

EN DEFENSA DEL ARBITRAJE

La sobrerregulación en lugar de la innovación en el arbitraje de contratación pública.

Mg. Carlos Castillo Rafael

Abogado, árbitro, magister en filosofía. Catedrático ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En los últimos días viene circulando un presunto proyecto de ley orientado a modificar diversos artículos del Decreto Legislativo N.º 1071, norma que regula el arbitraje, así como también la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y la Ley N.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo. Denomino “*presunto proyecto*” pues a la fecha (24/02) no aparece registrado como tal en el portal del Congreso de la República. (1)

En cualquier caso, no causa extrañeza este afán contraproducente de sobrerregulación normativa del arbitraje vinculado a la contratación pública. En enero de 2020, mediante Decreto de Urgencia N.º 020-2020 se reguló de manera polémica los arbitrajes en los cuales el Estado peruano interviene como parte, modificándose por segunda vez el Decreto Legislativo N.º 1071, norma que esencialmente regula el arbitraje entre particulares en nuestro país.

La sobrerregulación, en lugar de la innovación normativa, vuelve a repetirse, pero está vez en proporciones épicas, pues si la finalidad de este proyecto de ley es, como se lee en su denominación, la de garantizar la adecuada ejecución de las obras públicas, tendría algún sentido modificar la ley de contrataciones, no así la ley general de arbitraje, diseñada, como lo dice la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1071, para “*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*”. (2)

Uno de los graves errores del proyecto en cuestión es el de insistir una vez más, sin éxito, en la modificación de la ley general de arbitraje, cuando lo innovador, lo sensato, es establecer un marco normativo ad hoc, exclusivo, para el arbitraje en contrataciones con el Estado o, incluso, mejor aún, una ley de medios de solución de controversias de la ejecución contractual respecto a bienes, servicios, consultoría y obra pública. En cualquiera de los dos supuestos, dicha norma debiera ser obra de los especialistas en la materia: procuradores públicos, árbitros, jueces comerciales, contratistas, ingenieros y abogados con indudable experticia en contrataciones, adjudicadores, instituciones arbitrales, especialistas del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, entre otros protagonistas de la contratación pública y de los medios de solución de controversias de la ejecución contractual.

El arbitraje en contrataciones públicas es una de las varias formas de aplicar el arbitraje en el Perú. En las dos últimas décadas, la gestión de las controversias de los ciudadanos, personas jurídicas y entidades se ha beneficiado con la implementación del arbitraje en materia: territorial, de consumo, laboral, de expropiación, salud, de baja cuantía (o popular) entre otras. En consecuencia, un marco normativo específico es el que debe dar cuenta de los detalles y alcances del arbitraje en contrataciones con el Estado. No hay necesidad de desnaturalizar la ley general de arbitraje, forzándola a ir contra sus principios y su razón de ser: un mecanismo alternativo de resolución de conflictos heterocompositivo donde la decisión vinculante de un tercero pone fin al conflicto gracias a que las partes de manera consensuada decidieron suscribir el

convenio arbitral. A diferencia de la justicia estatal o convencional, y usando una metáfora, podríamos decir que esta justicia arbitral goza de alas y raíces: se arraiga en su función jurisdiccional, reconocida en el artículo 139 de la Constitución Política, mientras que se remonta como forma versátil de gestión de controversias, en virtud de la libertad de contratar de las partes, tal como se declara en el artículo 62 de la Carta Magna. De la capacidad de entender esta dinámica entre voluntariedad y jurisdicción, dependerá que los ciudadanos nos beneficiemos mejor de esta justicia arbitral. (3)

ARBITRAJE, ACCESO A LA JUSTICIA Y CULTURA DE PAZ

Debe recordarse que la actual ley de arbitraje surgió como consecuencia del compromiso asumido por el Estado Peruano en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos, específicamente en el artículo 21.21, a fin de promover y facilitar el desarrollo del arbitraje, como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia comercial. (4)

