

Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia^(*)

Fernando de Trazegnies Granda
Abogado. Profesor de Historia del Derecho y Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. NOVEDAD DEL TEMA.

La Cámara de Comercio de Lima ha tenido la gentileza de invitarme a expresar en este seminario y me ha propuesto tratar un tema verdaderamente interesante, tanto por su importancia como por su novedad: la distinción entre el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad.

A alguno le puede llamar la atención que se diga que el arbitraje hoy llamado de consciencia, constituya una novedad. Es probable que se pretenda inmediatamente recordarme que en Roma el arbitraje tenía incluso más de arbitraje de equidad que de derecho pues Cicerón indicaba que era una forma de escapar al rigor de la ley y resolver así la cuestión *quantum aequius et melius sit*, es decir, en la mejor y más equitativa forma que sea. A su vez, el Derecho Común de la Edad Media reconoce la existencia de un arbitraje *ex aequo et bono*, en el que el árbitro extrae la conclusión atendiendo a lo que considera bueno y equitativo. Por otra parte, dentro del Derecho medieval español y especialmente en las Partidas de Alfonso el Sabio, se distingue entre los alcaldes **avenidores** que resolvían en Derecho y los alcaldes **arbitradores** que resolvían a su arbitrio. En el Derecho moderno, el arbitraje de equidad ha sido incorporado en casi todas las legislaciones, con diversos nombres: los franceses lo llamaron de «amigables componedores»; otras leyes hablan de «árbitros

arbitradores» debido a que gozan de un amplio arbitrio; nuestra ley actual lo llama «arbitraje de consciencia».

¿Dónde está, entonces, la novedad?

Pues bien, lo curioso es que, a pesar de contar con una tradición tan grande, es muy poco lo que se ha escrito y lo que se ha pensado sobre el arbitraje de equidad. Cada libro de arbitraje contiene unas pocas páginas sobre el tema que casi se reducen a repetir que, en este caso, el árbitro tiene una amplia facultad para resolver de acuerdo a su propio criterio: a su leal saber y entender, como lo dice el artículo 3 de la actual Ley General de Arbitraje. Y las propias leyes contienen muy pocas normas específicas sobre la materia.

Sin embargo, el arbitraje de consciencia tiene una importancia enorme en el mundo contemporáneo y actualmente ha adquirido una relevancia inusitada en nuestro país. Es preciso tener en cuenta que la Ley General de Arbitraje que ha entrado en vigencia en enero del presente año, invierte la relación entre el arbitraje de Derecho y el de equidad. Recordemos que, tradicionalmente, el arbitraje de derecho era la regla, mientras que el arbitraje de equidad era la excepción: si las partes no habían determinado el tipo de arbitraje, debía entenderse que era de Derecho. En cambio, el artículo 3 de la nueva Ley dispone que, salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de consciencia:

(*) La presente ponencia fue 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.

ahora, pues, el arbitraje de conciencia deviene en la regla y el arbitraje de Derecho en la excepción.

II. RAZONES PARA PREFERIR UN ARBITRAJE DE CONSCIENCIA.

En verdad, existen varias razones por las que las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de Derecho.

El arbitraje de conciencia goza muchas veces del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. 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.

Otras veces, 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.

También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del Derecho de Obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión.

III. EL CRITERIO DEL ÁRBITRO DE CONSCIENCIA.

1. Necesidad de un criterio objetivo.

Sin embargo, no todo son virtudes atractivas en el arbitraje de conciencia. También hay siempre el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

En Derecho, como en asuntos conyugales, es plenamente aplicable la vieja máxima romana que dice que a la mujer del César no le basta ser honesta sino que también tiene que parecerlo: los arbitrajes no sólo deben ser objetivos –incluso los de conciencia– sino que también tienen que parecer objetivos. Las partes deben sentir que no se han puesto en las manos de la emoción irracional de un buen señor sino que han entregado su controversia a alguien que ha utilizado criterios objetivos para pesar los argumentos y las pruebas de cada parte y que finalmente ha llegado a una conclusión razonada.

Pero, ¿cuáles son los criterios que el árbitro de conciencia utiliza? La ley peruana –y también un buen

número de tratadistas– responden con esa frase antigua que ya se ha vuelto un lugar común: el leal saber y entender. Sin embargo, esta fórmula claramente no es satisfactoria porque si decimos que el árbitro no puede ser arbitrario ni irracional sino que tiene que basarse en ciertos criterios objetivos o con pretensiones de objetividad, el leal saber y entender no da cuenta de estos criterios sino que, por el contrario, parece dejar todo en manos de la subjetividad del juzgador.

