

Apostando por una solución diferente

El arbitraje de conciencia en el Perú

Grupo de Investigación de *Ius et Veritas*^(*)

Karim Abuid Chehade

Julio Avellaneda Rojas

Luis Alberto Chang Rodríguez

Milagros Pastor Stumpf

Jimena Solar Álvarez

Julio Villalobos Huerta

1. Introducción

En la actualidad, como es sabido, existe una crisis alarmante en la administración de justicia en el Perú. Los problemas se han producido por diversos motivos; entre ellos se señala que el elevado número de controversias que llega a los tribunales da lugar a una enorme sobrecarga de trabajo que, debido a la escasez tanto de recursos humanos como de material de trabajo, influye en la obtención de la ansiada tutela judicial efectiva.

La lentitud e ineficiencia del Poder Judicial -que conlleva un costo muy elevado, trámites engorrosos de larga duración, ello acentuado con la ya bastante maltratada imagen de las personas que laboran en ese recinto- ha generado en los particulares la búsqueda de otras alternativas que les permitan obtener mejores soluciones que impliquen eficiencia y actuaciones céleres.

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

El objetivo del presente trabajo es examinar justamente la institución del arbitraje pero no de manera general, sino tan solo al denominado “arbitraje de conciencia”, que engloba y contiene los elementos más particulares y especiales del arbitraje.

En el arbitraje de conciencia el árbitro, a diferencia del juez y del mismo árbitro de derecho, recurre para

resolver el fondo de la controversia que se le presenta, a la equidad, lo que muchos entienden como su leal saber y entender. Los límites de la equidad y el verdadero papel que cumple al momento de solucionar un conflicto parece más bien un tema confuso, sobre el que, por lo demás, se ha escrito poco en sede nacional, constituyendo aún hoy, a ocho años de la entrada en vigencia de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572 (en adelante LGA), un verdadero rompecabezas, tanto para el árbitro, como para los particulares que recurren al arbitraje, originando con ello serios problemas tanto en lo relativo a la motivación del laudo, como a la impugnación del mismo.

En tal sentido, a partir del examen de la LGA, analizaremos varios aspectos importantes del arbitraje de conciencia como son: (i) la motivación; (ii) materia probatoria; (iii) impugnación del laudo; y, (iv) aplicación de normas, constatando que no todos los principios generales de nuestro sistema jurídico, del proceso judicial y del arbitraje de derecho son de aplicación en un arbitraje de conciencia, siempre y cuando no se afecten los derechos fundamentales y las normas de orden público.

2. Algunas generalidades

2.1. Origen

La institución del arbitraje tiene su origen en el Derecho romano. Esta fórmula extraordinaria respondía a la estructura básica de dos personas enfrentadas que estaban de acuerdo en que un tercero imparcial,

(*) Nuestro sincero agradecimiento a los doctores Juan Monroy Palacios y Dante Apolin Meza. Asimismo agradecemos al doctor Victor Madrid y a Claudia Ochoa. Sin embargo, las opiniones expuestas son de exclusiva responsabilidad del Grupo de Investigación.

investido de autoridad, resolviera el conflicto existente entre ellos en virtud de una decisión que tenía que ser obedecida por los litigantes. No obstante, la comunidad se fue ampliando y las relaciones entre sus integrantes fueron adquiriendo progresivamente un mayor grado de complejidad, lo cual produjo, como es fácil deducir, un aumento en el índice de litigiosidad. Ello hizo necesaria la creación de un sistema oficial de solución de conflictos: el procedimiento ordinario, inspiración del primitivo procedimiento arbitral. Pese a la institución del procedimiento oficial, permaneció existiendo un interés por no eliminar el arbitraje, por las ventajas que ofrecía frente al procedimiento judicial⁽¹⁾.

Para explicar el origen del arbitraje es necesario citar a De Trazegnies, quien señala que, “el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal”⁽²⁾.

Asimismo, dicho autor sostiene que el arbitraje actual es una institución postmoderna porque se presenta como una reacción contra el monopolio de la función jurisdiccional del estado que constituye una característica de la ideología jurídica moderna o liberal. También argumenta que el arbitraje está adquiriendo tanta importancia actualmente, que es una respuesta moderna a los problemas de la sociedad.

Ahora bien, el arbitraje es un mecanismo privado de solución de conflictos mediante la intervención y decisión de un tercero a quienes las partes, de manera voluntaria, han elegido, comprometiéndose a respetar su decisión. En mejores términos Lohmann lo define como “(...) la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la resolución de un cierto conflicto de derecho privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades”⁽³⁾. Asimismo, la Nueva Ley de Arbitraje de España señala que “mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas, pueden someter previo

convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”.

Estas definiciones nos llevan a sostener que el arbitraje es una institución heterocompositiva mediante la cual las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que, con ocasión de dicha relación, se suscitan sobre derechos arbitrables.

2.2. Naturaleza jurídica del arbitraje

En la doctrina no existe unanimidad sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, pero existen principalmente cuatro teorías que la explican⁽⁴⁾. A continuación desarrollamos brevemente cada una de ellas:

a) Teoría Contractualista: afirma que el arbitraje es un contrato mediante el cual se somete la solución de determinadas controversias a la decisión de uno o más árbitros. Los defensores de esta tesis encuentran su base en el momento inicial del arbitraje porque para que se configure el arbitraje se necesita la manifestación de voluntad de ambas partes y, luego, el consentimiento del árbitro.

b) Teoría Jurisdiccionalista: sus defensores sostienen que la jurisdicción es el poder para la solución de conflictos declarando derecho. Revierten la tesis contractualista, señalando que la decisión final no proviene del acuerdo de las partes, sino de la decisión del árbitro, el cual resuelve el conflicto con absoluta imparcialidad e independencia. Consideran al laudo arbitral como verdadera sentencia, al tener fuerza ejecutiva en sí mismo. Los detractores de esta teoría señalan que el arbitraje no tiene carácter jurisdiccional puesto que no posee las facultades de coerción y ejecución, es decir, no pueden acudir directamente a la fuerza pública para que se cumplan sus mandatos.

c) Teoría Ecléctica: señala que el arbitraje posee naturaleza jurídica propia, en la que existen características privadas y públicas al mismo tiempo.

d) Teoría Autónoma: considera al arbitraje como una institución independiente, se ocupa principalmente en plantear los rasgos que debe tener para que funcione eficientemente.

(1) GASPAS LERA, Silvia. *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*. Madrid: Aranzadi, 1998. p. 27.

(2) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Los Conceptos y las Cosas, Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral*. En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Lima: Cultural Cuzco, 1989. p. 543.

(3) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje. Para leer el Código Civil*. Volumen V. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. p. 41.

(4) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, 1994. pp. 42-48.

Para Cantuarias y Aramburú⁽⁵⁾ no existe una exacta naturaleza jurídica del arbitraje y no se le puede encasillar en un solo contexto jurídico. Señalan que para que el arbitraje sea considerado como tal tan solo es necesario la presencia de algunas características: (i) se llega voluntariamente mediante la suscripción de un contrato; (ii) las partes podrán designar libremente a sus árbitros y establecer las reglas del procedimiento que mejor les acomode; (iii) los árbitros tendrán competencia para resolver acerca de su propia competencia; (iv) la sentencia que emitan los árbitros (laudo) será equivalente a una sentencia judicial; y, (v) en caso de incumplimiento podrá ser ejecutada coercitivamente.

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.

2.3. El convenio arbitral

La parte contractual del arbitraje es el convenio arbitral, que según el artículo 9 de la LGA nacional es “(...) el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral es suficiente para que los sujetos puedan recurrir al arbitraje directamente sin la necesidad de otorgar ningún otro contrato”⁽⁶⁾.

El convenio arbitral debe contener dos elementos esenciales: el compromiso de que las partes desean someter a arbitraje sus controversias y la fijación de la extensión de la materia de la que habrá de referirse el arbitraje. Adicionalmente el convenio arbitral debe contener: el número de árbitros, la designación de los árbitros, el idioma del arbitraje, la ley aplicable, el lugar del arbitraje, el procedimiento arbitral, la renuncia a la apelación y los costos del proceso⁽⁷⁾.

Entonces, el convenio arbitral es un pacto o una cláusula contractual, de donde se entiende que las partes eligen el arbitraje como medio de solución de sus posibles controversias. Se puede intuir que el convenio es el acuerdo o pacto que da inicio al arbitraje, de no existir el mencionado convenio, no podremos hablar por tanto de arbitraje.

El convenio arbitral debe presentar una relación jurídica trilateral, compuesta por el órgano arbitral y las partes donde el primero puede ser singular (un solo árbitro) o colegiado (un tribunal arbitral), en tanto las segundas siempre son dos, una parte activa y otra pasiva. Asimismo se debe señalar si se aplicará el procedimiento arbitral común u otros procedimientos arbitrales específicos regulados para casos especiales⁽⁸⁾.

