

# Notas polémicas sobre el arbitraje de consciencia en el Perú

Comentando el Trabajo de Investigación

**Víctor Madrid Horna<sup>(\*)</sup>**

Profesor de Contratos en la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la UNIFE.  
Secretario Técnico del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

En primer lugar quiero agradecer a los miembros de la revista *ius et veritas* por haber tenido la gentileza de invitarme a comentar el trabajo desarrollado por el grupo de investigación de la revista, aparecido en la edición anterior<sup>(1)</sup>.

Teniendo en cuenta el propósito de todo comentario, trataré en lo posible de seguir el mismo orden de los temas abordados en el trabajo de investigación (en adelante, “el TI”), no sin antes felicitar al grupo de investigación de la revista por la labor desarrollada y sobre todo, por la reflexión planteada en torno al arbitraje de consciencia que de seguro contribuirá al estudio y promoción del arbitraje en nuestro país.

Dicho esto, debo reconocer que el tema abordado en el TI resulta de gran interés teórico, puesto que al tratar de delimitar los rasgos del arbitraje de consciencia en la Ley General de Arbitraje (LGA) fluyen ineludibles cuestiones de

fondo que no resultan nada pacíficas en la doctrina y que comprometen una posición particular sobre el concepto mismo de arbitraje.

De otro lado, el tema analizado cobra vigencia si se toma en cuenta que en nuestro medio se ha generado una tenue pero reiterada posición crítica sobre el tratamiento del arbitraje de consciencia en nuestra LGA, al punto de alegarse un errático tratamiento legal y/o la obligación de una nueva lectura de sus disposiciones relativas al arbitraje de consciencia que la hagan viable, bajo la perspectiva de los conceptos del debido proceso y los derechos fundamentales<sup>(2)</sup>.

A lo dicho, puede agregarse que el crecimiento sostenido del arbitraje en nuestro país como mecanismo alternativo de justicia<sup>(3)</sup>, viene generando algunos fallos judiciales que van marcando, en algunos casos, una todavía incipiente pero preocupante -para algunos-,

(\*) Las opiniones vertidas en el presente artículo son a título personal, en este sentido los comentarios no reflejan de modo alguno la posición del Centro de Conciliación Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

(1) El artículo bajo comentario se tituló *Apostando por una solución diferente. El arbitraje de consciencia en el Perú*. Grupo de Investigación de *ius et veritas*. Revista *ius et veritas*. Año XIV. Número 29.

(2) Véase: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Sobre el Deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Consciencia*. En: *Revista Themis*. Número 43. Segunda época, 2001; así como, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Apuntes sobre algunas Exigencias Constitucionales que debe cumplir todo laudo de consciencia: a propósito del artículo 51 de la Ley General de Arbitraje*. En: *Revista Derecho y Sociedad*. Año XV. Número 23. 2004.

(3) De ello da cuenta, de una parte, la cada vez creciente, cantidad de procesos arbitrales que registran las instituciones arbitrales más reconocidas, como el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje y Conciliación (GEARCO), el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Ingenieros, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana (AMCHAM) y el Centro de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), entre otras; cuya presencia y número de casos que administran, reflejan la creciente opción de los particulares por el arbitraje; y por otra parte, este crecimiento lo evidencia también el significativo número de disposiciones legales que han establecido al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias en el ámbito administrativo.

interpretación de las disposiciones contenidas en nuestra LGA. Entre estos, se cuentan fallos emitidos por la Corte Superior de Justicia y por la propia Corte Suprema de Justicia, con ocasión, generalmente, de procesos de anulación de laudos arbitrales, que incluyen pronunciamientos sobre el alcance del artículo 51 de la LGA, que establece los requisitos del laudo de conciencia, y del artículo 73 de la misma Ley, que establece las causales de anulación del laudo, entre otros dispositivos.

Por último, no falta quien haya planteado la modificación de la LGA en el sentido de modificar el tipo de arbitraje por defecto a falta de acuerdo entre las partes, con el objeto de establecer que a falta de pacto expreso entre las partes respecto del tipo de arbitraje, el arbitraje será de derecho<sup>(4)</sup>.

### 1. Cuestión previa

Si bien el TI empieza por efectuar una breve reseña del arbitraje, así como una síntesis de las posiciones más difundidas sobre la naturaleza del arbitraje en la doctrina, no resulta explícita la justificación para asumir la definición de arbitraje empleada<sup>(5)</sup>.

