

ALGUNOS CORTOS APUNTES ACERCA DE LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE PERUANA(*)

Fernando Cantuarias Salaverry (**)

Por Decreto Legislativo N° 1071 del 27 de junio de 2008 (publicado en el diario oficial El Peruano al día siguiente) el Perú ha dictado una nueva Ley de Arbitraje (LA)¹, que a partir del 1° de septiembre de 2008 sustituye a la LGA N° 26,572 que rigió desde enero de 1996.

La LGA aún en vigencia, no solo significó un importante avance en materia de la regulación normativa del arbitraje en el Perú, sino que tuvo además un efecto significativo sin precedentes en la promoción de la práctica arbitral.

En efecto, si bien no existen estadísticas oficiales acerca del número de procesos arbitrales que se llevan a cabo cada año en el Perú, información indiciaria permite afirmar que desde que se dictó la LGA de 1996, la práctica del arbitraje en el Perú ha venido creciendo de manera significativa año a año, tanto entre agentes privados como entre estos y el Estado peruano.

Así, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, principal centro de arbitraje del Perú, reporta que desde 1996 a diciembre de 2007, ha administrado 1338 casos por un monto que supera los mil trescientos millones de dólares.²

Existen además alrededor de una decena de centros de arbitraje en el Perú, todos los cuales vienen desarrollando una cada vez más importante actividad arbitral aunque, cabe destacar, que en el mercado del arbitraje peruano se

(*) Este artículo ha sido redactado, a partir de uno mayor: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”, Revista Peruana de Arbitraje No. 7, Lima, 2008, pp. 43-84.

(**)Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Árbitro nacional e internacional. En el año 2006 ha sido reconocido por la prestigiosa revista Latinlawyer como uno de los 34 principales árbitros de América Latina. Además, la reputada revista Who's Who Legal –Commercial Arbitration 2007 y Commercial Arbitration 2008- lo considera entre los 450 expertos líderes en este campo en 60 jurisdicciones. Es miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional. Es miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' list (ICDR). Es autor del Libro “Arbitraje Comercial y de las Inversiones” (UPC, Lima, 2007) y de más de 50 artículos sobre su especialidad.

¹ La Ley de Arbitraje (2008) se ubica en:

www.amcham.org.pe/arbitraje/LEGISLACION/pdf/Ley_de_Arbitraje_Peru_2008.pdf.

² http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_estadisticas.aspx.

conoce que por cada arbitraje institucional existen, al menos, tres arbitrajes ad hoc.³

Sin embargo, luego de poco más de doce años de experiencia en la aplicación de la ley arbitral de 1996 y con un mercado arbitral en pleno crecimiento y desarrollo, la regulación requería cambios y ajustes.

Además, resultaba más que necesario ajustar la ley de arbitraje a los últimos avances en la experiencia internacional (Alemania, España y Austria, principalmente) y a la reciente actualización de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL (en 2006).

1. PRINCIPALES MODIFICACIONES

No es nuestro interés identificar todos los cambios y mejoras que contiene la nueva LA. Sin embargo, creemos útil referir las siguientes⁴:

1.1. Cambio de régimen dualista a uno monista

Uno de los cambios sustanciales de la nueva LA es el tránsito de una ley arbitral dualista (que contenía normas aplicables al arbitraje doméstico y otras al arbitraje internacional) a una legislación arbitral monista que preconiza la aplicación de las mismas reglas a ambos tipos de arbitrajes, manteniendo, sin embargo, algunas pocas disposiciones aplicables al arbitraje internacional, en razón de su propia naturaleza.⁵

³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, pp. 112-113.

⁴ Ver también, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071)", *Revista Peruana de Arbitraje* No. 7, Lima, 2008, pp. 86-118.

⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado", *Actualidad Jurídica*, T. 177, Lima, 2008, p. 20. Así, por ejemplo, el artículo 13.7 de la LA establece un régimen especial aplicable al convenio arbitral internacional (disponiendo que el mismo será válido y la controversia será arbitrable si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho peruano, artículo 13.7); el artículo 16.4 de la LA acentúa el límite que tiene el juez estatal al momento de calificar la procedencia de la excepción de convenio arbitral (permitiéndole denegarla, antes de iniciado el arbitraje, únicamente si comprueba que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia y, una vez iniciado únicamente si la materia viola manifiestamente el orden público internacional); el artículo 22.1 de la LA aclara que no es necesaria la condición de abogado para ser árbitro de derecho; el artículo 47.9 de la LA permite a las partes, previa autorización del tribunal arbitral, solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial aun durante el transcurso de las actuaciones; y, finalmente, el artículo 57.2 de la LA faculta a las partes a elegir libremente las normas jurídicas que se aplicarán al fondo de la controversia y, en defecto de indicación de las partes, se da libertad al tribunal arbitral para que aplique las normas jurídicas que estime apropiadas.

1.2. El convenio arbitral (contenido, forma y efectos)

Aunque la LA mantiene la exigencia de forma “escrita” (artículo 13.2), seguidamente aclara que ese requisito se satisface “cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 13.3).

Esta norma, cuya fuente inmediata es la “Opción I” del artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL enmendada en 2006, supone ampliar de tal manera la noción de “escritura”, que quede comprendida en ella cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes.⁶

Adicionalmente, el artículo 14 de la LA, dispone que: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.⁷

1.3. Designación y recusación de árbitros

La LA reconoce amplia libertad en las partes para establecer las reglas acerca de la designación y la recusación de los árbitros (artículos 23 y 29).

Asimismo, de manera residual, la LA establece que serán las Cámaras de Comercio las llamadas a nombrar a los árbitros y a conocer y resolver su potencial recusación.

De este modo, se evita –aun en arbitrajes *ad hoc*– la necesidad de acudir a los tribunales judiciales tanto para la designación como para la recusación de los árbitros.

1.4. Libertad en la regulación de las actuaciones

El artículo 34.1 de la LA reconoce en las partes y, en su defecto, en los árbitros, las más amplias facultades para determinar las reglas a las que se sujetará el arbitraje, teniendo como único límite la obligación de tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (artículo 34.2). Es más, este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán

⁶ Notas Explicativas de la Secretaría de UNCITRAL acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”, Revista Internacional de Arbitraje, ed. Legis, Bogotá, No. 7, julio-diciembre de 2007, pp. 91 y siguientes.

⁷ Ver, además, MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, “Comentarios al decreto legislativo que norma el arbitraje”, Actualidad Jurídica, T. 177, Lima, 2008, p. 39; y, CUBA BUSTINZA, Enrique y Christian VIRÚ RODRÍGUEZ, “Extensión del convenio arbitral. Comentarios al artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje, Actualidad Jurídica, T. 177, Lima, 2008, pp. 49-52.

recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (en indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano.

En base a este principio de libertad plenamente reconocido, las partes y, en su defecto, los árbitros, podrán determinar el lugar del arbitraje (artículo 35), el idioma del arbitraje (artículo 36), las reglas sobre la presentación de la demanda y su contestación (artículo 39), las audiencias (artículo 42), las pruebas (artículo 43) y demás necesarios para el buen desarrollo de un arbitraje.

1.5. Intervención de abogados extranjeros

El artículo 37.4 de la LA expresamente autoriza a las partes a que puedan ser patrocinadas o asistidas por abogados extranjeros. El autor no conoce de otra disposición arbitral en la región que lo permita, por lo menos de manera expresa.⁸

1.6. Adopción de medidas cautelares

Los artículos 47 y 48 de la LA han tomado debida consideración de los cambios y agregados que en el año 2006 se han dispuesto en el artículo 17 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL.

En ese sentido, la LA identifica que a petición de cualquiera de las partes, los árbitros pueden adoptar en una decisión que tenga o no la forma de laudo las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo, tales como medidas que mantengan o establezcan el statu quo, que impidan algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, que se preserve bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente o que se preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (artículo 47.1 y 2).

La norma dispone que una vez constituido el tribunal arbitral, es a éste a quien le corresponde conocer y resolver cualquier solicitud de medida cautelar.⁹ Es más, si se ha solicitado una medida cautelar a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede solicitar a la autoridad judicial que remita los actuados a los árbitros para que sean éstos los que se pronuncien definitivamente (artículo 47.4 y 5).

Adoptada la medida cautelar por los árbitros y en caso se requiera el auxilio judicial, la parte interesada podrá recurrir al juez quien deberá proceder a la ejecución de la medida sin admitir recurso ni oposición alguna (artículo 48.2).

⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina, Revista Peruana de Arbitraje nro. 5, Lima, 2007, ps. 91-108.

⁹ En el arbitraje internacional, el artículo 47.9 de la LA habilita a que la parte interesada pueda también solicitar la adopción de medidas cautelares a los jueces. Esto con la finalidad de que, si la parte interesada considera que la decisión judicial peruana podrá ser más fácilmente ejecutada en un tercer Estado que una decisión de un tribunal arbitral, pueda acudir a esa vía.

Por último, el artículo 48.4 autoriza a que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano pueda ser reconocida y ejecutada en el Perú, al amparo de las disposiciones aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. De esta manera, el Perú es uno de los primeros Estados en el mundo que habilita el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares foráneas, sin tener que recurrir a una interpretación extensiva y bastante discutible de la Convención de Nueva York de 1958.¹⁰

1.7. La confidencialidad en el arbitraje

El artículo 51.1 de la LA, establece que, salvo pacto en contrario, los árbitros, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones.

Este deber de confidencialidad obviamente también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales (artículo 51.2) las que, sin embargo, se encuentran exceptuadas cuando, por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o para ejecutar el laudo en sede judicial.

En caso una de las partes sea el Estado peruano, esta norma establece que el laudo será público (artículo 51.3).¹¹

1.8. Reconocimiento de laudos parciales

Al igual que lo ha hecho la legislación arbitral de España,¹² la LA peruana expresamente autoriza a que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros puedan decidir la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios (artículo 54).

1.9. El plazo para decidir la controversia

La LA no regula un plazo (ni siquiera supletorio) para que se decida la controversia, trasladando de manera correcta esta decisión a las partes, al reglamento arbitral aplicable (de existir) o, en su defecto, a los árbitros llamados a conocer y resolver una controversia (artículo 53).¹³

¹⁰ Leer también a, ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”, Revista Peruana de Arbitraje No. 7, Lima, 2008, pp. 119-152.

¹¹ Ver además, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado”, ob. cit., pp. 25-26.

¹² Ver, por todos, MANTILLA SERRANO, Fernando, Ley de Arbitraje, Iustel, Madrid, 2005, pp. 209-210.

¹³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 343-350.

1.10. El recurso de “exclusión” del laudo

La LA, al igual que un número importante de legislaciones arbitrales, sobretudo las más recientes, reconocen en los árbitros la facultad de rectificar errores formales, interpretar algún punto oscuro del fallo o integrar un laudo arbitral cuando no se hubiera resuelto alguna materia sometida a su consideración (artículo 58).¹⁴

Pero, además, la LA introduce la figura de la “exclusión” del laudo, mediante la cual cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje (artículo 58.1.d).

1.11. Establecimiento de condiciones para la procedencia de las causales de anulación

La LA establece que contra un laudo solo procede interponer recurso de anulación (artículo 62.1), por causales taxativas (artículo 63) que tienen como referente directo la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL.

La LA en esta materia lo que ha hecho no es crear nuevas o distintas causales de anulación a las ya existentes en la LGA aun vigente,¹⁵ sino que ha establecido con precisión las condiciones que la parte interesada tiene que haber observado para que, en su momento, pueda deducir alguna de las causales de anulación reconocidas en la LA.

Así, por ejemplo, para que proceda deducir las causales de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del laudo (artículo 63.1.a), violación del debido proceso y del derecho de defensa (artículo 63.1.b) y violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y el procedimiento (artículo 63.1.c), la parte afectada tiene que haber reclamado de manera expresa en su momento ante el tribunal arbitral tal situación, sin haber sido atendida (artículo 63.2). Asimismo, si se reclama la anulación del laudo porque la controversia ha sido resuelta fuera del plazo pactado (artículo 63.1.g), la parte interesada tiene que haber manifestado por escrito de manera inequívoca ante los árbitros antes de ser notificada con el laudo que el plazo ha concluido y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores a tal manifestación no debe ser incompatible con tal posición (artículo 63.4).