La LGA no establece como uno de los elementos del convenio arbitral, el declarar si el arbitraje al que se someten o se someterán las partes será de derecho o de equidad. La ley no hace dicha salvedad, debido a que el artículo 3 de la LGA, estipula que si las partes no declaran a que tipo de arbitraje se someten, se entiende que este será de equidad o conciencia, lo que hace la norma es fijar como regla general el arbitraje de conciencia, y el arbitraje de derecho será de aplicación solo cuando las partes lo hayan pactado expresamente, lo cual es distinto en otros países, donde lo que prima como regla general es el arbitraje de derecho. Pongamos a manera de ejemplo la Nueva Ley de Arbitraje de España que tiene como uno de sus aspectos más importantes el cambio que supone la opción por el arbitraje de derecho, invirtiendo la regla anterior de la Ley de 1988 que sostenía a favor el arbitraje de equidad. En la Nueva Ley, el arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente: “(...) La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a

(5) *Ibid.*; pp. 49-52.

(6) *Ibid.*; p. 128.

(7) *Ibid.*; p. 131.

(8) MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto. *Breves Alcances sobre el Derecho de Arbitraje Peruano*. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Número 210. Julio-Diciembre 2001. pp. 79-82.

la ‘equidad’, o a términos similares como decisión ‘en conciencia’, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como ‘amigable componedor’⁽⁹⁾.

2.4. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia

Según la LGA las partes pueden escoger que el árbitro resuelva el conflicto suscitado de acuerdo a derecho o a conciencia.

El arbitraje de derecho, se da cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable.

A diferencia del anterior, el arbitraje será de conciencia o equidad cuando el conflicto sometido es resuelto por el árbitro conforme a sus conocimientos y leal saber y entender, es decir, la solución que considere más justa.

Cabe mencionar que el árbitro en este último caso no necesariamente tiene que ser un abogado como en el caso anterior. Así lo dispone la propia LGA en su artículo 24, al establecer que “el nombramiento de los árbitros de derecho debe recaer en abogados”. En contraposición, un árbitro de conciencia no tiene que ser necesariamente un abogado, sino tan solo cumplir con los requisitos que le exige la ley: (i) personas naturales mayores de edad; (ii) ausencia de incompatibilidad para actuar como árbitros; y, (iii) tener pleno ejercicio de derechos civiles. Las personas jurídicas no pueden ser nombradas como árbitros, sino tan solo como entidades nominadoras, esto es que las partes le encargan escoger a la persona que va a fungir como árbitro.

Creemos que el arbitraje de conciencia, a diferencia del de derecho, le da plena libertad al árbitro de resolver según su conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, es decir, sobre lo que él esté informado, piense y conozca sobre las cosas porque sabemos que los árbitros no tienen una profesión estereotipada, puede serlo un abogado como un ingeniero agrónomo. Lo que para el abogado puede ser justo y verdadero puede no serlo para el ingeniero, ya que no todos tienen el mismo conocimiento y discernimiento de las cosas.

3. Análisis de los aspectos más importantes del arbitraje de conciencia

3.1. La motivación

La motivación de toda resolución está referida a la forma como el juzgador llega a una conclusión determinada, de este modo es posible conocer la razón o motivo adoptado para tomar una decisión.

Existen diferencias fundamentales entre un arbitraje de derecho y uno de conciencia en lo concerniente a la motivación del laudo arbitral. En este sentido, señala Osorio Ruiz que “en el arbitraje de derecho, cuando los árbitros laudan, deben atenerse al ordenamiento jurídico material sustantivo, esto es, aplicar la ley, jurisprudencia y costumbre, como lo haría un juez común (...). En el arbitraje de conciencia o equidad, el régimen es diverso. El árbitro resuelve según su leal saber y entender⁽¹⁰⁾. Todo árbitro, al resolver, debe tener en cuenta lo que considere equitativo en el caso concreto sobre la base de ciertos criterios objetivos.

Un sector de la doctrina considera que “(...) las motivaciones que surgen de la conciencia de los arbitradores no siempre son susceptibles de explicitación⁽¹¹⁾”(sic). “Quienes sostienen esta posición estiman que las razones para decidir por este tipo de arbitraje no nacen del intelecto, ni necesariamente de la razón, sino del sentir, del alma del juzgador quien resuelve en base a lo que a él le parece correcto porque así lo dicta su conciencia⁽¹²⁾.”

Consideramos que un laudo de conciencia no es una decisión basada en la emoción, intuición o presentimiento, no se trata de resolver de forma caprichosa o arbitraria. Una decisión basada en equidad no es meramente subjetiva sino, por el contrario, debe encontrarse fundamentada sobre argumentos sólidos y en la medida de lo posible objetivos. En este mismo sentido afirma De Trazegnies que: “El laudo de conciencia tiene que estar basado en la razón y, por consiguiente, el razonamiento del árbitro debe ser riguroso. La facultad para obrar a su leal saber y entender no significa un poder de obrar arbitrariamente⁽¹³⁾.”

(9) Exposición de Motivos de la Nueva Ley de Arbitraje Española. En: www.derecho.com.

(10) OSORIO RUIZ, Zadia. *Contratos Comerciales-Empresariales y el Arbitraje*. Lima: Idemsa, 2002. p. 48. En términos de Lohmann Luca de Tena “saber y entender es lo mismo, a estos efectos, que poseer conocimientos y sentido común o ser diestro o versado en la materia que se le encomienda resolver”. Ver: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1987. p. 70.

(11) CAIVANO J., Roque. *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos*. Buenos Aires: Ad. Hoc. p. 75.

(12) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Sobre el Deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Conciencia*. En: *Themis*. Número 43. Lima, 2001. p. 53. En el mismo sentido ver: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1987. p. 14.

(13) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia*. En: *Ius et Veritas*. Año VII. Número 12. Lima, 1996. p. 122.

Asimismo, Chocrón Giráldez menciona que “el libre convencimiento del árbitro no supone un reconocimiento de discrecionalidad o arbitrariedad en su función. Es más, un juicio en conciencia no tiene por qué estar exento de pautas y directrices objetivas que sirvan para razonar en el laudo la resolución arbitral adoptada”⁽¹⁴⁾.

Si bien es cierto que los criterios con los que resuelve el árbitro pertenecen a un ámbito interno y sus consideraciones tienen por ello cierta carga de subjetividad, nada impide que dicho razonamiento sea exteriorizado, máxime si tenemos en cuenta que la decisión tomada no se basa íntegramente en cuestiones subjetivas. Esta exteriorización debe verse reflejada al momento de motivar el laudo⁽¹⁵⁾.

Suponer que un laudo de conciencia no requiere motivación no resulta coherente con un sistema donde existen derechos fundamentales mínimos. El respeto de los derechos fundamentales es la base sobre la que se forja un estado de derecho.

Resulta ilustrativo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Español, cuando señala que “(...) la motivación es no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”⁽¹⁶⁾.

Asimismo, debemos sostener que el laudo de conciencia no solo exige motivación, sino que esta requiere una mayor rigurosidad que la del laudo de derecho.

Caivano señala acertadamente que: “(...) el esfuerzo de fundamentación es mayor para los arbitradores que si se trata de un tribunal de derecho (sic), pues en definitiva, a este último le bastaría con remitirse a las normas legales que resuelven la cuestión, partiendo de la premisa de que la solución es justa. En cierta forma, puede descansar en la justicia que cabe atribuir a priori a la ley. El amigable componedor, en cambio, al carecer de soporte legal, debe poner el máximo empeño en demostrar -a través de la fundamentación del laudo- que la decisión adoptada es la más justa, la que más se compadece con el caso, con la circunstancia de la causa y con la equidad”⁽¹⁷⁾.

Según el artículo 51 de la LGA, el laudo de conciencia requiere de una motivación razonada. A partir de ello podemos afirmar que en un arbitraje de conciencia son requisitos indispensables, primero una motivación y segundo que esta sea razonada.

Con relación a la motivación, la norma es coherente con el ordenamiento jurídico nacional al considerarla como uno de los requisitos de validez del laudo de conciencia, pues como bien observa Arrarte Arisnabarreta “la jurisprudencia nacional ha reconocido la debida motivación como elemento de un debido proceso, y como tal debe estar presente en todo tipo de proceso o procedimiento”⁽¹⁸⁾. La motivación de las resoluciones es una expresión de derecho fundamental al debido proceso. En este sentido, cualquier decisión por la que se resuelva un conflicto debe ir acompañada de una motivación razonada, esto quiere decir exponer de forma clara, lógica y suficiente los fundamentos de la decisión⁽¹⁹⁾.

El segundo requisito, esto es que la motivación sea razonada, tiene como objeto evitar resoluciones arbitrarias. Para estos efectos Arrarte Arisnabarreta distingue dos aspectos fundamentales de la debida motivación: racionalidad y razonabilidad.

La racionalidad se encuentra en la estructura del razonamiento utilizado, de modo que al momento de adoptar una decisión se respete las reglas básicas de la lógica. “Este deber de motivación racional no se encuentra vinculado al grado de certeza y justicia de la decisión, sea judicial, arbitral, administrativo o de cualquier naturaleza, sino con la corrección del razonamiento lógico (lógica formal) seguido para su obtención”⁽²⁰⁾.