Es frecuente advertir que muchos desencuentros sobre la coherencia o validez de determinada norma o institución jurídica, nacen en la ausencia de reflexión sobre los supuestos o, la llamada “petición de principio” en que se justifica toda postura.

Esta cuestión resulta angular si consideramos que muchas aproximaciones críticas al arbitraje efectuadas desde el Derecho Procesal, por ejemplo, parten de una conceptualización específica del arbitraje que no es planteada ni

discutida como problema, de manera que estas, la mayoría de veces, se asumen dogmáticamente. El resultado será que toda argumentación generada a partir de dicha conceptualización por más lógica y coherente que luzca, será incapaz de capturar el fondo mismo de la discrepancia y de la crítica.

En este caso, no basta asumir una posición determinada sobre la naturaleza del arbitraje (incluida aquella que pretende soslayar su importancia o negar su eficacia), sino que es necesario considerar sus efectos al estudiar un aspecto específico del arbitraje.

Veamos, si asumimos que el arbitraje posee una naturaleza mixta (contractual y procesal o jurisdiccional) como se postula en el TI, surge la cuestión de establecer si el carácter contractual que se le atribuye al arbitraje es suficiente para negar la pretendida naturaleza procesal y para muchos jurisdiccional, del proceso arbitral o, si por el contrario, el atribuido carácter procesal o jurisdiccional del proceso arbitral resulta suficiente para limitar la disponibilidad de las reglas pactadas por las partes desde el convenio arbitral.

Particularmente considero que la dialéctica de estas dimensiones (convergentes en la naturaleza del arbitraje), es la que precisamente ha fatigado a la doctrina<sup>(6)</sup> y es la única capaz de servir de condición de posibilidad de sentido para tomar posición al respecto. Esta discrepancia, respecto de la naturaleza del arbitraje, tampoco ha sido ajena en sede nacional<sup>(7)</sup>.

Como quiera que el TI desarrolla los aspectos más relevantes del arbitraje de conciencia en la LGA, es necesario ubicar al arbitraje en un plano concreto de forma tal que sea posible explicar la lógica y propósito del arbitraje de conciencia, sin

(4) Véase: GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Modificaciones a la Ley General de Arbitraje*. En *Revista Peruana Derecho de la Empresa: Arbitraje y Empresa*. Número 56. Año XVIII. 2003.

(5) “Para nosotros la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta, ya que contiene caracteres contractuales y jurisdiccionales. En su origen un negocio de derecho privado creado por la voluntad de los particulares, pero en cuanto surge la controversia, es evidente que requiere una actividad jurisdiccional que conduzca a la obtención del laudo correspondiente. Independientemente de nuestra posición, en orden de delimitar el ámbito de aplicación del arbitraje, es necesario atender tanto a su aspecto contractual, como al procedimental”. TI. p. 322.

(6) Resulta relevante revisar la posición y antecedentes de la discusión presentada por LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Algunas propuestas acerca de la naturaleza del arbitraje*. En: *Revista Advocatus*. Número 7. 2002-II. Universidad de Lima.

(7) Entre nosotros, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1994. pp. 42-52; presentan esta discusión y los autores que defienden una y otra postura, y comentan la posición nacional a propósito de la Constitución de 1993 que la consideró como jurisdicción. De otro lado, y recientemente, el doctor VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 31; opina que el arbitraje es sobre todo, función jurisdiccional,

desnaturalizarlo con una aproximación que desconozca dicho plano.

Para este efecto, es necesario repasar la razón de ser del arbitraje como mecanismo privado de solución de conflictos, su inevitabilidad en el ámbito de la contratación moderna y las economías globalizadas; así como su función dentro del ordenamiento jurídico, para poder capturar la lógica de sus reglas y disposiciones.

Sin ánimo de salir del marco de este comentario, resulta necesario precisar que el arbitraje no surge como parte del ordenamiento jurídico procesal, aunque en el Perú las disposiciones de arbitraje hayan tenido sede procesal desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Mas bien el arbitraje constituyó el mecanismo natural y privado de resolución de conflictos, muy empleado entre comerciantes, mucho antes de la aparición del Estado y de su monopolio en la administración de justicia.

Como mecanismo privado, el convenio arbitral participa de un carácter contractual generado sobre la base de la autonomía privada y perfilado en torno a la disponibilidad de la materia arbitrable<sup>(8)</sup>.