Esta referencia al Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU., (TLC Perú – EEUU, firmado en Washington D.C. el 12 de abril de 2006, vigente desde el 1 febrero 2009), y su relación con el arbitraje, no debe entenderse de manera ideologizada, como la expresión de una mal llamada “privatización de la justicia”. (5) Por el contrario, el arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos materializan, en su conjunto, un valor progresista de las democracias deliberativas referido a la decisiva participación de la sociedad civil en los asuntos de interés público: ciudadanos organizados libremente, dispuestos ayudar a otros ciudadanos a gestionar sus conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas, facilitando su acceso a una justicia alternativa, complementaria a la justicia estatal y con la cual conforma el sistema de nacional de justicia. Árbitros, mediadores, conciliadores, adjudicadores, etc, son parte de esa sociedad civil que media entre los individuos y el Estado en pro del bien común. (6)

El arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son expresión de la justicia alternativa como derecho humano fundamental, que garantiza el cumplimiento del acceso a la justicia jurisdiccional y no jurisdiccional concordante con la cultura de paz. Categoría esta última que a los peruanos nos debiera resultar más entrañable por su riqueza semántica y síntesis aspiracional, pero también por ser el aporte de nuestro compatriota, y quizás el único irenólogo nacional, el sacerdote Felipe Mac Gregor, quien en el "*Congreso Internacional sobre la paz en la mente de los hombres*", realizado en Yamusukro, Costa de Marfil, en julio de 1989, acuñó la lucida expresión "*Cultura de paz*" para referirse a la necesidad de "*fortalecer la capacidad y el derecho a la paz propio de cada persona humana con los componentes de toda cultura: conocimientos, valores y actitudes traducidas en comportamientos o conductas*".(7) Desde entonces la Asamblea General de las Naciones Unidas hace un seguimiento de la Declaración y Programa de Acción para una Cultura de Paz a nivel de los diversos países que son parte de la asamblea.(8)

ARBITRAJE Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La implementación y fortalecimiento del arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos va más allá, en realidad, de la firma de un tratado de libre comercio. Es una política que los pueblos del mundo han decidido elegir para la mejor gestión de sus diferencias y controversias. Prueba de ello es el importante rol de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Comisión establecida por la Asamblea General de la ONU, en 1966, tras el reconocimiento de las desiguales y abigarradas legislaciones nacionales, las cuales constituían serios obstáculos para el desarrollo del comercio internacional. La tarea principal de la CNUDMI es reducir o eliminar tales obstáculos, así como mejorar y

concordar las reglas del comercio internacional en un mundo globalizado, necesitado de un marco legal versátil, lúcido y práctico, favorable a la integración mundial. Desde el año 2012 hay seis grupos de trabajo de la Comisión, de los cuales los tres primeros se refieren a: I. Contratación Pública; II. Arbitraje y Conciliación; III. Solución de Controversias por vía informática. El objetivo 16 de la CNUDMI está referido a la paz, justicia e instituciones sólidas, eficaces y transparentes que rindan cuentas, entre las cuales destaca *“el comercio electrónico, la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, y la contratación pública (en particular la contratación electrónica)”*. (9)

Si la CNUDMI nos recuerda que, a nivel internacional, los pueblos del mundo han elegido el arbitraje para la gestión de sus controversias comerciales, en el ámbito nacional, la Constitución, en su artículo 62, resalta la naturaleza autónoma e independiente del arbitraje respecto a la justicia estatal. Lo sugerente del arbitraje es que la facultad resolutoria de los árbitros emana de las propias partes quienes voluntariamente sometieron su controversia al conocimiento y decisión de ese tercero resolutor imparcial. Este principio de autonomía de la voluntad o el derecho de los ciudadanos de elegir -en modo y detalle- la forma de gestionar sus controversias, revela el talante moral de los usuarios del arbitraje, así como su vocación dialogante y no confrontacional. De manera expresa o aludida en varios artículos este derecho de elegir, está libertad positiva (en el sentido propuesto por el filósofo Isaiah Berlin) aparece a lo largo del Decreto Legislativo N.º 1071. Podemos citar algunos ejemplos al respecto: como libertad de sometimiento (en el art. 13); como libertad de someterse a un tribunal arbitral, con árbitro único o colegiado (en el art. 19); cuando se define que las materias arbitrables son aquellas en que las partes tienen facultad de libre disposición (en el art. 2); cuando se conceptúa el convenio arbitral como un acuerdo de voluntades para elegir el arbitraje (en el art. 13.1); cuando se establece que las partes tienen la libertad de regular las actuaciones arbitrales (en el art. 34); cuando se declara que las partes tienen libertad para someterse a una institución arbitral (en el art. 7 y 22.3); cuando se tolera que las partes elijan el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros (en el art. 23); cuando se permite que las partes celebren convenio arbitral durante un proceso judicial (en el art. 17); cuando se resalta la libertad de las partes para renunciar a objetar el arbitraje (en el art. 11); cuando se admite la libertad de las partes para renunciar al arbitraje (en el art. 18); cuando las partes tienen permitido establecer disposiciones sobre notificaciones y plazos (en el art. 12); cuando se acepta la libertad de las partes para determinar costos (en el art. 69), etc. Esta autonomía de la voluntad tiene una frontera ética reconocible, por citar un detalle, cuando se prescribe que no son arbitrables las controversias que interesen al orden público. Y es que las normas imperativas de orden público son valores fundamentales de la institucionalidad democrática, consagradas en la Constitución, ante la cual la voluntad individual en lugar de limitarse, encuentra la condición de su plena realización. (10)