La razonabilidad, por su parte, “(...) está vinculada con lo que se considera socialmente aceptable en un contexto (de tiempo y lugar) específico, de este modo, lo razonable puede ser medido en función a lo que realiza cualquier persona en base al sentido común, teniendo en cuenta los valores, así como los criterios éticos, políticos, económicos, sociales, religiosos, etcétera, que rigen una sociedad”⁽²¹⁾.

(14) CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2000. pp. 166 y 167.

(15) Cabe señalar la postura de Reglero Campos quien distingue entre fundamentación y motivación. Menciona que si bien es cierto el laudo de conciencia no requiere fundamentación, entendida esta en su acepción jurídica, sí requiere motivación, como forma de explicitar las razones de la decisión adoptada. REGLERO CAMPOS. *El Arbitraje*. Madrid: Montecorvo. p. 246.

(16) BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Debido Proceso*. Lima: Ara, 2001. p. 171.

(17) CAIVANO J., Roque. *Op. cit.*; pp. 75 y 76.

(18) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Op. cit.*; p. 60.

(19) BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Op. cit.*; p. 71. El autor entiende el principio de motivación adecuada, como un principio rector del debido proceso.

(20) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Op. cit.*; pp. 56 y 57.

(21) *Ibid.*

Hemos señalado que la motivación es una manifestación del derecho fundamental al debido proceso⁽²²⁾, por este motivo no solamente el Estado sino también los particulares tienen el deber de respetar y asegurar la vigencia de dicho derecho⁽²³⁾. En este sentido podemos decir que como derecho fundamental irradia su eficacia a todo el ordenamiento jurídico en general.

Desde una perspectiva privatista se sostiene que el laudo de conciencia no requiere ser motivado a fin de evitar la proliferación de recursos⁽²⁴⁾ que se puedan interponer contra el laudo alegando motivación aparente o defectuosa⁽²⁵⁾.

Si bien es cierto en el arbitraje de conciencia la autonomía de las partes decide someter a decisión de un tercero la resolución de la controversia, dicho tercero no posee una potestad ilimitada. La legitimación para decidir sobre la controversia nace en virtud de un acto de delegación que realizan las partes, esto es, se otorga la facultad de resolver. Por consiguiente, estamos hablando de una facultad delegada. Partiendo de esta premisa, ¿puede el tercero resolver la controversia afectando el debido proceso al no motivar el laudo de conciencia? ¿Podría pactarse que no va a existir contradicción entre las partes, o que no se pueda ofrecer ni actuar pruebas? Nosotros creemos que no.

Uno no puede delegar lo que no tiene, más aún no se puede delegar sobre lo que no se puede disponer (derecho fundamental al debido proceso). El límite a la autonomía privada se encuentra en los derechos fundamentales⁽²⁶⁾.

La velocidad del tráfico comercial y la necesidad de soluciones rápidas no nos pueden llevar a sacrificar derechos fundamentales (debido proceso). No podemos preferir celeridad a justicia⁽²⁷⁾, tolerar dicha situación conllevaría a convertir al arbitraje en una especie de juego de azar⁽²⁸⁾. Subordinar la justicia y los derechos fundamentales a la velocidad del tráfico implicaría subordinar la dignidad de todo ser humano a factores económicos, de mercado. Un estado de derecho no puede tolerar tal sacrificio.

Cuando las partes convienen solucionar sus conflictos mediante arbitraje independientemente de la naturaleza del mismo, están abstrayéndose del ámbito jurisdiccional hacia el ámbito privado. Esto último no conlleva bajo ninguna circunstancia a la renuncia de derechos fundamentales, de los que goza todo sujeto de derechos por el simple hecho de serlo.

La propia LGA reconoce como principio el debido proceso al disponer, en su artículo 33, que si bien las partes son libres de pactar las reglas a las cuales se sujetará el proceso, durante el desarrollo del mismo

(22) Es menester recordar que la dignidad del ser humano es la base sobre la que se construye un estado de derecho. Así lo establece la propia Constitución Política del Perú en su artículo 1 cuando menciona que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. La afectación del derecho fundamental al debido proceso no solo afecta a la víctima del acto lesivo sino a la propia base del ordenamiento jurídico.

(23) ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima: Ara, 2003. p. 37. En el mismo sentido Bustamante Alarcón dice que “Con la elevación del debido proceso a la categoría de derecho fundamental no solo se reconoce que es un elemento esencial del ordenamiento jurídico político, sino que, además cuenta con todas las características de este tipo de derechos -con las consecuencias que se derivan de ello-, como su progresividad, su doble carácter, su mayor valor, así como su propia fuerza normativa de superior jerarquía. Características que lo llevan a ser de aplicación obligatoria en todo proceso (interno o internacional) y en todo procedimiento (administrativo, arbitral, político o particular)”. Ver: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*; p. 235.

(24) Se sostiene que al no motivar los laudos de conciencia se evita que los mismos sean atacados, esto es que se recurra el fallo. No obstante ello, Feldstein De Cárdenas y Leonardi de Herbón sostienen que “un laudo bien fundamentado es menos pasible de atacar y por ende de resultar nulo”. No es del todo cierto pretender darle firmeza al laudo al hacerlo irrecurrible, un laudo motivado correctamente será más firme que un laudo no motivado porque a diferencia de, en el segundo caso, en el primero se conoce por qué se decidió de uno u otro modo. Ver: FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBON. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 71.

(25) CHOCRON GIRALDEZ, Ana María. *Op. cit.*; p. 166. Es preciso tener en cuenta que en nuestra legislación nacional solo cabe el recurso de anulación contra los laudos de conciencia, siempre y cuando se pruebe alguna de las causales que señala taxativamente el artículo 73 de la LGA.

(26) En este punto hacemos una distinción entre el derecho controvertido, esto es, el que por su propia naturaleza es disponible al ser materia del arbitraje, por ello no cabe interferencia externa alguna, y los derechos fundamentales que por su naturaleza son indisponibles y por consiguiente las partes no podrían renunciar a ellos.

(27) Si bien es cierto que cuando la justicia se dilata con el transcurso del tiempo pierde su esencia y deja de ser tal, la motivación de un laudo de conciencia no conlleva plazos excesivos o intolerables, más aún si tenemos en cuenta que no cabe recurrir por cuestiones de fondo.

(28) Decimos “juego de azar” porque quien tenga mas fortuna (y gane el procedimiento arbitral) sería quien obtenga un laudo favorable y no necesariamente quien tenga razón. Quien pierda se encontrará “atado de manos” puesto que no podría hacer nada ante tal laudo.

“deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Se ha mencionado anteriormente que la particularidad del laudo de conciencia consiste en que el juzgador resuelve con arreglo a sus conocimientos y su leal saber y entender. Asimismo se considera que en el arbitraje de conciencia la motivación pertenece al plano de lo extrajurídico, esta no guarda relación con criterios jurídicos, sino con criterios de equidad. Osorio Ruiz entiende equidad como “(...) sentido natural de lo justo y lo injusto, posibilita la resolución de controversias de una forma más flexible que la aplicación rígida de las normas jurídicas, teniendo siempre presente las circunstancias particulares del caso con el objeto de lograr determinado concepto de justicia”⁽²⁹⁾.

Se cree que el arbitraje de conciencia implica un desprendimiento general de las normas, de este modo el árbitro debe decidir, por decirlo de cierto modo, apartándose del derecho. Feldstein De Cárdenas y Leonardi de Herbón afirman al respecto que “(...) no debe confundirse un mayor margen de discrecionalidad, con el apartamiento liso y llano de la ley”⁽³⁰⁾.

La confusión nace en el hecho de que el árbitro de conciencia puede prescindir de ciertas normas, cuando en un caso específico crea que la utilización de la ley produce situación de desigualdad o desequilibrio, pero no debe o tiene que hacerlo. Un árbitro de conciencia no se aparte del derecho. Por otra parte el derecho no se restringe al aspecto positivo, sino que incluye una serie de ámbitos que superan la simple norma escrita.

De lo anteriormente expuesto se desprenden dos posturas en torno al arbitraje de conciencia. La primera considera que el árbitro de conciencia debe apartarse del sistema jurídico, esto es desvincularse por completo de las normas. La segunda no excluye el derecho a la equidad, de esta forma entre las reglas que imponen las normas jurídicas y los criterios de equidad

Los árbitros tienen el deber de valorar la decisión de la controversia bajo el perfil de la equidad y pueden luego del resultado de la valoración establecer que no hay razones equitativas para alejarse del derecho, pero no pueden hacerlo donde no les sea expresamente permitido por las partes

propios del árbitro no hay una relación de exclusión, sino más bien de complementariedad.