Esta estructura negocial del convenio arbitral posibilita la actuación y despliegue de sus efectos con rasgos privados y disponibles, que posteriormente van a plasmarse en un proceso que tiene como exclusiva finalidad alcanzar la decisión que resuelve el fondo de la materia controvertida (laudo), viéndose comprometido -para muchos-, con reglas y principios no necesariamente contenidos en el propio convenio, pero establecidos por el Estado a través de los derechos procesales y su correspondiente tutela en el sistema legal como rasgo distintivo de todo estado de derecho.

Planteada esta cuestión, es fácil advertir que la posición que se adopte (explícita o implícitamente) sobre la naturaleza del arbitraje, atravesará en forma transversal el análisis de toda institución del arbitraje, incluidas como es obvio, las normas positivas contenidas en nuestra LGA; esto supone, tomar consciencia de nuestro énfasis en la concepción del arbitraje, y quizá descubrir que en el fondo toda crítica a determinada regulación sobre el arbitraje en nuestra LGA u otra ley de arbitraje, se conecta y es proporcional, a nuestra conceptualización que de aquella asumimos previamente<sup>(9)</sup>.

Por ello no comparto la posición de quienes le restan importancia a la aproximación sobre la naturaleza del arbitraje y luego pretenden abordar el estudio del arbitraje sin necesidad de recurrir a una posición inicial al respecto.

De otra parte, es interesante anotar que la naturaleza del arbitraje puede abordarse desde la perspectiva de que se trata de un mecanismo diferente, sin que la diferencia respecto de las reglas y garantías de un proceso ordinario implique una afectación al debido proceso *per se*. Como anota el TI, hay procesos en el Código Procesal Civil en los que no están presentes todos los elementos que aparecen en un proceso de conocimiento, sin que ello implique una vulneración al debido proceso.

El arbitraje es esencialmente excepción respecto del fuero ordinario. Las aparentes “renuncias” a determinados derechos procesales (doble instancia, juez natural, derecho aplicable, etcétera) no son sino sinónimo de una realidad distinta, sin que ello implique reconocer la existencia de un fuero aislado o una suerte de paraíso jurisdiccional, respecto del resto del

siguiendo la pauta ya advertida en este sentido por el doctor LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. pp. 40 y siguientes; y por el doctor MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco, 1988. pp. 31 y siguientes. En su oportunidad el doctor RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan, opinó en contrario en su artículo: *¿Jurisdicción Arbitral?*. En: *Themis, Revista de Derecho*. PUCP. Número 11. Lima, 1988.

(8) Con esta posición GASPAS LERA, Silvia. *El ámbito de Aplicación del Arbitraje*. España: Arazandi. p. 56.

(9) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El arbitraje como sistema de garantía*. En: *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje*. Tomo XIV. Mayo 2002. Universidad del País vasco. Expresa con nitidez su petición de principio cuando dice: “El arbitraje es ante todo un sistema de garantías que no puede sustraerse por definición de los conceptos de tutela judicial efectiva: La proyección de garantía del proceso arbitral (garantismo) constituye su propia justificación -al margen de cualquier polémica en torno al mismo, ya sea contractualista, jurisdiccionalista o mixta-, lo que significa que no basta con la sola afirmación de que a través del proceso arbitral se garantiza la resolución de la cuestión litigiosa, ya sea en equidad o en derecho, sino que es preciso además, conectar la actividad de garantía que se lleva a cabo mediante la actuación del árbitro con el sistema de garantías procesales recogidas y asumidas por la LA”.

sistema legal, pues finalmente el proceso es solo un instrumento<sup>(10)</sup> subordinado a fines superiores.

## 2. Arbitraje de consciencia

El TI toma como objeto de estudio al arbitraje de consciencia en la forma como se encuentra regulada en nuestra LGA.

Cabe precisar que conforme lo define el artículo 3 de la LGA, el arbitraje de consciencia se diferencia esencialmente del arbitraje de Derecho en que en el primero el árbitro no se encuentra obligado a resolver (laudar) conforme al Derecho aplicable, mientras que en el segundo caso, los árbitros están obligados a hacerlo.

Si bien esta importante diferencia incide directamente solo en la decisión sobre el fondo de la controversia, es evidente que habrá una consecuencia que se reflejará en diversas reglas del arbitraje como por ejemplo que la designación de árbitros podrá recaer en personas que no sean abogados, o que no se podrá establecer el recurso de apelación, etcétera.

No obstante, estos aspectos constituyen un efecto de la diferencia antes referida entre ambos tipos de arbitraje.