Cuando el proyecto de ley, materia de comentario, pretende modificar el artículo 45 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de que las controversias de la ejecución contractual también se resuelvan mediante proceso judicial, está dejando atrás toda una política pública y decisión del Estado peruano de institucionalizar el arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como derecho humano fundamental. Esta modificatoria va contra el sentido y la necesidad de ampliar el acceso a la justicia brindándole al ciudadano las más variadas alternativas para la gestión de sus diferencias. Y la razón de implementar el arbitraje, la conciliación o la junta de resolución de disputas no es porque nuestro esforzado Poder Judicial padezca la histórica sobrecarga procesal. La razón siempre ha sido otra, tiene que ver con el ejercicio de los derechos fundamentales. A toda persona le corresponde el derecho de elegir la forma más conveniente de superar sus controversias y no estar

inexorablemente condicionado, a falta de otras alternativas, a seguir un proceso judicial que, en no pocos casos, el justiciable no desea. Y ese derecho de elegir del ciudadano, compaginado con el derecho de acceso a la justicia, es la que justifica, en clave constitucional, la defensa del arbitraje y de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. (11)

EL ARBITRAJE COMO POLÍTICA PÚBLICA

Por esta vital relación entre la Constitución, los derechos humanos, el arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es que diversos documentos suscritos por el Estado peruano establecen su necesaria práctica, implementación y defensa, como parte de una decidida política pública:

1. El Plan Estratégico de Desarrollo Nacional – Plan Bicentenario, aprobado por el Decreto Supremo 054-2011-PCM, respecto a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos señala lo siguiente:

*“EJE ESTRATÉGICO 1: Derechos Fundamentales y Dignidad de las Personas
1.6 Objetivos, lineamientos, prioridades, metas, acciones y programas estratégicos*

B. LINEAMIENTOS DE POLÍTICA

Justicia

(...)

(5) Promover y facilitar el acceso a los medios alternativos de solución de conflictos así como difundir su existencia, a fin de reducir su judicialización”. (12)

2. El Acuerdo Nacional, (que compila el conjunto de políticas de Estado, logradas tras el diálogo, consultas a nivel nacional y la construcción de consensos, para asegurar el desarrollo sostenible del país, alcanzar el bien común y afirmar su gobernabilidad democrática), respecto a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en su vigésima octava política de Estado, consigna lo siguiente:

“28. Plena Vigencia de la Constitución y de los Derechos Humanos y Acceso a la Justicia e Independencia Judicial

Nos comprometemos a garantizar el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz y la autonomía, independencia y el presupuesto del Poder Judicial así como regular la complementariedad entre éste y la justicia comunal. Asimismo, nos comprometemos a adoptar políticas que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia.

Con este objetivo el Estado:

(...)

*(e) **difundirá la conciliación**, la mediación, el arbitraje y en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. (...)” (13)*

3. La Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia de cara al Bicentenario, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2021-JUS, en su apartado III.4.2, segundo objetivo prioritario titulado “Facilitar el acceso a la justicia de todas las personas” precisa lo siguiente:

“En 2001, el PNUD señaló que el acceso a la justicia es la capacidad de la población de acudir voluntariamente a los mecanismos tradicionales o alternativos, sean públicos o privados, para solucionar sus controversias. En ese sentido, un sistema de justicia, moderno, transparente, célere, eficaz y libre de corrupción tiene por objetivo que todas las personas puedan acudir a las instituciones del sistema de justicia con la seguridad de que sus derechos se verán garantizados. Por lo tanto, la reforma del sistema de justicia no puede ser pensada solo desde y hacia las instituciones, sino que debe tener como eje

fundamental el bienestar de la ciudadanía y proveerla de servicios de justicia que garanticen sus derechos.