Nosotros consideramos adecuada esta última concepción sobre el arbitraje de conciencia, a decir de De Trazegnies “la equidad no implica rechazar los criterios jurídicos de derecho sino ampliarlos, de manera que el árbitro disponga más poder discrecional para llegar a una solución adecuada incorporando elementos de juicio que no se deducen estrictamente de las leyes positivas pero que tampoco se oponen a ellas. De esta manera, el arbitraje de conciencia puede desprenderse del rigor estricto de la ley para buscar ese derecho generalmente aceptado y aceptable dentro de una comunidad social determinada⁽³¹⁾. Asimismo acota que “(...) aun cuando un árbitro de conciencia puede independizarse relativamente de la ley, no puede renegar del derecho, porque el derecho es la forma técnica de manejar los conflictos”⁽³²⁾.

3.2. La prueba y su valoración

3.2.1. Facultades de los árbitros

El artículo 37 de la LGA, establece las facultades que tienen los árbitros en cuanto a las pruebas. Según

(29) OSORIO RUIZ, Zadia. *Op. cit.*; p. 48. Consideramos que la autora comparte una postura muy positivista del derecho al sostener la inflexibilidad del derecho. Los jueces no son aplicadores de la letra de la ley. La interpretación jurídica permite al juzgador adecuar las circunstancias del caso a las normas e interpretar las mismas según la situación específica. En este mismo sentido, señala Caivano que “el juez no aplica la norma de forma literal, de manera mecánica, esta posición es incompatible con el derecho mismo y con la misión que se les atribuye de administrar justicia en un conflicto real y actual entre las partes”. Ver: CAIVANO J., Roque. *Op. cit.*; p. 77.

(30) FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBON. *Op. cit.*; p. 13. En contra LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ley General de Arbitraje: unas glosas de urgencia*. En: *Informativo Legal Rodrigo*. Número 80. Lima, 1993. p. 264. El autor sostiene que los árbitros dejan de lado el ordenamiento jurídico basándose en criterios extrajurídicos.

(31) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*; p. 120.

(32) *Ibid.*

(33) Artículo 37. Los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

el tenor de este artículo “los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas”⁽³³⁾, lo cual quiere decir que un árbitro puede a su criterio y análisis particular, pero no a su arbitrio, sino de manera racional, aceptar y valorar las pruebas que podrían actuarse, teniendo también facultad para efectuar todas las investigaciones conducentes al mejor esclarecimiento de las cuestiones planteadas.

Como se observa, la LGA concede a los árbitros facultades necesarias para elegir aquellas pruebas que resulten ser ineludibles e importantes para el desenvolvimiento y resolución del conflicto, y no tomar en cuenta otras, que tan solo servirían para confundir a las partes y a los propios árbitros por ser evidentemente improcedentes y no conducentes a los hechos controvertidos⁽³⁴⁾. Justamente aquí el arbitraje encuentra algunos de sus fundamentos, pues al ser más dinámica la actuación de las pruebas los principios de celeridad y economía justificarían de alguna forma esta flexibilización en materia de pruebas en el ámbito arbitral⁽³⁵⁾.

Los árbitros (salvo que las partes hayan acordado otra cosa en el convenio arbitral) son los encargados de determinar todo lo relativo a la forma en que se conducirá la etapa probatoria, su plazo, como la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. En ese sentido, al ser los árbitros los absolutos directores del proceso arbitral, están generalmente facultados para ordenar la actuación de las pruebas que consideren convenientes. Es más, pueden llegar a una decisión final sobre el caso sin tomar en consideración las pruebas no actuadas⁽³⁶⁾.

Asimismo, tal y como lo señala Roque Caivano, “por principio, ha de aclararse que no existe ningún

medio probatorio que esté excluido o sustanciado ante un tribunal arbitral, de manera que las partes puedan proponer todas las que estimen conducentes para acreditar los hechos relevantes de la causa”⁽³⁷⁾.

A pesar de lo expuesto, para los árbitros, la materia probatoria es quizá una de las más delicadas, por cuanto al no tener imperio se dificulta la producción de determinados medios de prueba, teniéndose que solicitar el auxilio del órgano jurisdiccional, es decir, los árbitros practicarán la prueba que consideren relevante para la determinación de los hechos, sea por iniciativa propia o a instancia de parte, siendo posible también la cooperación jurisdiccional en los casos en los cuales los árbitros no pueden ejecutar por sí mismos las pruebas⁽³⁸⁾, lo cual se encuentra regulado en el artículo 40 de la LGA⁽³⁹⁾.

3.2.2. Valoración

La valoración es “la acción de reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo”⁽⁴⁰⁾, es decir, examinar con cuidado algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias. En el ámbito probatorio tiene el mismo sentido y significado. Según Bustamante Alarcón es “la operación mental que realiza el juzgador con el propósito de determinar fuerza o valor probatorio del contenido o resultado de la actuación de los medios de prueba que han sido incorporados (sea de oficio o petición de parte) al proceso o procedimiento. Son estos medios probatorios admitidos y actuados -y no otros- los que constituyen, o deben constituir, el objeto de la valoración”⁽⁴¹⁾. Asimismo refiere que “no es una libertad para el absurdo o la arbitrariedad, exige que el juzgador valore los medios de prueba sobre bases reales y

En cualquier etapa del proceso los árbitros pueden solicitar a las partes aclaraciones o informaciones. Pueden también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios.

Tratándose de prueba pericial, pueden ordenar que se explique o amplíe el dictamen.

Los árbitros pueden dar por vencidos los plazos de etapas ya cumplidas por las partes. La inactividad de las partes no impiden la prosecución del proceso ni que se dicte el laudo en base a lo ya actuado.

Los árbitros pueden prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran adecuadamente informados.

(34) Según Carlos Matheus, en el proceso arbitral rige el principio de libertad formal, es decir, no existen formalidades probatorias, pudiendo el árbitro prescindir motivadamente de un medio de prueba -aún así haya sido admitido- si lo considera adecuado.

(35) <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/artfcpy.html>.

(36) CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ. *Op. cit.*; pp. 131 y 132.

(37) CAIVANO, Roque. *Op. cit.*; p. 212.

(38) MATHEUS, Carlos. *Op. cit.*; p. 86.

(39) Artículo 40. El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas. Es competente el Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución, a elección del interesado. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

(40) www.rae.es

(41) BUSTAMANTE, Reynaldo. *El derecho a probar*. Primera edición. Lima: Ara, diciembre, 2001. pp. 289 y 290.

objetivas, que se abstenga de tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso o procedimiento y que motive adecuadamente sus decisiones”⁽⁴²⁾.

Por otra parte Gozaini define la valoración de la prueba como “el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medida probatoria explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado”⁽⁴³⁾.

En el arbitraje es de aplicación el sistema de libre apreciación o apreciación racional de la prueba que consiste en dejar al juez la facultad de establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto⁽⁴⁴⁾, pero no de manera arbitraria, sino mediante un análisis racional y lógico, dando desde luego, las razones o fundamentos de su conclusión, sin subordinarse a las reglas de la estimación de pruebas.

En términos de Devis Echeandía no significa, libertad para apreciar los medios de prueba sin restricción alguna, sino que es una libertad sujeta a las reglas de la lógica, de la experiencia, de la sicología, de la ciencia, de la técnica, en otras palabras, es una libertad de apreciación basada en la sana crítica⁽⁴⁵⁾, sin fijarse exclusivamente en los parámetros preestablecidos por ley.

La libre valoración o apreciación de la prueba es un criterio de equidad que ha sido admitido en materia arbitral. De esta manera, el árbitro de conciencia debe aplicar la libre valoración en la actividad probatoria, salvo que encuentre (y luego motive) un criterio de valoración superior, es decir, más adecuado para el otorgamiento de una decisión justa sobre el objeto del proceso arbitral.

3.2.3. Tratamiento de la valoración en la LGA

Los artículos 50 y 51 de la LGA hacen referencia al contenido del laudo de derecho y de conciencia.

A tenor de ambos artículos el laudo de derecho y de conciencia deberá contener los siguientes requisitos: (i) lugar y fecha de expedición; (ii) nombre de las partes y de los árbitros; (iii) la cuestión sometida a arbitraje; y, (iv) la decisión. Estos son puntos concordantes en ambos artículos, sin embargo, existe divergencia en lo que se refiere a la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión del árbitro y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas, que son criterios a declararse en un laudo de derecho, pero no en un laudo de conciencia⁽⁴⁶⁾. En vista de ello, creemos conveniente ofrecer algunos comentarios sobre el tema.

Las normas anteriormente citadas señalan que no existe obligatoriedad de incorporar en el laudo de conciencia la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión del árbitro, cosa que es totalmente opuesta en un arbitraje de derecho, el cual sí contempla este requisito que motiva la decisión final. Como puede verse, en un arbitraje de derecho es innegable que el laudo a dictarse tendrá los motivos por los cuales ciertas pruebas generan mayor certidumbre en el árbitro y cuales no, a través de un análisis de apreciación y valoración lógica sobre lo actuado en el proceso.

