bruselas: 2002, p. 7).

Como bien señala Cantuarias,²⁷ la principal ventaja del arbitraje frente al Poder Judicial es que en el arbitraje actúan como «jueces», personas designadas voluntariamente por las partes, lo que permite prever que la decisión que se emita estará a cargo de especialistas en la materia controvertida. A ello hay que agregar que el proceso arbitral resulta ser mucho menos formalista que el que rige la práctica judicial, situación que permite adecuar el trámite a las necesidades y expectativas de las partes; y, adicionalmente, la solución de los conflictos por la vía arbitral es mucho más rápida y menos costosa²⁸ que la judicial.

De esta manera, el acceso al arbitraje en asuntos privados, depende de la libre decisión de las partes.

Para efectos de sustraer del ámbito del Poder Judicial una determinada controversia privada se requiere, por tanto, que las partes pacten la sumisión de sus actuales o potenciales conflictos al arbitraje. Ello se logra mediante la celebración del convenio arbitral.

Como resultado, en términos generales, tenemos una solución de conflictos más rápida, mayor especialidad de quienes resuelven la controversia, mayor control de las partes sobre la independencia e imparcialidad de quienes resuelven, mayor control de las partes sobre las reglas del proceso y mayor predictibilidad en las decisiones. La cultura arbitral contribuye así, no sólo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente con una mayor autonomía privada y descargando el sistema judicial del conocimiento de determinadas materias.

Lima, enero del 2009.

²⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, pp. 251-252.

²⁸ Gilberto Peña C. y a Néstor Martínez N., afirman que «Aparentemente la justicia arbitral, por ser remunerada aparece como extremadamente onerosa. Pero la verdad es bien distinta, por cuanto que la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas económicas para los litigantes» (En: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 252).