(...)

En ese sentido, en el marco de esta política pública en materia de justicia, se vuelve fundamental abordar los problemas de acceso a la justicia desde un punto de vista de necesidades jurídicas insatisfechas que permitan identificar barreras concretas que deban ser removidas para garantizar los derechos de las personas (Uprimny et al., 2013, pp. 6-16), a través de la reformulación o creación de la oferta de servicios de justicia que se adapte a las necesidades de la sociedad (PNUD, 2005, p. 18)". (14)

4. La XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, realizado del 4 a 6 de marzo de 2008, estableció las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, (modificado en el marco de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Quito, Ecuador, en el 2018). Reglas que la Resolución N° 002-2020-CE-PJ y la Resolución Administrativa N° 000198-2020-CE-PJ dispuso su aplicación por todos los jueces de la República, incluidos los jueces de paz. En la Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos, en el numeral 1, Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad, se formulan, entre otras, las siguientes reglas:

"(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del Proceso como durante la tramitación del mismo. Los medios alternativos de resolución de conflictos, deben integrarse en los servicios que las administraciones públicas han de ofrecer a las personas usuarias del sistema de justicia y en especial a las personas en condición de vulnerabilidad.

La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a optimizar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de utilizar una forma alternativa de solución en un conflicto concreto, se tomarán en consideración los derechos humanos de las personas intervinientes, así como las circunstancias particulares de cada una, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas.

Se fomentará la capacitación integral y sensibilización de las personas mediadores, árbitros, facilitadoras judiciales comunitarias y demás personas que intervengan en la resolución del conflicto.

Especialmente importante resulta incluir formación en materia de derechos humanos, género, diversidad e interculturalidad

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización." (15)

En tal sentido, la práctica del arbitraje tiene un marco normativo nacional y supranacional que el Estado peruano se ha comprometido en cumplir y respetar. Sin duda, con las mejoras necesarias para su perfeccionamiento o adaptación a las nuevas necesidades del público usuario, pero sin socavar su autonomía ni distorsionarla como ha ocurrido lamentablemente con la conciliación extrajudicial, inconvenientemente procesalizada, (su actual reglamento tiene 173 artículos, además de varias resoluciones directorales que la regulan frondosa e inútilmente), hasta casi convertirla en un epifenómeno del proceso judicial. Judicialización del conflicto que más bien dicho mecanismo alternativo, en esencia, está llamado a evitar. (16)

Debe tenerse en claro que la defensa del arbitraje es, a la vez, la de todos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, incluyendo, por cierto, los nacidos en el ámbito de nuestra justicia comunitaria. Aquellas prácticas culturales de los pueblos originarios, comunidades campesinas y nativas, que también han legado a nuestra sociedad contemporánea formas tradicionales de resolución de conflictos, las cuales son tuteladas por la Constitución Política, en su artículo 2, inciso 19, al reconocerse y protegerse la pluralidad étnica y cultural de la Nación. (17)

Esta necesaria referencia a los mecanismos tradicionales y alternativos de justicia de nuestros pueblos indígenas tiene, además, un valor coyuntural, como es el de hacerle ver al actual gobierno la alarmante contradicción en la que incurre: socavar, por un lado, la justicia alternativa, desnaturalizando el arbitraje o la conciliación extrajudicial, mientras que, por otro lado, defiende, como corresponde, “*las formas de impartir justicia en las comunidades originarias, nativas y campesinas*”. Formas de impartir justicia conformantes también de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que los peruanos merecemos tener. En el Capítulo XV del ideario y programa del partido político Perú Libre, sobre política de justicia, se lee lo siguiente: “*Justicia en las comunidades originarias. El Estado socialista respeta las formas de impartir justicia en las comunidades originarias, nativas y campesinas, atendiendo a sus costumbres, cultura, organización e idiosincrasia, pues aparte de estar reconocidas, están protegidas por convenios internacionales y se organizan en rondas campesinas y comités de autodefensa. Las comunidades elaboran sus propias reglas de conducta en cabildos y asambleas y han resultado con mayor eficacia que la justicia convencional, logrando eliminar la delincuencia, el narcotráfico, el crimen, el adulterio, entre otras, de sus respectivas jurisdicciones en tiempo breve. Esta autonomía, desde luego, no debe confundirse con impunidad*”. (18) Resulta muy extraño, por decir lo menos, la inconsistencia de criticar la jurisdicción estatal, (“*justicia convencional*”), en el párrafo citado, frente a la pretensión del actual gobierno central de debilitar el arbitraje en contratación pública a fin de que ceda su lugar al proceso judicial. Insisto, la defensa del arbitraje representa la defensa de todos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tanto los tradicionales y autóctonos como aquellos aportados por las diversas familias del derecho, (el derecho romano y el Common law), todos los cuales, parafraseando la sentencia del Tribunal Constitucional, no desplazan al Poder Judicial, ni tampoco son sus sustitutorios, sino deben ser consideradas como alternativas que complementan el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias.(19)