Sin embargo, algo totalmente opuesto ocurre en un arbitraje de conciencia puesto que no es indispensable que el árbitro exprese los motivos de su fallo, y por tanto, su análisis lógico racional que le permita decidir y fundamentar por qué algunas pruebas le merecen mayor atención y convicción que otras. De tal manera que, podría darse el caso de que las partes

(42) *Ibid.*; p. 316.

(43) GOZAINI, Osvaldo. *La prueba en el proceso civil peruano*. Lima: Normas Legales, setiembre, 1997. p. 189.

(44) CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 1998. pp. 47 y 48.

(45) Según Devis Echeandía, en virtud del sistema de la sana crítica, o de la apreciación razonada de los medios de prueba, el juzgador tiene libertad para laborar los medios de prueba, es decir, ya no está sujeto a reglas abstractas preestablecidas por la ley, pero su valoración debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de experiencia aplicables al caso. Ver: BUSTAMANTE, Reynaldo. *El derecho a probar...*; pp. 315 y 316.

(46) Artículo 50. El laudo de derecho debe contener:

1. Lugar y fecha de expedición;
2. Nombre de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes.
4. Valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión;
5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y
6. La decisión.

Contenido del laudo de conciencia

Artículo 51. El laudo de conciencia necesariamente debe cumplir con lo dispuesto en los incisos 1), 2), 3) y 6) del Artículo 50. Requiere además de una motivación razonada.

jamás alcancen a conocer qué fue lo que llevo al árbitro a emitir su decisión en cierto sentido, si las pruebas fueron valoradas acertadamente o qué criterios fueron determinantes para que algunas pruebas no fueran tomadas en cuenta. Asimismo, podría traer como consecuencia que las pruebas no sean analizadas y evaluadas de manera responsable, con lo cual cabe la posibilidad de que el árbitro ni siquiera verifique y observe las pruebas presentadas por las partes, generando así un estado de incertidumbre total en los particulares, pues estos no podrán conocer si las pruebas ofrecidas y actuadas que consideraban relevantes para el análisis del caso fueron tomadas en cuenta, con lo cual uno de los medios de “control” (permite que las partes conozcan las razones por las cuales se decidió de cierta manera) a que podría someterse el árbitro queda eliminado al no ampararse en la LGA la descripción de la valoración de las pruebas de manera obligatoria.

En ese sentido, como puede observarse, en el arbitraje de conciencia la valoración de los medios probatorios también se realizará según el “leal saber y entender” de los árbitros, por lo que se puede deducir que ningún rigor adicional se le puede añadir a la actividad probatoria, que tan solo es una “etapa” como cualquiera dentro del proceso arbitral. Sin embargo, creemos que se deben buscar los medios para que el laudo de conciencia contenga la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión del árbitro, pues si se entiende el arbitraje de conciencia como una forma de maximizar los criterios de justicia, se debería aplicar este requisito.

3.3. Ejecución e impugnación de laudos

Arrarte sugiere que “una vez emitida la decisión (o laudo) será necesario contar con mecanismos que permitan su ejecución, cuando las dos partes no estén de acuerdo con lo resuelto y en consecuencia, no estén dispuestas a cumplirlo espontáneamente. Es aquí cuando se vuelve necesario intersecar la actividad arbitral con la judicial”⁽⁴⁷⁾. Es, en nuestro medio jurídico, opinión generalizada que con la emisión del laudo - salvo aclaraciones o correcciones del mismo- concluye la actividad del árbitro. Pero, acudir a la vía

jurisdiccional para solicitar la ejecución del laudo ¿no significaría contradecir la búsqueda de una serie de ventajas: celeridad, tipicidad, confiabilidad, desformalización o flexibilización durante el procedimiento arbitral que cada vez más agentes de la sociedad reconocen en el arbitraje?⁽⁴⁸⁾. Así lo parece por ello, coincidimos con Arrarte en que es menester dotar al árbitro de herramientas propias que le permitan garantizar por sí la ejecución de los laudos más aún si atendemos a que este, por el conocimiento de los hechos, está en mejor posición de disponer las medidas necesarias para su cumplimiento⁽⁴⁹⁾. Por otro lado, ¿qué sucede en caso de que las partes consideren que el laudo debe refutarse o contradecirse por afectar sus intereses? Esta interrogante nos conduce a examinar los dispositivos legales previstos para estos efectos en la LGA.

De conformidad con el artículo 59 del mencionado instrumento legal, son recursos contra los laudos arbitrales los previstos en los artículos 60 y 61, es decir, el recurso de apelación y el de anulación, respectivamente.

En relación al artículo 60, tenemos que: “(...) procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia.

A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación”. Y respecto al artículo 61, “(...) contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede solo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73⁽⁵⁰⁾.

(47) ARRARTE, Ana María. *Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial*. En: *Ius et Veritas*. Año XIII. Número 27. Lima. p. 25.

(48) MORELLO, Augusto Mario. *Arbitraje: ideologías, dificultades, realidades y otros*. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Argentina, 1988-1991. p. 284.

(49) ARRARTE, Ana María. *Op. cit.*; p. 28.

(50) Artículo 73. Causales de anulación de los laudos arbitrales. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue puebe:

El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”.

Cabe destacar que el establecimiento de causales taxativas, en el recurso de anulación, es acorde con la tradición latinoamericana. Así, el Código Argentino de Procedimientos Civiles de 1865 ya consignaba una lista de motivos de nulidad que debía considerarse taxativa y, por lo tanto, no susceptible de extensión ni de integración⁽⁵¹⁾.

La posibilidad de impugnar judicialmente el laudo, es decir, la oportunidad que una parte afectada en sus intereses pueda recurrir a la justicia civil ordinaria para que se le otorgue el apoyo pertinente⁽⁵²⁾ dará lugar a la inejecución total o parcial de este, dependiendo del alcance de los vicios denunciados⁽⁵³⁾. Lo anterior, nos permite distinguir entre una autoridad arbitral que dicta la resolución impugnada y otra que en sede jurisdiccional resuelve el “recurso”. En este punto, nos parece pertinente destacar la distinción realizada por Sabater, según la cual, debe entenderse que “(...) los recursos se ventilan siempre ante el mismo orden en el cual se dictó la resolución impugnada, en cambio, la acción rescisoria puede ser ventilada fuera

de la estructura jerarquizada de la que emanó la resolución”⁽⁵⁴⁾.

De lo anterior, debemos entender que hace mal nuestra LGA al sugerir que los laudos arbitrales puedan ser recurridos debiendo estos ser, en términos de Sabater, objeto de acciones rescisorias pues en ellas la autoridad que emite la resolución objeto de impugnación y la que resuelve el recurso pertenecen a distintas estructuras de la administración de justicia. Coincidimos con la pertinencia de la disquisición, no obstante, destacamos que Sabater emplea acción y pretensión como términos indistintos, lo cual nos parece un desacierto que incrementa la confusión entre ambos conceptos más aún en sede nacional; el término -acción está referido al derecho al ejercicio de la actividad jurisdiccional (o el poder de exigir ese ejercicio)⁽⁵⁵⁾ y el de rescisión a la pérdida de efectos jurídicos. De ahí que, nos inclinemos a emplear en caso de oposición al laudo arbitral la expresión pretensión impugnatoria, acuñada por Monroy Gálvez, pretensión que es la que se tiene por el solo acto de pretender, de solicitar, de pedir⁽⁵⁶⁾ e impugnatoria dado que objeta, refuta y solicita un nuevo examen de un acto procesal, o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque este, total o parcialmente⁽⁵⁷⁾.

Entendemos que los “recursos” de anulación y apelación en los arbitrajes de conciencia pretenden

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al Artículo 39.
2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.
5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.
6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.
7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1. La anulación parcial procederá solo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo.

(51) CARNACINI, Tito. *De Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1961. p. 198.

(52) LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 6ta. edición. Parte especial. Tomo II. Santa Fe de Bogotá: Dupré, 1993. p. 661.

(53) ARRARTE, Ana María. *Op. cit.*; p. 35.

(54) SABATER MARTÍN, Aníbal. *¿Qué es impugnar un laudo?* En: *Cuadernos Procesales*. Año IV. Número 16. México, 2002. p. 24.

(55) CINTRA, Antonio y otros. *Teoría Geral Do Processo*. Sao Paulo: Malheiros Editores. 1997. p. 249.

(56) RAMÍREZ, Carlos. *La pretensión procesal*. Bogotá: Temis. 1986. p. 4.

(57) MONROY GALVEZ, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*. En: *Ius et Veritas*. Año III. Número 5. Lima, 1992. p. 21.

someter a control las decisiones de las autoridades arbitrales. Pero, ¿cómo fiscalizar tales criterios? ¿No sería un contrasentido dilatar aún más la solución de sus controversias?