Sin afirmarlo expresamente, el TI plantea que esta modalidad o tipo de arbitraje tal y como está planteado en la LGA, podría generar serias disfunciones y/o incompatibilidades con nuestro sistema legal, dado los aparentes privilegios de los que goza el arbitraje de consciencia, de forma tal que provocaría que en algunos casos se enfrente con otros derechos, justificando su revisión.

A fin de seguir el plan de este breve comentario, primero revisaré aquellas disposiciones propias del

arbitraje de consciencia en nuestra LGA, también analizadas en el TI y que en mi opinión, definen la visión de fondo que sobre este tipo de arbitraje ha adoptado nuestra LGA.

Luego, comentaré las principales conclusiones del TI con las que fluyen de este breve examen.

Siguiendo el orden en que aparecen en la LGA, las disposiciones sobre el arbitraje de consciencia, tenemos:

### 3.1. La decisión sobre el fondo no sustentada en derecho

Este principio contenido en el referido artículo 3 de la LGA, como adelanté, define la naturaleza esencial del arbitraje de consciencia. Se trata de una definición por oposición a la definición de arbitraje de derecho. Los árbitros no están obligados a fallar sobre el fondo con arreglo al derecho aplicable.

Tanto la Ley Modelo UNICITRAL como la mayoría de leyes arbitrales, establecen que los árbitros de consciencia están llamados a resolver el fondo de la controversia según su leal saber y entender.

Esto incluye la posibilidad que los árbitros de consciencia puedan fallar aplicando el derecho aplicable, aunque no sean abogados<sup>(11)</sup>.

La norma deja abierta la cuestión de si la inaplicación del derecho sobre el fondo de la controversia sometida a arbitraje, alcanza a las normas imperativas y procesales que serían de ineludible aplicación, asunto que ha recibido inmediata respuesta desde el derecho procesal en sentido negativo<sup>(12)</sup>.

Nótese que al igual que en el arbitraje de derecho, la decisión que resuelve un arbitraje de

(10) Sobre el particular resulta particularmente relevante lo expuesto por Giovanni Priori Posada en *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción*. En: Revista *Advocatus*. Número 9. 2003. pp. 405 y 406: "Son varias las ocasiones en que los procesalistas olvidan en sus estudios que están ante un instituto procesal, y como tal, ante un instituto necesariamente instrumental, creado por el ser humano para servir a las necesidades vitales de él mismo y no para servir al proceso en sí. De esta manera, muchos procesalistas olvidan que el proceso existe para servir a la solución pacífica y justa de los diversos conflictos de intereses que se producen en la sociedad (...). Y es preciso confesar que, en tan poco tiempo en este recorrido por el Derecho Procesal, nos hemos percatado que existe un gran olvido y postergación del ser humano y la justicia. Por el contrario, hay quien se regocija de proceso por sí mismo, olvidando que el pleno regocijo y satisfacción no están en el proceso, sino en algo más allá de él: la justicia. Hay quien se queda en el proceso. Hay quien mira el proceso desde el proceso y para el proceso. Hay quien se satisface plenamente con el solo trámite del proceso. Hay quien cree que el proceso vale por sí. Hay quien olvida la instrumentalidad y contingencia del proceso. Hay quien olvida que el proceso mañana puede desaparecer. Hay quien olvida también que lo permanente es la justicia".

(11) Esta posibilidad de los árbitros de consciencia ha sido interpretada en el sentido de concebir que el arbitraje de consciencia es el género del arbitraje de derecho. Así lo explica José Zegarra Pinto en: *Arbitraje de Consciencia: ¿Género del arbitraje de Derecho? Arbitraje On Line*. Boletín Jurídico. [www.camaralima.org.pe](http://www.camaralima.org.pe).

(12) No obstante, podríamos afirmar que el solo convenio arbitral constituye una renuncia e inaplicación de las normas

consciencia, siempre recaerá sobre materias de libre disponibilidad de las partes. La libertad y flexibilidad del árbitro de consciencia radica en la posibilidad de prescindir de la aplicación de las normas de derecho sustantivo sobre esa materia disponible sometida a arbitraje.

No cabe duda, que es posible inaplicar y/o derogar las normas disponibles a efectos de decidir la controversia.

Sin embargo, un asunto delicado que surge es si los árbitros no abogados están en capacidad y sobre todo obligados a conocer los alcances de las normas legales imperativas, así como las de orden público sobre las que deberán pronunciarse al laudar, sin generar una causal de nulidad del fallo.

No parece razonable que la LGA haya optado por definir al arbitraje de consciencia como aquel susceptible de ser llevado por árbitros legos en derecho y a la vez, exigir que estos resuelvan con estricto apego a las normas imperativas y de orden público que impone nuestro ordenamiento legal, cuando muchas veces, ni los mismos abogados conocen con precisión tales disposiciones<sup>(13)</sup>.