“ ... la equidad no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos, de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada ”

2. El círculo vicioso de la equidad.

Por ello, la doctrina avanza un paso más y nos explica que ese leal saber y entender se encuentra orientado por la idea de equidad. De ahí que este tipo de arbitraje haya sido llamado usualmente «arbitraje de equidad». Sin embargo, cuando queremos comprender mejor esta aparente explicación y saber en concreto lo que puede y no puede hacer este tipo de árbitro, nos encontramos dentro de un verdadero problema. Generalmente, la doctrina incurre en un círculo vicioso: el arbitraje de conciencia se dice, funciona conforme al leal saber y entender del árbitro; a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad; pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros, éstos consideran equitativo. Como puede verse, caemos en esta forma en un perfecto razonamiento circular: una suerte de calesita conceptual donde, a pesar de todas las vueltas que le demos, cada cierto tiempo pasan los mismos caballos de cartón.

Para complicar aún más las cosas, hay quien ha dicho que el arbitraje de conciencia admite dos variantes. Una que es calificada como «libre» en la que los árbitros laudan en favor de quien creen que tiene la razón y que podría ser la aplicación del leal saber y entender *in extremis*. La otra consistiría en

laudar de acuerdo a criterios de equidad; ésta sería denominada propiamente *ex aequo et bono* y ella trataría de evitar la injusta desproporción resultante de otorgar la razón total a quien objetivamente le pudiera asistir. Personalmente, discrepo de esta clasificación porque, de un lado, no creo en el puro leal saber y entender ya que me resulta muy cercano a la arbitrariedad. Francisco García Calderón advertía que a veces es muy difícil de distinguir la propia equidad de la arbitrariedad; pero que hay que hacerlo porque la arbitrariedad es extremadamente peligrosa⁽¹⁾; ¡cuánto más peligrosa puede resultar una aplicación libre del leal saber y entender! De otro lado, tampoco entiendo que se oponga la justicia a la razón cuando se habla de una injusta desproporción que produce la razón. En verdad, si hay desproporción, no hay justicia, si no hay justicia no hay equidad y si no hay equidad no hay razón.

Esto nos lleva necesariamente a realizar una indagación mayor en la naturaleza de la equidad para salir de ese *impasse* desorientador en el que nos ha sumido la implicancia recíproca entre equidad y leal saber y entender. Tal indagación debe asumir dos caminos principales: de un lado, es preciso aclarar el concepto de equidad; de otro lado, hay que traducirlo operativamente, analizando sus consecuencias tanto en los aspectos de fondo del litigio como en los aspectos procesales.

3. Repensando el concepto de equidad.

Si decimos que la diferencia entre el arbitraje de conciencia y el de Derecho se encuentra en el papel que la equidad cumple dentro del primero, podemos encontrarnos con una dificultad complicada respecto de la noción misma de Derecho.

Porque ¿acaso el Derecho no es siempre, como decían los antiguos, *ars boni et aequi*? El Derecho ¿no es el arte de lo bueno y lo equitativo? Así planteadas las cosas, parecería que todo arbitraje –como todo juicio– sería *ex aequo et bono* y, por consiguiente, la identidad conceptual del arbitraje de conciencia desaparecería: ya no tendríamos cómo distinguir entre los dos arbitrajes, ya que ambos utilizarían la equidad como instrumento de realización de los fines del Derecho.

En principio, es cierto que la equidad no es sino una forma de realizar la justicia; y el Derecho tiene como objetivo la realización de la justicia. Por consiguiente, justicia y equidad e incluso Derecho y equidad no son términos opuestos sino que la justicia involucra a la equidad dentro de ciertas circunstancias: la equidad es un momento en la dialéctica de búsqueda de la justicia.

Quizá podríamos decir que la justicia es normalmente realizada mediante la aplicación de la ley. Pero, en ciertas circunstancias, la generalidad de la ley puede llevar a una injusticia respecto del caso concreto. Recordemos cómo Aristóteles explica esta paradoja: «La causa de esta diferencia», decía el Filósofo, «es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales»⁽²⁾. De manera que la equidad se instituye como un camino para buscar la justicia en lo particular, de la misma manera que la ley busca la justicia en lo general.

El gran problema que se presenta a continuación es la definición de la justicia misma. Si al querer precisar la equidad hemos encontrado que ella se define por la justicia, no podemos escapar a una cierta precisión de lo que es justicia para lograr una perspectiva más concreta del arbitraje de conciencia.

Es así como, para algunos, la equidad consiste en superar las interpretaciones provisionales del Derecho positivo y recurrir a un Derecho superior a las leyes estatales⁽³⁾. Personalmente, creo que hay que tener mucho cuidado con este planteamiento porque puede suponer una desesperanzada búsqueda del absoluto, planteando la existencia de un Derecho superior, inmutable y perfecto, de contenido y formulación desconocidos.