Si entendemos que el árbitro emplea el criterio de equidad, es decir, una serie de factores económicos y morales, tendencias y aspiraciones vivas en la sociedad⁽⁵⁸⁾, ¿cómo calificar su decisión? Consideramos que la respuesta se haya en la debida motivación, la cual no se limita solo a analizar lo que ocurre más allá del derecho positivo sino que el apostar por un arbitraje de conciencia también supone que el árbitro cuente con las normas del derecho positivo como referente. Esto habilita no solo a los concedores en leyes sino también a gente ayuna de estudios jurídicos⁽⁵⁹⁾. Lo que evidencia la necesidad de las partes de exigir un alto grado de confianza o credibilidad en sus árbitros, no les exigirán la “confianza” que les generaría un juez designado de conformidad con las reglas generales de la competencia.

Respecto del mayor tiempo demandado, acudir a sede arbitral supone agilizar la solución de sus controversias, obtener un resultado comparativamente más eficiente en términos de tiempo, dinero y esfuerzos que los que obtendría en sede jurisdiccional, esto no supone de modo alguno, desconocer los principios que rigen cualquier proceso, por ejemplo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino solo flexibilizarlos en miras de satisfacer sus intereses. Una suerte de control a la motivación de los árbitros se observa en una práctica de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en la que “los árbitros deben someter su borrador de laudo a la consideración de la propia Cámara, la cual, tiene la potestad de introducir modificaciones antes de que el borrador se convierta en un verdadero laudo”⁽⁶⁰⁾, esto supone una doble supervisión, para sus defensores, es garantía de mayor coherencia en el razonamiento que se halla detrás de la motivación del futuro laudo arbitral⁽⁶¹⁾, así entienden que el contenido de este no se tornaría una verdad irrefutable sino que podría ser sometido a las modificaciones pertinentes a través de mecanismos preestablecidos; se generarían menores riesgos de contravención del laudo y, en consecuencia, se reducirían las posibilidades de

crecimiento de la carga procesal de los jueces al no trasladarse la discusión a este foro. Discrepamos por lo antes dicho, de tales postulados y sostenemos que los “beneficios” a obtener desnaturalizarían elementos de la institución del arbitraje de conciencia como la agilidad y la confianza.

Seguidamente, nos detendremos a observar y destacar particularidades de otros ordenamientos. En el alemán, el procedimiento arbitral concluye a través del laudo (incidental y el propiamente dicho); cuando el árbitro dicta un *Beschlub* (auto) a consecuencia de que las partes acuerden la finalización del procedimiento o se abstengan de proseguir con la tramitación del mismo, etcétera⁽⁶²⁾.

Respecto del primer supuesto, cabe precisar que: (i) *zwichenschiedsspruch* o laudo incidental es el dictado por los árbitros cuando de oficio o a instancia de parte comprueban la ausencia de algún presupuesto de personalidad en los litigantes; y, (ii) *schiedsspruch* o laudo propiamente dicho, es el firme y productor entre las partes de efectos de cosa juzgada, por lo cual, no puede ser jamás recurrido. No obstante, se cuenta con *aufhebungsantrag* o solicitud de rescisión que faculta la tramitación de un nuevo proceso⁽⁶³⁾.

La solicitud de rescisión supone dos motivos: (i) falta de arbitralidad de la controversia: la ley aplicable es la alemana; y, (ii) que el laudo -o su eventual ejecución- vulnere el orden público alemán. Respecto al último punto, cabe indicar que la ZPO titulado “*Schiedsrichterliches Verfahren*” o del procedimiento arbitral no da indicación alguna de lo que debe entenderse como contrario al orden público⁽⁶⁴⁾. Esta misma ausencia se presenta en nuestra LGA en cuyo artículo primero, inciso tercero se indica que puede promoverse un proceso arbitral excepto “(...) las que interesan al orden público”.

Dada la relevancia del inciso citado y en tanto causal de anulación del laudo arbitral, creemos pertinente esclarecer el término a través de nuestra adhesión a la definición de normas de orden público que establece Galgano según la cual, “el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento, a diferencia de las

(58) CALAMANDREI, Piero. *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad*. En: *Estudios sobre el proceso civil*. p. 73.

(59) *Ibid.*; p. 88.

(60) *Ibid.*; p. 27.

(61) CARNACINI, Tito. *Op. cit.*; p. 228.

(62) SABATER MARTÍN, Aníbal. *La impugnación del laudo en Alemania*. En: *Cuadernos Procesales*. Año IV. Número 16. México, 2002. p. 31.

normas simplemente imperativas puestas para tutelar los intereses generales⁽⁶⁵⁾.

En Italia, no se sugiere al orden público como límite de la decisión arbitral -en el laudo arbitral nacional-, pero en el laudo extranjero si lo aparece; su violación da lugar a la invalidez del laudo. En materia de normas de orden público, consideramos recomendable que no exista intervención arbitral mas sí jurisdiccional pues dado los bienes en juego debería restringirse al juez una actuación válida. Asimismo, resultaría aconsejable que en sede arbitral se aplicase la solución que otorga De la Puente al artículo V del Título Preliminar del Código Civil según la cual, se establece la nulidad del acto jurídico contrario a las normas legales de carácter imperativo (entre las cuales se encuentran las relativas al orden público) y a las buenas costumbres, con lo cual todos los actos jurídicos contrarios tanto a las leyes de orden público como a las normas imperativas que no obedecen al orden público, serían nulos⁽⁶⁶⁾. Otra disposición que compartimos con el ordenamiento alemán es la del carácter ejecutivo del laudo vía intervención judicial. La cual, certifica que la decisión de los árbitros cumpla con todos los requisitos necesarios⁽⁶⁷⁾. Sin lugar a dudas, esta y la anterior previsión garantizan -a los que someten sus controversias en sede arbitral- una decisión más próxima a estándares compartidos de equidad para el caso concreto.

En el ordenamiento italiano, las normas dedicadas al arbitraje se contienen no en una norma especial, sino en la Ley General de Procedimiento Civil denominada *Codice di Procedura Civile*. Su artículo 822 establece que “(...) la decisión de los árbitros tiene lugar según las normas de derecho, salvo que las partes los hayan autorizado con cualquier expresión a pronunciarse según equidad”; semejante solución es la acogida, como hemos señalado, en el artículo 3 de nuestra LGA: “(...) salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia” y el artículo 829, consigna al arbitraje de equidad.

Luiso sugiere siguiendo a Fazzalari que la impugnación del laudo de equidad diverge de la impugnación del laudo según derecho en que la equidad constituye la medida de la decisión y no de la

actividad de ahí que, resulta no impugnabile por errores *in iudicando* o en el proceso. La solución está en el sentido del poder-deber de utilizar la medida equitativa; es decir, los árbitros tienen el deber de valorar la decisión de la controversia bajo el perfil de la equidad y pueden luego del resultado de la valoración establecer que no hay razones equitativas para alejarse del derecho, pero no pueden hacerlo donde no les sea expresamente permitido por las partes⁽⁶⁸⁾. Lo anterior, nos permite comprender -como lo señalamos en el punto referido a la motivación- que nada impide a los árbitros de conciencia resolver según derecho si se produjese una coincidencia entre ambos criterios, más aún si consideramos que la norma trae en sí el juicio de equidad del legislador en el momento de su formulación. ¿Qué sucedería si las partes decidieran someter su controversia a un arbitraje de equidad y los árbitros resuelven según derecho y si decidieran someter su controversia a un arbitraje de derecho y los árbitros resuelven según equidad?

Resulta claro que, en el primer caso, tal como sugiere Luiso, la afirmación de los árbitros es irrelevante, lo que cuenta es que el laudo esté conforme a derecho y en el segundo caso, habría que controlar que los argumentos que motivan el laudo adopten una decisión equitativa que podría coincidir con normas de derecho.

3.4. Régimen de aplicación de normas

La decisión de los particulares, ante un conflicto de intereses, de optar por el arbitraje, reposa en una serie de ventajas ya mencionadas, como son la celeridad, especialidad, confidencialidad, etcétera; todas ellas son, como ya es sabido, cualidades que nuestra administración de justicia ordinaria no precisamente posee. No obstante, los particulares, al celebrar un contrato e incluir en él un convenio arbitral -señalando en este desean un arbitraje de conciencia- pueden estar pensando en algo más: un régimen distinto de aplicación de normas para la resolución del conflicto al que puedan llegar.

Una primera aproximación a este tema nos obliga a hacer un deslinde: no hay que distinguir entre el régimen normativo en el arbitraje de conciencia y la materia arbitrable. Mientras que la primera cuestión da cuenta de una problemática normativa, en el sentido

(63) *Ibid.*; p. 34.

(64) *Ibid.*; p. 37.

(65) DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato. Para leer el Código Civil*. Volumen XI. Tomo I. p. 282.

(66) *Ibid.*; p. 285.

(67) *Ibid.*; p. 39.

(68) LUIISO, Francesco. *L'impugnazione del lodo di equità*. En: http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm

de hacer necesario una identificación de qué tipo de normas son las que puede válidamente un árbitro de conciencia dejar de aplicar al momento de emitir el laudo, el segundo tópico pretende responder a la pregunta sobre qué tipo de controversias se pueden ventilar en este mecanismo privado de resolución de conflictos.