Me imagino un caso en que tres árbitros arquitectos, deban resolver una pretensión indemnizatoria contra la que se ha formulado una excepción de caducidad y otra de prescripción, entre otros medios de defensa, que exige no solo el conocimiento de dichas instituciones sino y sobretodo, su correcta interpretación y aplicación al caso concreto.

De otro lado, y para complicar el asunto, el artículo 73 de la LGA no incluye una causal de anulación del laudo por el hecho que un laudo de consciencia haya incurrido en la omisión o en la

indebida aplicación de una norma imperativa y/o de orden público.

### 3.2. Árbitros no abogados

Como referimos, el artículo 25 de la LGA solo precisa que la designación de los árbitros de derecho debe recaer en abogados. De esta forma, la LGA permite la posibilidad que los árbitros de consciencia no sean abogados.

Teniendo en cuenta que la LGA, siguiendo la tendencia mayoritariamente adoptada, ha establecido que en el arbitraje la defensa no es cautiva, nada impide llevar a cabo un arbitraje de derecho sin la intervención de abogados de parte, como nada impide llevar a cabo un arbitraje de consciencia con la intervención de árbitros abogados y abogados de parte<sup>(14)</sup>.

Lo más importante de esta opción consiste en que los árbitros de consciencia no abogados, no están llamados a resolver cuestiones de derecho ni exigidos a conocer el contenido y alcances de las disposiciones imperativas que deberán respetar al momento de laudar. Caso contrario habría una prohibición expresa en ese sentido y/o una causal de anulación del laudo que permita deducir dicha regla.

Ocurre que estos árbitros son llamados precisamente por su confianza y porque se espera de ellos una decisión basada en su leal saber y entender, no en mérito de su manejo del derecho aplicable.

### 3.3 Deber de motivación razonada del laudo

Un aspecto que viene generando opinión entre nosotros es el referido a la motivación del laudo de consciencia<sup>(15)</sup>. El TI asume la tesis que esta

contenidas en el Código Procesal Civil para el trámite del arbitraje, cuyos plazos, formas y requisitos no serían aplicables. Luego surge la cuestión de si respecto de estas normas del Código Procesal Civil consideradas en su conjunto, no se puede pactar en contrario. No cabe duda que el solo convenio arbitral implica un pacto en contrario a dichas normas cuyo carácter de "orden público" o "imperativas" o de "ineludible cumplimiento" no sería aplicable sino las reglas pactadas por las partes con los límites que impone la LGA. No obstante, ello no significa que en el arbitraje la autorregulación no tenga límites ni sujeción a normas de orden público.

- (13) Sobre este particular, véase las consideraciones de CHILLÓN MEDINA, José M. y José F. MERINO MERCHAND en: *Tratado Internacional de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Civitas, 1978. p. 91.
- (14) Sobre el particular, Fernando Vidal Ramírez en su *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003; opina distinto cuando expresa que: "El artículo 35 de la misma LGA prescinde de la firma de abogado, norma que la interpretamos solo para los arbitrajes de consciencia, pues los tribunales arbitrales de derecho se conforman por abogados, por lo que es obvio que las partes deben estar asistidas por abogados".
- (15) La reciente Ley de Arbitraje española, establece en su artículo 37, numeral 4 que el laudo debe ser motivado, sin establecer mayor requisito, tanto para los laudos de derecho como lo de consciencia. Esta nota es importante si consideramos que se trata de una ley que recoge una línea moderna y ejemplar siguiendo la inspiración de la Ley Modelo, Ley 60/2003. Véase: DIEZ-HOCHLEITNER, Javier: *La Nueva Ley Española de Arbitraje. 2 Annual Conference, International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective*. 2004.

motivación a que se refiere el artículo 51 de la LGA debe ser una arreglada a las reglas del debido proceso, que implican determinada lógica<sup>(16)</sup>.

Cualquier motivación no desarrollada bajo los parámetros lógico razonables y racionales que exige toda sentencia o fallo en arreglo al debido proceso, no constituiría para algún sector, una motivación siquiera.

Y es que como referimos, se asume una tesis inicial que parte de concebir al arbitraje como forma procesal que debe ser evaluada y afectada por todos los principios y normas que informan el debido proceso y los derechos fundamentales. Sin negar la valía de esta opción, es pertinente advertir que se trata de una interpretación entre otras.