LA TRIDIMENSIONALIDAD DE LOS ERRORES CONTRA EL ARBITRAJE

La justicia integral invocada para nuestro país, donde la justicia estatal convive en complementariedad con la justicia alternativa, colisiona con tres típicos errores al momento de valorar y regular el arbitraje y cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Según el conocido jurista brasileño Miguel Reale el derecho necesita ser estudiado y concebido desde tres dimensiones: los hechos (dimensión fáctica), la norma (dimensión normativa) y el valor (dimensión axiológica). (20) Contrario sensu, el desconocimiento y, peor aún, la mala comprensión de estas dimensiones arruina el más mínimo intento de pensar el derecho de manera clara y distinta. Eso parece ocurrir con las modificaciones normativas que se dan, en nuestro medio, a la legislación de los mecanismos alternativos resolución de conflictos, en particular, y al de la contratación pública, en general. Llamo tridimensionalidad de los errores a aquella práctica por la cual se regula una institución jurídica sin tener en claro el hecho, la norma y el valor involucrados, malográndose de esa forma la gran síntesis de lo real y lo ideal que el derecho representa. (21)

El primer ejemplo de estos errores se aprecia en la modificatoria efectuada en abril del año pasado a la Ley 26872, Ley de conciliación, mediante la Ley N° 31165, que modificó trece artículos y agregó dos más. Esa modificatoria fue largamente reclamada por los operadores de la conciliación extrajudicial, desde el mes de marzo del 2020, a fin de implementar la práctica de la conciliación virtual o a distancia ante el recrudecimiento de la pandemia y las medidas gubernamentales ordenando el confinamiento social. Situaciones ambas que impedían la presencialidad de las partes en las audiencias de conciliación, frustrándose el intento conciliatorio. En este caso, el hecho social a ser regulado era la imposibilidad fáctica de los ciudadanos, partes conciliantes y conciliadores, de asistir de manera presencial a las conciliaciones extrajudiciales a causa de las restricciones establecidas por el gobierno central. La norma vigente requería la presencia física de las partes y conciliadores en sala de audiencia del Centro de Conciliación, de lo contrario se declaraba la inasistencia. El valor involucrado, constante e irrenunciable, era la de facilitar el acceso a la justicia y a la práctica de la cultura de la paz de ciudadanos aquejados por diversos conflictos, que la propia pandemia y el confinamiento social habían desencadenado e intensificado (como el no pago oportuno de los arriendos). Recién el 13 de abril de 2021 se publicó la Ley N° 31165, que modifica la Ley conciliación incluyendo, en su artículo 5, la conciliación a través de medios electrónicos u otros de naturaleza similar. Sin embargo, en el artículo 10, modificado también por la Ley N° 31165, se exige al conciliador extrajudicial el estar presente obligatoriamente en el local del Centro de Conciliación para conducir la audiencia de conciliación virtual, a la cual las partes no acuden por las restricciones mencionadas y el lógico cuidado de su salud. Es decir, tácitamente se alienta al conciliador o a violar las restricciones sanitarias o a descuidar su salud para asistir al local del Centro de Conciliación sólo con la finalidad de encender su ordenador y desde ahí conducir virtualmente la audiencia de conciliación entre partes ubicadas cómodamente en sus respectivos domicilios. El contrasentido de esta regulación es alarmante. Esta modificatoria se pone de espaldas al hecho social, en virtud de una norma que no está racionalmente promulgada, precipitando el debilitamiento de la escala de valores que más bien debiera inspirarla.