Con respecto al segundo tópico, el artículo 1 de la LGA contiene una serie de materias que no pueden someterse a arbitraje. Sobre esto no cabe discusión alguna, excepto por aquella cuestión que se refiere a la inarbitrabilidad de las controversias que interesan al orden público.

El criterio impuesto por el legislador para discutir controversias en sede arbitral es que sean aquellas sobre las cuales las partes tienen la facultad de libre disposición⁽⁶⁹⁾. Cuando se alude a “facultad de libre disposición” ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tal concepto para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez puede celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase⁽⁷⁰⁾.

En ese sentido, Cantuarias y Aramburú han puntualizado aquellos temas que normalmente no pueden ser materia de arbitraje, los cuales se detallan a continuación:

a) Cuestiones que atentan contra la moral y las buenas costumbres. Craig, Park & Paulsson, hacen referencia a un fallo decidido en el año de 1982 por la

Cámara de Comercio Internacional (CCI) en donde los árbitros determinaron que todo contrato contrario a la moral o a las buenas costumbres es nulo, agregando que este principio es reconocido en todos los países y sistemas jurídicos⁽⁷¹⁾.

b) Reclamaciones vinculadas a delitos o faltas. Todo tema referido al juzgamiento por actos u omisiones que conlleven alguna sanción de tipo penal escapa del conocimiento de los árbitros, siendo de competencia exclusiva de los tribunales estatales⁽⁷²⁾.

c) Integración y modificación de contratos. Dependerá de la legislación aplicable para saber si temas referidos a la integración y/o modificación de un contrato pueden o no ser arbitrados. Así por ejemplo, Craig, Park & Paulsson⁽⁷³⁾ explican que países como los Estados Unidos de Norteamérica, Argelia e Israel permiten a los árbitros el conocer de estos temas, mientras Bélgica y España lo prohíben, siendo incierta la respuesta tratándose de Grecia y Francia.

d) Patentes y marcas (Derecho industrial). Normalmente toda controversia referida a la validez de las patentes y marcas no pueden ser arbitradas, ya que está en juego el interés público⁽⁷⁴⁾, siendo contados los casos, como los Estados Unidos de Norteamérica, donde se permite que las parten arbitren en este tipo de cuestiones⁽⁷⁵⁾.

e) Quiebras. Normalmente los estados basados en razones de interés público reservan a favor del Poder Judicial el conocimiento de cualquier controversia vinculada a una quiebra⁽⁷⁶⁾. Así por ejemplo, el Código de Quiebras Federal Norteamericano le otorga a la Corte de Quiebras, jurisdicción exclusiva respecto de toda controversia relacionada con dicha materia⁽⁷⁷⁾.

(69) Artículo 1. Disposición general. Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrase sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del estado, o de personas o entidades de derecho público.

(70) CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*; p. 191.

(71) *Ibid.*; p. 139.

(72) *Ibid.*

(73) *Ibid.*; p. 141.

(74) STERK, Steward E. *Enforceability of agreements to arbitrate: An examination of the public policy defense*. En: *Cardozo Law Review*. Volumen 2. Número 2. Benjamín Cardozo School of Law. 1981. p. 512, citado por CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. *Op. cit*

(75) *Ibid.*

(76) *Ibid.*; p. 142.

f) Cuestiones referidas al Derecho Laboral. Muchos países rechazan la posibilidad de que se arbitren cuestiones vinculadas al Derecho Laboral, ya que normalmente las disposiciones laborales son dictadas para proteger los derechos de los empleados u obreros, por lo que al no ser derechos de libre disposición, compete su conocimiento al Poder Judicial o a un órgano administrativo⁽⁷⁸⁾.

g) Cuestiones referidas al estado o la capacidad civil de las personas. Requejo⁽⁷⁹⁾ se refiere a este punto de la siguiente manera: “Se puede sostener, en principio, que descansando la institución de arbitraje en la autonomía con que el ordenamiento faculta a las partes para integrar los términos de las relaciones jurídicas que tengan a bien establecerse entre sí, debe excluirse la posibilidad de arbitraje sobre todas aquellas cuestiones respecto de las cuales carecen las partes de facultades dispositivas por afectar a su estatuto personal, esto es, al marco normativo unilateralmente impuesto por el Estado al objeto de prefigurar la situación jurídica de los individuos habilitados para actuar en el ámbito del ordenamiento”.

Como criterio general puede decirse que la ley excluye por excepción del conocimiento de los árbitros aquellos asuntos de orden público que interesan a la sociedad, o los que salen del marco estricto del derecho privado. La restricción legal ha sustraído del conocimiento de órganos ajenos a los de la jurisdicción del Estado, las controversias en las que se debaten derechos sobre los cuales los particulares no tienen facultades de disposición⁽⁸⁰⁾.

No obstante lo expuesto, los particulares podrían tener preferencia por el arbitraje de conciencia en algunos casos, es decir, hay controversias que por su origen, necesitan ser resueltas con otros criterios o analizadas desde otra óptica. Para ello, el arbitraje de conciencia podría ser el instrumento ideal para encontrar soluciones acordes con lo deseado por las partes.

De Trazegnies aporta algunos ejemplos que podrían incentivar a los particulares a elegir el arbitraje de

conciencia sobre el arbitraje de derecho. Sostiene que el arbitraje de conciencia goza muchas veces del favor de los hombres de negocios. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo⁽⁸¹⁾.

También argumenta que se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre las varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes⁽⁸²⁾.

Por último, señala que se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas de Derecho de Obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión⁽⁸³⁾.

En consecuencia, se puede someter cualquier tipo de controversia a un arbitraje de derecho y de conciencia, existiendo ciertos casos que incentivarían a optar por este último, en mayor medida, ya que, se podrían obtener mejores soluciones ante casos que, por su origen o peculiaridad, necesitan ser resueltos desde otro punto de vista.

Como vemos, este artículo se refiere, como su mismo nombre lo dice, a materias que son de orden público y no a controversias que, siendo disponibles, tocan también a alguna norma que interese al orden público.

A diferencia del arbitraje de conciencia, cuando estamos ante un arbitraje de derecho, el árbitro debe resolver según el derecho aplicable, es decir las normas positivas. En el sentido en que se aplique la norma será parte del fondo de la controversia y podría eventualmente ser materia de un recurso de apelación,

(77) HOELLERLING, Mich. *Arbitrability of Disputes*. En: *The Business Lawyer, American Bar Association (ABA)*. Volumen 41. Número 1. 1985. p. 138, citado por CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. *Op. cit.*

(78) *Ibid.*; p. 143.

(79) REQUEJO PAGES, Juan Luis. *La nueva configuración del arbitraje*. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Volumen 5. Civitas, 1988-1989. p. 56, citado por CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. *Op. cit.*

(80) CAIVANO, Roque. *Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. p. 125.

(81) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia*. En: *Ius et Veritas*. Número 14. Lima, 1996. p. 116.

(82) *Ibid.*

(83) *Ibid.*

pero lo que sí es seguro es que siempre tendrá como referente y límite el derecho positivo.

Sin embargo, ¿es lo mismo cuándo operamos en un arbitraje de conciencia? El mismo árbitro puede resolver según su leal saber y entender, lo que nos trae al escenario de que este árbitro puede perfectamente no aplicar el ordenamiento vigente, es decir el derecho positivo. Ahora bien, ¿si las formalidades procesales y las disposiciones concernientes a la materia controvertida (entre las que se encuentran las normas imperativas y las de orden público) están finalmente contenidas en normas, el árbitro de conciencia puede válidamente inaplicar tanto estas como aquellas?

El tema referido a la aplicación de normas en el arbitraje de conciencia creemos que pasa por dos puntos. En primer lugar el tópico referido a la aplicación de normas procesales en el arbitraje de conciencia y, en segundo término, el régimen normativo aplicable al fondo de la controversia.

En cuanto al régimen procesal es bueno partir desde el inicio. Tenemos un conflicto de intereses y el árbitro es un tercero facultado por las partes, y también por el ordenamiento, para resolverlo. Este conflicto también puede ser ventilado de otra forma, que sería la forma ordinaria, es decir la forma judicial. En esta vía judicial es lógico que el juez no pueda contravenir las normas procesales porque estas normas expide el Estado y este (que también es el juez) no puede atentar contra él mismo. Esta sería la norma en sede judicial. En el arbitraje en cambio, esta norma cambia, es el espacio privado por antonomasia. Dentro de este régimen los privados pueden disponer de sus derechos y sus bienes como crean conveniente, porque están facultados para ello. En efecto, un propietario de un carro puede decidir destruirlo. Entonces si uno puede, mediante este acto, renunciar a su derecho de propiedad, la pregunta es: ¿puede renunciar a los derechos procesales que sirven para ejercitar los derechos denominados “sustantivos”? Es decir, ¿la posibilidad de renuncia a los primeros lleva implícita la misma prerrogativa para los segundos? Este es el gran punto.