Sin ánimo de adelantar opinión consideramos que el propósito de acceder a un arbitraje de conciencia es precisamente el deseo de obtener una decisión motivada en cuestiones que no necesariamente puedan analizarse bajo la rígida estructura de la lógica formal-racional. Tampoco considero que haya arbitrariedad en un fallo motivado en apreciaciones de tipo personal (experiencia, causalidad empírica, etcétera). Una exigencia como la pretendida en el ámbito de la motivación del laudo de conciencia, se puede convertir en una intromisión sobre el fondo de la decisión misma, razón por la cual no existe causal de anulación para dicha revisión en la LGA ni forma de “revisar” el fallo y sus razones, a través de un recurso de apelación.

Las razones que sustentan esta posición se hallan, como quedó anotado, en la concepción sobre la propia naturaleza del arbitraje. Desde que la disponibilidad de la materia sometida a arbitraje pertenece al ámbito privado de las partes, resulta lógico considerar que la decisión de un tercero que la resuelva, quede también sometida a las reglas que fijan aquellas, sin afectar las disposiciones contenidas en la LGA. De esta forma, nada impediría que las partes acepten como motivación en un laudo de conciencia, el que elijan los propios árbitros designados.

### 3.4. Prescendencia de la valoración de las pruebas que sustentan el fallo

De acuerdo al citado artículo 51 de la LGA, otro rasgo que caracteriza al arbitraje de conciencia en nuestra LGA es la posibilidad que el fallo prescindiera de la valoración de las pruebas.

Como anota el TI, esta disposición va de la mano con lo establecido en el artículo 37 de la LGA que faculta a los árbitros, tanto de derecho como de conciencia a decidir sobre la admisibilidad y pertinencia de las pruebas con exclusividad, pudiendo incluso, prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas.

El TI, siguiendo la posición inicial, concluye que la LGA debería modificar este tema, obligando a que los laudos de conciencia expliquen la valoración de las pruebas en que sustentan su decisión.

La razón de omitir este requisito para los laudos de conciencia en la LGA no es casual ni se trata de una omisión de quien olvidó la relevancia de la prueba en el proceso como derecho fundamental.

Se trata en mi opinión, de una disposición que resulta coherente con la opción de considerar que un laudo de conciencia no se atendrá necesariamente a la estructura típica de un razonamiento formal basado en un juicio sobre la valoración de las pruebas. Es posible que los árbitros de conciencia prescindan de todas las pruebas ofrecidas o que la decisión no se halle sustentada en las pruebas actuadas en el proceso, sin que ello importe un fallo arbitrario. Esta perspectiva deja en claro que nuestra LGA ha querido que los árbitros de conciencia puedan resolver basados en su leal saber y entender, de manera que sea factible que puedan prescindir de la valoración de las pruebas como sustento del fallo.

Aunque parezca que esta norma colisiona frontalmente con derechos fundamentales mínimos, quizá sea hora de repensar al arbitraje como institución viable dentro del sistema, o replantear la lógica del arbitraje de conciencia que trae la LGA.

(16) El TI sigue la tesis de Ana María Arrarte Arisnabarreta, desarrollada en su artículo: *Sobre el Deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Conciencia*. En: *Themis*. Número 43. Segunda época. 2001; en la que sostiene que el derecho al debido proceso entendido como un derecho fundamental, es aplicable al arbitraje, desde que dicho principio le es aplicable a todo procedimiento; en tal caso una afectación de tal derecho accionaría la posibilidad de recurrir a las garantías constitucionales. Citando a OSTOS, Martín. *El Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral*. En: *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje (Coordinado por Lorca Navarrete)*. Bilbao, 1989. p. 75; dice “Por encima de la autonomía de la voluntad de las partes, presente a lo largo de toda la Ley de Arbitraje y cuyo máximo exponente se encuentra en el convenio arbitral, que libre y soberanamente acuerdan, está el derecho constitucional de estas a la tutela judicial efectiva”.

De hecho, esta sola disposición afectaría la pretendida aplicación supletoria del Código Procesal Civil<sup>(17)</sup>, pues si bien hay una norma que excluye su aplicación habría otras del código adjetivo que resultarían inaplicables.

### 3.5. Prescendencia de fundamentos de hecho y derecho para admitir o rechazar pretensiones y defensas de las partes

El mismo artículo 51 de la LGA, establece que los laudos de consciencia pueden prescindir de los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y defensas de las partes.