En el caso del arbitraje, con respecto a la propuesta de modificatoria, ocurre algo semejante. Se pretende modificar el artículo 50 - A del Decreto Legislativo N.º 1071 introduciendo el siguiente párrafo: *“(…) Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje ah doc y no se constituye el órgano arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral”*. En una búsqueda implacable de procesalizar el arbitraje (y casi parafraseando el artículo 346° del Código Procesal Civil), se pretende instaurar el abandono como una forma especial de conclusión del arbitraje, que extinguiría -como si fuera posible- la relación legal nacida entre las partes signatarias del convenio arbitral, sancionando su presunta negligente inactividad con la no continuación del arbitraje y el reenvío del litigio al escenario judicial. Está propuesta de modificatoria ejemplifica también la falta clamorosa de la dinámica y mutua relación dialéctica entre hecho, valor y norma, sin la cual no es viable la comprensión del Derecho. (22)

Es un hecho que el arbitraje nace del acuerdo de voluntades de las partes firmantes del convenio arbitral quienes deciden someter su controversia al conocimiento y decisión de un tercero, el árbitro, responsable de cumplir la función de resolver esa controversia. La actual ley de arbitraje establece, (en su artículo 27), que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considera válidamente constituido y, en tal sentido, debe proseguir el arbitraje hasta cumplir, (según el artículo 52), con adoptar decisión por unanimidad o en mayoría, sobre la controversia. Decisión plasmada en el laudo definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, (artículo 59). La aceptación obliga a los

árbitros a cumplir esta función resolutoria de la controversia y otros deberes incurriendo si no lo hicieren, (según el artículo 32), en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable. (23) De tal manera que la continuación del arbitraje, tras su inicio, es parte del encargo que el árbitro debe cumplir de manera ejemplar, aún si las partes parecieran dar la impresión de flexibilizar dicha exigencia. Y ello porque uno de los valores del arbitraje es cristalizar el acuerdo de voluntades de las partes, (la autonomía de la voluntad antes mencionada), en el sentido de que un tercero resuelva su controversia. Sólo así se entiende porque el *“tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”*. (24)

Promover el abandono como forma de conclusión del arbitraje es introducir el principio de iniciativa de parte en un mecanismo alternativo resolución de conflictos donde el deber radica, más bien, en el árbitro de continuarlo hasta que las partes, también mediante otro acuerdo de voluntades, (por ejemplo, porque durante las actuaciones arbitrales ellas llegan a un acuerdo que resuelve la controversia), ponga fin a la función del árbitro, salvo si se le hubiese encargado la ejecución del laudo, amén de atender el pedido de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, de ser el caso. De existir tal acuerdo, el tribunal arbitral debe dar por terminadas las actuaciones con relación a los extremos acordados, (así lo señala el artículo 50 del Decreto Legislativo N.º 1071).

Lo más extraño y criticable es que esta modificatoria, pensada en apariencia, para garantizar la adecuada ejecución de las obras públicas, ya es innecesaria al haberse, mediante Decreto de Urgencia N° 020-2020 del 24 de enero de 2020, modificado el Decreto Legislativo N° 1071, introduciendo el abandono en los arbitrajes en los que el Estado es parte. El incorporado artículo 50 - A dice al respecto lo siguiente: *“En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral. La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.”*

De manera que con este nuevo intento de modificatoria de la Ley general de arbitraje se pretendería aplicar el instituto procesal del abandono a cualquier arbitraje, incluso a aquellos proseguidos por particulares. Esto desnuda la real motivación de este proyecto normativo, el desplazamiento del principio de la autonomía de voluntad de las partes hasta su reemplazo por regulaciones procesales dictadas por el Estado. Una reincidente forma de dismantelar lentamente los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en nuestro país. Esto ha venido ocurriendo con la conciliación extrajudicial, ahora sobreviene el turno del arbitraje.