En sede procesal, en realidad el arbitraje de derecho y el de conciencia solo se diferencian al momento del laudo, no se diferencian en el proceso. Ambos arbitrajes permiten que el árbitro lleve a cabo el proceso de manera independiente, peculiar, *ad hoc*. Por ejemplo, pueden establecer plazos distintos a los del Código Procesal Civil, pueden prescindir de algunas

audiencias, pueden establecer que las cuestiones previas tan importantes como son su propia competencia o la nulidad del convenio arbitral puedan ser vistas al momento del laudo, la competencia del árbitro también puede ser vista al momento del laudo, etcétera.

La posición tradicional respecto de la aplicación de las normas procesales sostiene que estas, a diferencia de derechos “sustantivos” como el de propiedad, no son disponibles para las partes. En efecto, el ordenamiento jurídico es como un telón de fondo cuyos principios, de aceptación universal, atraviesan toda las esferas de lo jurídico, incidencia que tiene la misma intensidad en cualquier campo, llámese este procesal, civil, etcétera. Se dice pues, que en un estado de derecho, como es el nuestro, existen normas que se han desarrollado a través del tiempo y que han llegado a constituirse en principios universales, de carácter imperativo y que incluso están recogidos en la Constitución. Nadie puede generar un espacio que esté fuera de este sistema, sustraerse de este régimen, nadie puede sustraerse del debido proceso y de las garantías que protegen a todo ciudadano por el hecho de serlo⁽⁸⁴⁾.

Parece ser entonces que en este estado de derecho, en principio, todos los procesos deberían ser iguales. Analicemos el supuesto. En principio todos gozan de tutela jurisdiccional efectiva, es decir de la posibilidad de acceder a órganos creados por el Estado y que tienen la facultad de proveer una decisión para solucionar una controversia. Bajando un nivel tenemos al debido proceso, que es un derecho complejo y que asegura al ciudadano que cualquier proceso en el cual se vea sometido cuente con unos requisitos especiales que garanticen justicia. Bajando de nivel, este derecho al debido proceso, como es complejo, protege otros derechos -todos ellos reconocidos en la Constitución (directa o indirectamente)- entre los cuales tenemos: (i) el derecho al juez natural; (ii) a no ser desviado de la jurisdicción ordinaria previa; (iii) derecho a probar; (iv) derecho a una decisión motivada; (v) derecho a la doble instancia; (vi) a ejecutar la decisión, etcétera.

Sin embargo, y esto es fácilmente apreciable, no todos estos principios se aplican por igual, no necesariamente en todos los procesos apreciamos mecanismos que garanticen el acceso a todas las manifestaciones de estos principios, es decir, en términos concretos, no en todos los procesos se puede

(84) CHILLON MEDINA José M. y José F. MERINO MERCHAN. *Tratamiento de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Civitas. 1978. p. 82.

llegar a la Corte Suprema, no en todos los procesos se puede reconvenir, no en todos los procesos se puede recusar, no en todos los procesos se puede ofrecer pruebas. El proceso de conocimiento en definitiva no es igual al proceso de ejecución de garantías, como es también diferente al proceso abreviado, o a un proceso ante el Jurado Nacional de Elecciones, etcétera.

Las sustanciales diferencias que se aprecian, se dice, radican en la diferencia de las pretensiones. No es lo mismo demandar una pretensión, que demandar otra. Y en realidad es lógico que esto sea así. Es absolutamente razonable establecer diferencias cuando se trata de pretensiones distintas. Un proceso se diferencia de otro en la exclusión de derechos procesales, algunos procesos tienen estos derechos y otros no, y nadie se ha escandalizado de que esto sea así. Nadie ha dicho, por ejemplo, que un proceso de conocimiento tiene “más debido proceso” que uno de ejecución de garantías.

Si como vemos, existen diferencias que se presentan en el mismo fuero, es lógico que se presenten también diferencias si hablamos de fueros distintos, y aquí entramos propiamente al arbitraje. En efecto, lo primero que debemos tener en cuenta al abordar el arbitraje es que se trata de un régimen especial, de un fuero distinto. La Constitución lo ha llamado un régimen de excepción; se trata de un fuero excepcional con reglas especiales, con reducción drástica de las garantías básicas que caracterizan a nuestro sacrosanto “debido proceso” y sin embargo está aceptado.

La Constitución Política ha creado y permitido la regulación de este fuero, al que se llega mediante el convenio arbitral, que genera lo que se denomina el efecto negativo de jurisdicción. Y es “negativo” en tanto que a través de él se renuncia a la jurisdicción ordinaria y con ello a todo el “paquete de normas” que le es inherente.

El convenio arbitral, es un acto grave, que no se presume; con él estamos renunciando a nuestro derecho al juez natural, estamos renunciando al derecho a tener una jurisdicción predeterminada, a la defensa cautiva, al derecho a la doble instancia, etcétera. El derecho a la jurisdicción estatal es entonces un derecho renunciante.

Para terminar de entender este discutido tema, hay que tener en cuenta, de que estas “normas procesales” de las que estamos hablando, son las normas procesales judiciales. Efectivamente en este escenario,

estas normas no se pueden derogar por las partes, sería absurdo que sea así. Pero en sede arbitral, a la cual se llega mediando la renuncia a la jurisdicción ordinaria, que como ya dijimos es el convenio arbitral, estas normas son, en principio, las que las partes decidan. Los particulares han querido, por los motivos que fuera, excluirse de la protección que provee el Estado para someter su controversia, con sus propias reglas.

Por último, siguiendo a Lorca diremos que ni los árbitros se hallan en la planta judicial ni en lo procesal se encuentran sujetos a las normas del Código Procesal Civil⁽⁸⁵⁾.

En cuanto a la problemática referida al régimen de normas que conciernen al fondo de la controversia, la situación se complica aún más, pues si bien hay puntos en la doctrina que son pacíficos, lo cierto es que hay tantas apreciaciones sobre el particular como autores existen.

Nuevamente, es preciso recordar que el arbitraje tiene como deseo gozar de todas las ventajas que no tiene el mecanismo heterocompositivo tradicional, es decir, el judicial. Y justamente esta cualidad estriba en tener un proceso no solamente alejado del formalismo característico del Poder Judicial, sino gozar de un fuero distinto, en todo el sentido de la palabra. Las partes, cuando optan por un arbitraje de conciencia, desean que este tercero, llamado árbitro, goce de prerrogativas fuertes, que lo faculten no solo a poder resolver sin las típicas ataduras procesales, sino, y lo que es más importante tal vez, a resolver la materia controvertida, sin recurrir a las normas estatales. Este paquete de “normas estatales” se refieren no solo a las normas procesales, como ya lo especificamos, sino sobretudoo a las normas relativas al fondo de la controversia.

Sobre esta base, creemos apropiado indagar qué dice nuestra legislación respecto a la materia arbitrable. El artículo 1 de la Ley General de Arbitraje ya glosado, señala que podrán ser materia de arbitraje todas aquellas controversias sobre las cuales las partes tengan libre disposición.

4. Reflexión final

Como se ha podido apreciar, el arbitraje de conciencia implica de alguna manera promover el arbitraje, y esto se logra a través de mecanismos que lo hagan más flexible. El Estado ha permitido que los particulares puedan renunciar sobre sus derechos

(85) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Algunas Propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje*. En: *Advocatus. Nueva época*. Número 7. Lima, 2002. p. 30.

disponibles, ingresando a un régimen donde los derechos van a ser controvertidos de forma especial, con lo cual algunos requisitos establecidos por la ley para el proceso ordinario y el arbitraje de derecho no serán de aplicación en el arbitraje de conciencia.

Sin embargo, la excesiva protección a la institución tampoco puede llevarnos a un régimen de desprotección para las partes, pues se debe intentar encontrar una solución que satisfaga sus intereses. La renuncia al proceso ordinario debe estar provista de una serie de garantías para los particulares a fin de que no se afecten sus derechos tales como: (i) una debida motivación; y, (ii) una debida valoración de las pruebas; con el propósito de que el árbitro de conciencia actúe con responsabilidad y no resuelva como le parezca.

Asimismo, si las partes, por lo demás, hubieran manifestado la voluntad de tener una decisión según

equidad, es decir someter su controversia a un arbitraje de conciencia, no surtirá entonces siquiera el problema de la búsqueda y la elección de la norma jurídica (salvo en cuanto a las reglas que tengan carácter imperativo o sean consideradas por la ley como indeclinables garantías de justicia desde el punto de vista del orden o del interés público) al permitirse un régimen de aplicación de normas distinto al del proceso ordinario, pues las partes tienen la facultad de escoger las reglas que podrán regir el proceso arbitral.

No obstante, el árbitro de conciencia no debería alejarse de los parámetros del derecho positivo para emplear lo que considera como justo, pues consideramos que el apostar por un arbitraje de conciencia también supone que el árbitro pueda tomar como referencia, para resolver la causa, las normas ordinarias.⁴⁵

CAFETAL
filmación