Nuevamente, nos encontramos con un rasgo que denota la posibilidad que tienen los árbitros de consciencia para poder evitar incluir sus fundamentos respecto de las pretensiones amparadas o rechazadas.

Nuevamente, no considero adecuada la simplificación de alegar la inconstitucionalidad de la norma por violar los derechos fundamentales del debido proceso.

La lectura más coherente en mi concepto, es la que parte de aceptar que la LGA está ampliando el marco de actuación de los árbitros de consciencia, en tanto su motivación podría prescindir de una forma de fundamentación específica. Esta libertad de los árbitros de consciencia sería inexplicable desde una visión procesal o esencialmente garantista de la institución del arbitraje.

Esta facultad de los árbitros en los arbitrajes de consciencia, desarma toda objeción a la

“insuficiente” motivación que exige la LGA para los laudos de consciencia. Si los árbitros de consciencia pueden resolver sin necesariamente, incluir su fundamentación en el laudo y sin incluir necesariamente la valoración de las pruebas, sería coherente entender que el arbitraje participa de una naturaleza que no es asimilable a la categoría de un simple proceso y por tanto, a los derechos que forma parte del debido proceso, como el de “obtener una sentencia fundada en derecho”, pues para comenzar en este tipo de arbitraje no hay derecho que resulte obligatorio aplicar para resolver la controversia<sup>(18)</sup>.

### 3.6. Laudo inapelable

Tal y como lo establece el artículo 60 de la LGA, los laudos de consciencia son siempre inapelables. Este sello propio en los arbitrajes de consciencia se explica por el hecho que la decisión de consciencia podría estar anclada en cuestiones personales y motivos que no podrían ser revisados, no es posible revisar la consciencia.

Claro, que en los arbitrajes de derecho es posible pactar el recurso de apelación. La razón es simple: existe un criterio y derecho único a aplicar, por ello la revisión es posible. Cuanto más objetivo y formal sea el procedimiento de resolución, cuanto más será posible la posibilidad de revisión. Sin afirmar que los laudos de consciencia sean pura subjetividad en la LGA, no debe olvidarse que estos son solo una forma de resolver conflictos sin constituir un mecanismo ideal ni utópico, como anotó en su oportunidad el doctor De Trazgenies<sup>(19)</sup>.

(17) Código Procesal Civil. Disposiciones Complementarias-Disposiciones Finales. Primera. “Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”.

(18) Por cierto, esta observación serviría de base para remover la pretendida responsabilidad penal de los árbitros por el delito de prevaricato, que esencialmente supone la inaplicación de una norma legal. Precisamente los árbitros de consciencia están facultados a ello.

(19) Resulta importante considerar que si bien el concepto de tutela jurisdiccional efectiva implica siempre obtener de los órganos jurisdiccionales una decisión fundada en derecho, el arbitraje muestra a través de las decisiones en consciencia, una importante excepción a esta regla. Sobre el particular, el doctor DE TRAZGENIES GRANDA, Fernando. *Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia*. En: *Revista ius et veritas*. PUCP. 1996. Transcribe su ponencia presentada el 24 de abril de 1996 en el Auditorio de la Cámara de Comercio de Lima en el marco del seminario *Alcances y perspectivas de la nueva Ley General de Arbitraje*, organizado por *ius et veritas* y el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima; repensando el concepto de “equidad” expone: “La facultad de los árbitros de consciencia de resolver según su buen leal saber y entender no puede ser comprendida, entonces, como una renuncia al uso de la ley y menos del Derecho. Algunos autores quisieran desvincular totalmente el arbitraje de consciencia del razonamiento y métodos del Derecho y sostienen que se orienta a la equidad pero no a una equidad jurídica sino natural. Me resulta difícil entender este planteamiento. Si el Derecho y la ley son tan malos y tan inútiles, deberíamos derogar definitivamente todas las leyes y abolir de una vez por todas el arbitraje de Derecho para quedarnos solo con este arbitraje de consciencia que parece ofrecer una justicia inocente y paradisíaca. Pero eso no

### 3.7. Regla por defecto en ausencia de pacto

Nuestra LGA en su artículo 3 establece que la regla por defecto de pacto, será considerar que los arbitrajes serán de conciencia.

Como anotamos en otra parte<sup>(20)</sup>, se trata de una política legislativa. Últimamente es recurrente en nuestro medio la tendencia a rechazar al arbitraje de conciencia bajo la percepción que este tipo de arbitraje permite formas arbitrarias e injustas de solucionar un conflicto determinado. Por ello, se plantea la regla inversa como en la anterior LGA (Decreto Ley 25935, que establecía al arbitraje de derecho como regla a falta de pacto).