En esa misma línea debe entenderse las demás modificatorias pregonadas por el proyecto normativo, incurren en la tridimensionalidad de los errores contra el arbitraje. Pretender, por ejemplo, en los arbitrajes en los cuales el Estado peruano es parte, que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encargue de la acreditación, registro, renovación y supervisión de las instituciones arbitrales, olvidándose como no ha podido dicho portafolio manejar de manera exitosa la modesta, (por no haber un tercero resolutor), pero no menos importante, conciliación extrajudicial, incumpléndose con el interés nacional de institucionalizarla como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal como lo dispone el artículo primero de la Ley de Conciliación. (25) Ni que

decir del casi extinto arbitraje popular del cual es enteramente responsable dicho ministerio. (26)

La interferencia del Estado en el arbitraje, o en cualquier mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es tan lamentable y equivocado como el afán de reemplazar al análisis jurídico por el comentario político ideologizado. De una interferencia de ese tipo sólo cabe esperar malas normas jurídicas auspiciadas por piadosas intenciones. La problemática del sistema de contratación pública tiene otras raíces, se anida en el expediente técnico, en las personas que conducen el iter del proceso de contratación, en la corrupción que termina siendo un mayor estímulo que la gestión basada en resultados. Al arbitraje se llega cuando la controversia entre la entidad y el contratista deja ver, en muchos casos, las costuras de los problemas endógenos de la contratación pública. El arbitraje no es parte de esa problemática, si acaso cómplice de su inconclusa solución.

Si el Estado decidiese convertir al proceso judicial en la única forma de gestionar los conflictos interpersonales, o la más privilegiada, ello atentaría contra las dos premisas fundamentales de las democracias contemporáneas: la autonomía de la voluntad del ciudadano y su derecho a acceder a espacios plurales, versátiles y especializados de justicia.

Notas:

- (1) El referido proyecto fue dado a conocer por el importante Círculo de Arbitraje con el Estado – CAE, institución dedicada al arbitraje en contratación pública:
https://www.caeperu.com/noticias/proyecto-de-ley-que-busca-modificar-la-ley-de-arbitraje-y-la-ley-de-contrataciones-del-estado.html?fbclid=IwAR1oDj11ZQDkP0afPb-GtgCLD7HlqgqlcDuXi_16WPiR4mEhUVskY1ngvIY
- (2) La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1071 se puede consultar en el Sistema Peruano de Información Jurídica – Spij:
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967713>
- (3) Este pasaje está tomado de mi artículo el arbitraje de derecho publicado por el diario oficial El Peruano. Se puede leer dicho artículo en el importante blog del Dr. Jaime David Abanto Torres, titulado “*Derecho, literatura, cine y música*”:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/2014/11/20/el-arbitraje-de-derecho/>
Sobre esta doble naturaleza del arbitraje, sus alas y raíces, los autores Mario Castillo Freyre* Ricardo Vásquez Kunze dicen lo siguiente:
“El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito ad hoc querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito ad hoc. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje”.
(Castillo Freyre, M., & Vásquez Kunze, R. (2006). Arbitraje: naturaleza y definición. *Derecho PUCP*, (59), 273-284.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>).
- (4) El texto del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos puede ser revisado en:
http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/En_Vigencia/EEUU/Textos_Acuerdo.html

En el artículo 21.21 del Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU. se establece sobre los medios alternativos para la solución de controversias lo siguiente: *“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”*.

- (5) La sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC, expresa, en su fundamento 11, sobre la equivocada calificación del arbitraje como una forma de justicia privada de impronta liberal, lo siguiente:

“11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a, de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna. Ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. [...].

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales”. Cf. Revista Peruana de Arbitraje. 2/2006. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. pp. 561 y ss. Revisado a partir de

<https://www.ipa.pe/ipa-publicaciones-revista-peruana-de-arbitraje-vol-2.php>

- (6) El filósofo alemán Jürgen Habermas dice sobre la Sociedad Civil lo siguiente: *“Los ciudadanos han de ejercer sus derechos de comunicación y de participación de manera activa y no solo en función de su propio interés bien entendido, sino en pro del bien común. Y esto exige un componente de motivación, que no es posible imponer por vía legal. (...) El estatus de ciudadano de ciudadano político está incrustado en cierto modo en una sociedad civil que se nutre de fuentes espontáneas, y, si ustedes quieren, ‘prepolíticas’. (...) Los motivos para una participación de los ciudadanos en la formación de la opinión y la voluntad política se nutren, ciertamente, de proyectos éticos de vida y de formas culturales de vida”*. (Entre naturalismo y religión. Paidós, Barcelona, 2006. pp 110 y 111).
- (7) Mac Gregor, F. (1996). La paz como derecho humano fundamental. Agenda Internacional, 3(7), 15-18. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7168>
- (8) Cf. <https://www.un.org/es/qa/62/plenary/peaceculture/bkg.shtml>
- (9) Cf. <https://uncitral.un.org/es/about/sdg>
- (10) Este pasaje está tomado con algunas modificaciones de mi artículo *“Autonomía y voluntad en el arbitraje”* publicado en el diario oficial El Peruano, en el 2014.