1.12. No interrupción de la ejecución del laudo por la interposición y pendencia del recurso de anulación

Uno de los principales problemas identificados en la todavía vigente LGA, es que la interposición y pendencia del recurso de anulación suspende la ejecución del laudo.¹⁶ Esta situación incentiva la interposición de recursos de

¹⁴ Sobre el contenido de cada uno de estos supuestos, ver, por todos, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 359-368.

¹⁵ Sobre las causales de anulación, ver, por todos, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., 474-523.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 409-416.

anulación poco serios y que simplemente pretenden demorar la ejecución del laudo.

La LA en su artículo 66 introduce uno de los más significativos cambios en la legislación arbitral peruana, al disponer, al igual que lo hace el artículo 45 de la Ley de Arbitraje de España (2003),¹⁷ que la interposición y pendencia del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, salvo que la Corte que conoce de la causa dicte una medida cautelar expresa de suspensión de la ejecución, en cuyo caso deberá ordenar, necesariamente, el otorgamiento de las garantías respectivas.¹⁸

1.13. Algunas disposiciones valiosas aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros

Los artículos 74 al 78 de la LA establecen algunas disposiciones que son más favorables que las contenidas en la Convención de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. En ese sentido, los incisos 4 al 7 del artículo 75 establecen condiciones para que procedan algunas causales de no reconocimiento y el artículo 76.1 solo exige la presentación del original o la copia del laudo.

La aplicación conjunta de las disposiciones de la Convención de Nueva York con aquellas de la LA que sean más favorables al reconocimiento del laudo extranjero, será posible en el Perú en base a la regla de máxima eficacia contenida en el artículo VII de la Convención de Nueva York y a lo dispuesto en el artículo 78 de la LA, que ha incorporado legislativamente la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39° período de sesiones.¹⁹

2. A MODO DE CONCLUSIÓN

La LA contiene muchas otras reformas que no han sido tratadas en esta oportunidad,²⁰ las que junto con las aquí reseñadas y con aquellas que se

¹⁷ Respecto a la legislación española, ver: STAMPA, Gonzalo, "The 2003 Spanish Arbitration Act", *ASA Bulletin*, vol. 22, nro. 4, 2004, p. 692; MULLERAT ORE, Ramón, "Spain Joins the Model Law", *Arbitration International*, vol. 20, nro. 2, 2004, p. 146.

¹⁸ La LA deja en primer lugar en las partes o, en su defecto, en el reglamento arbitral aplicable, la identificación de la garantía que corresponderá presentar. A falta de acuerdo, deberá presentarse una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso de anulación y por una cantidad equivalente al valor de la condena en el laudo.

¹⁹ Artículo 78, incisos 1 y 2 de la LA.

²⁰ Artículos 2.2 (el Estado en arbitrajes internacionales); 3 (principios y derechos de la función arbitral); 10 (representación de personas jurídicas); 16 (excepción de convenio arbitral); 19 (número de árbitros); 21 (incompatibilidad para actuar como árbitro); 27 (aceptación de los árbitros); 32 (responsabilidad de árbitros y entidades arbitrales); 33 (inicio del arbitraje); 37 (representación en sede arbitral); 38 (actuaciones de buena fe); 39 (demanda y contestación); 41 (competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia); 45 (asistencia judicial en la producción de pruebas); 46

mantienen del texto de la LGA de 1996,²¹ permiten afirmar que el Perú ha dado los pasos correctos en el camino de consolidar la práctica del arbitraje dentro de sus fronteras y de respetar y hacer valer los laudos extranjeros que sean presentados para su reconocimiento y ejecución.

(parte renuente); 56 (contenido del laudo); 57 (normas aplicables al fondo de la controversia); 59 (efecto del laudo); 60 (terminación de las actuaciones); 61 (conservación de las actuaciones) y 64 (trámite del recurso de anulación) de la LA.

²¹ Artículos 4 (intervención del Estado peruano en arbitrajes); 5 (arbitraje internacional); 11 (renuncia a objetar); 12 (notificaciones y plazos); 15 (relaciones jurídicas estándares); 20 (capacidad para ser árbitro); 24 (incumplimiento del encargo de designación); 26 (privilegio en el nombramiento de árbitros); 40 (competencia del tribunal arbitral); 50 (transacción); 52 (adopción de decisiones); 55 (forma del laudo); 63.8 (renuncia al recurso de anulación) y 65 (consecuencias de la anulación de laudo) de la LA.