Considero que esta opción de elegir por un fallo en derecho es totalmente válida.

## 4. A modo de conclusión

a) Mas allá de nuestra particular posición, existe un contenido conceptual en nuestra LGA respecto del arbitraje que se encuentra plasmado en sus disposiciones, como en el caso de las normas sobre el arbitraje de conciencia;

b) Al parecer, la LGA, a través de la regulación sobre el arbitraje de conciencia, considera que a diferencia de la jurisdicción ordinaria, el ámbito de aplicación del arbitraje mismo supone la solución de un conflicto referido a materias disponibles, de tal forma que la aplicación o inaplicación de determinados derechos procesales quedarían subordinados a aquella. La razón se justifica por su naturaleza y finalidad distinta, en miras a resolver una controversia como razón de ser del arbitraje;

c) Esta concepción, parece establecer en el fondo, que mientras la decisión se mueva en el ámbito de la materia disponible de las partes, los derechos y/o garantías procesales no se aplicarían más allá del interés de las partes en el ejercicio de tales derechos disponibles. Luego, la tutela quedaría reducida al ámbito de la arbitrabilidad que no sería otra cosa que la materia de libre disposición por las partes;

d) La asimilación del arbitraje a una categoría procesal sin reservas, trae como perjuicio que los derechos procesales se coloquen por encima de los derechos sustantivos mismos, llegando a imponer una protección a los privados de ellos mismos. Por ejemplo, nadie objeta ni cuestiona lo que un particular decide hacer con un bien de su propiedad a través de un contrato dentro de los límites que impone el artículo 1354 del Código Civil y V del Título Preliminar, (venderlo, alquilarlo, donarlo, prestarlo, destruirlo, etcétera) pero sí se cuestiona la forma como ese mismo particular podría decidir resolver un conflicto respecto de dicho bien con otro particular, yendo en contra de su propia autonomía privada;

e) Sin decirlo, la LGA toma partido por una concepción más flexible y contractual en materia de los arbitrajes de conciencia;

f) El TI efectúa una atenta descripción de los rasgos del arbitraje de conciencia en la LGA, tomando posición en algunos temas a partir de poner mayor énfasis en considerar al arbitraje como un mecanismo alternativo que cumple una función jurisdiccional dentro del ordenamiento legal;

g) Es evidente que la asimilación del arbitraje en general a la categoría de proceso incluida su función "jurisdiccional", traerá consigo muchas contradicciones con el resto del sistema procesal. No cabe duda que no podría establecerse un régimen especial y autónomo dentro de un estado de derecho que permita soslayar los derechos fundamentales referidos al debido proceso. De hecho la LGA alude al debido proceso e igualdad de las partes dentro del proceso arbitral como una expresión de compartir de algún modo esta naturaleza, sin llegar a asimilarse plenamente a ella, prueba de ello podría estar en la regulación sobre el arbitraje de conciencia;

h) La LGA asume una posición de respeto al principio de igualdad y contradicción en el desarrollo del proceso arbitral. No cabe duda que

es así, porque el Derecho constituye un poderoso instrumental teórico y normativo para descubrir lo justo en el seno de lo real. Caso podríamos decir que la equidad no es propiamente una abstención del uso de la ley sino un esfuerzo para llegar a una interpretación razonable de la ley dentro de circunstancias muy concretas. Por eso en vez de oponer ley y equidad e incluso Derecho y equidad -en tanto se distingue radicalmente el arbitraje de Derecho del arbitraje de equidad- me gusta más decir como Matthieu de Boissésón que la equidad es una tentativa de superación del Derecho a nombre del Derecho mismo".

(20) Véase: MADRID HORNA, Víctor y otros. *Comentarios al Proyecto de Ley 12687/2004-CR*. En: *Arbitraje On Line*. Boletín Jurídico. [www.camaralima.org.pe](http://www.camaralima.org.pe).

dichos principios no pueden estar ausentes en toda forma de resolver una cuestión litigiosa; y,

i) Las disposiciones sobre el arbitraje de conciencia en nuestra LGA son una puerta abierta al estudio de la esencia misma del

arbitraje. Tal vez la opción elegida por nuestra LGA exija una reingeniería de sus normas para adaptarse al sistema, o tal vez exija de nuestra parte un esfuerzo por entender una todavía incomprendida institución. <sup>15</sup>

**PUBLICIDAD**  
**ESTUDIO FERNANDEZ CARTAGENA**  
(fotolito)