- (11) Al respecto Reynaldo Bustamante Alarcón dice lo siguiente: “... *el arbitraje no puede ser visto de una manera atomista, irrazonable o con un exceso ritual, sino de una manera sistemática, flexible y en armonía con los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos con los que guarda relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico. Así, desde el momento en que la Constitución considera al arbitraje como un mecanismo de justicia privada, complementaria a la jurisdicción estatal, bien puede decirse que existe un derecho a acudir al arbitraje como mecanismo de composición o prevención de conflictos, de libre disposición de las partes, que debe ser respetado, garantizado y tutelado*”.
- Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.014>
- (12) CEPLAN. Plan Bicentenario. Recuperado de https://www.ceplan.gob.pe/documentos/_plan-bicentenario/
- (13) Cf. <https://www.acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%e2%80%8b/politicas-de-estado-castellano/iv-estado-eficiente-transparente-y-descentralizado/28-plena-vigencia-de-la-constitucion-y-de-los-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia-e-independencia-judicial/>
- (14) El Decreto Supremo N° 012-2021-JUS se puede consultar en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/2021726-012-2021-jus>
- (15) Para una versión actualizada y comentada (por Joaquín Delgado Martín) de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad consultar la versión de EUROsociAL, programa de cooperación entre la Unión Europea y América Latina, del año 2019, publicada en el siguiente enlace virtual: <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/guia-comentada-de-las-reglas-de-brasil>
- (16) Para reconocer la situación crítica de la conciliación extrajudicial durante el periodo más severo de la pandemia de coronavirus COVID-19, ver mi artículo: La conciliación virtual o la virtud de la conciliación. Hacia una nueva ley de conciliación, publicado en: <https://laley.pe/art/10577/la-conciliacion-virtual-o-la-virtud-de-la-conciliacion-hacia-una-nueva-ley-de-conciliacion>
- (17) Para un análisis sobre la jurisdicción especial indígena, consultar “*La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia*” de Hans-Jürgen Brandt, en: Brandt, H.-J. (2017). La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia. *Derecho PUCP*, (78), 215-247. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.009>
- (18) Para la lectura del Ideario y Programa de Perú Libre ver: <https://votoinformado.jne.gob.pe/voto/Home/ListaCandidatos?op=gDZoqKlijps%3D>
- (19) Fundamento 9 de la sentencia ya citada del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC.
- (20) Miguel Reale en su conocidísimo libro *Teoría Tridimensional del Derecho* dice sobre la tridimensionalidad del derecho: “... *la consistencia fáctico-axiológica-normativa de la experiencia jurídica se revela en su inmanencia histórico-cultural, superándose el dualismo abstracto de un conjunto de datos factuales referidos a distintos campos de valores y normas*”. Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho*. Tecnos, 146.
- (21) Cf. Reale, M. (1976). *Fundamentos del Derecho*. Ediciones Depalma, 265.

- (22) Reale, M. op. cit., pp. XX.
- (23) Para un análisis más detallado de la función arbitral que desempeñan los árbitros ver:
García Calderón Moreyra, G. (2014). El rol del presidente y de los árbitros dentro del tribunal arbitral. *Arbitraje PUCP*, (4), 115-120. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10391>
- (24) Así se lee en el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1071.
- (25) En los últimos años hay muchas publicaciones que dan cuenta de la crisis de la conciliación extrajudicial en nuestro medio. Se puede revisar mi artículo “*La conciliación extrajudicial y el acceso a la justicia en tiempos de pandemia*” en: <https://pderecho.pe/conciliacion-extrajudicial-acceso-justicia-tiempos-pandemia/>
- (26) Para un conocimiento del arbitraje popular ver mi artículo “*El derrotero del arbitraje popular*” en: <https://unmsm.academia.edu/CarlosCastilloRafael>