Porque, ¿qué es la justicia absoluta?, ¿qué es lo justo en términos universales?, ¿de qué estamos hablando cuando hablamos de justicia? Ya Kelsen hizo en alguna ocasión el ejercicio de revisar las principales nociones absolutas de justicia bajo su forma de «Derecho Natural», tales como el *suum cuique tribuere*, la justicia del término medio o *mesotes*, el imperativo categórico kantiano, el principio de retribución y el principio de igualdad, las máximas «A cada uno según su trabajo» y «A cada uno según sus necesidades» y

(1) GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la legislación peruana. Tomo II. Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda. Lima, 1862, pág. 52.

(2) ARISTÓTELES. Moral a Nicómaco. L. V, capítulo X.

(3) BOISSESON, Matthieu de. Le droit français de l'arbitrage interne et international. GLN Editions, Joly, 1990, pág. 299.

muchas más⁽⁴⁾. Y aun cuando discrepemos de algunos de sus razonamientos, no podemos negar que su crítica es muy efectiva.

La necesidad de que los árbitros de conciencia anclen sus laudos en criterios objetivos no puede significar que deban navegar en los mares intelectualmente procelosos del conocimiento absoluto, que deban partir en busca de la Isla del Día Anterior, como diría Eco, en busca de esas tierras donde pretenden encontrar los criterios eternos e inmutables de justicia, que existirían antes que el Derecho mismo y desde las cuales el Derecho se construye. Así como no creo que exista el comienzo de la circunferencia o de la esfera, tampoco creo que exista un punto fijo conceptual a partir del cual se desarrollan los diferentes Derechos positivos.

Pero si no podemos remontarnos a un Derecho eterno y universal, ¿cómo podemos encontrar un punto de apoyo externo a la ley que nos permita fundar la equidad?

En realidad, adherir a una teoría relativista de los valores, pensar el mundo a partir de perspectivas, no es pensar que los valores en general no existen, sino simplemente que no hay valores absolutos, eternos y universales.

De lo que no puede dudarse es que el Derecho no se reduce a las normas legales y que éstas no son un fin en sí mismo: hay una idea de Derecho que tiene cada sociedad; que no es por tanto ni inmutable ni universal, pero que existe detrás o más allá del Derecho positivo, de cada Derecho positivo.

Dentro de este orden de ideas, creo que, en una sociedad moderna constituida en torno a la libertad, en la interpretación por equidad debe primar la voluntad de las partes, tal como ha sido expresada y como debe entenderse dentro del contexto. Por ello, el árbitro no puede desconocer, a nombre de la equidad, un acuerdo legalmente formado. Y tampoco puede, a nombre de la equidad, inventar un acuerdo que nunca ha existido. En otras palabras, la voluntad tiene que ser investigada y seguida por el árbitro; no puede ser forzada ni desnaturalizada.

Dentro del marco de lo dicho, el árbitro, sea o no de conciencia, no puede dejar de lado la voluntad de las partes e imponerles su propia voluntad o la voluntad de una sobre la otra. Hemos dicho que dentro de la sociedad moderna no existe un criterio objetivo de justicia; por consiguiente, en la práctica, justicia es ante todo el respeto y la realización de la intención o de la voluntad (como se prefiera llamarla) de quienes participan en el acto.

Por ejemplo, imaginemos una controversia sucesoria en la que varios herederos disputan sobre los términos de la partición de los bienes. El causante, bastante previsor, en su testamento dispuso que una determinada finca pasara a uno determinado de sus herederos, respetando las legítimas correspondientes. El árbitro que conozca el caso no puede asignar esa finca a un tercer heredero, sustituyéndose a la voluntad del testador; aunque tuviera muy buenas razones de comodidad jurisdiccional para hacerlo. Quizá si pudiera asignar esa casa a otro heredero o a un grupo de ellos, la partición sería más fácil y el laudo sería más equitativo. Pero, si la voluntad del causante es clara, el árbitro no puede sustituirse al testador y disponer de la herencia de manera distinta como lo quiso el difunto.

Por consiguiente, la equidad no es una mera emoción de justicia, no es un concepto vago e impreciso que no admite un desarrollo racional. La equidad, cuando menos desde la perspectiva moderna, es algo muy objetivo: la voluntad o intención de las partes. Esta voluntad debe ser aprehendida no solamente en cuanto lo que fue la expresión literal de ella a través del contrato sino persiguiendo su sentido profundo, el espíritu que animó a las partes y, más aun, procurando establecer no solamente lo que esa voluntad fue en los hechos sino también lo que esa voluntad o intención habría sido si ambas partes tuvieran –o habrían podido tener– la misma información sobre el negocio y las mismas habilidades y poderes de negociación.

Es debido a estas últimas consideraciones que la equidad también atiende a la naturaleza de las personas que entran en relación en un contrato. Imaginemos un caso arbitral en el que una importante firma ha vendido un terreno a un modesto campesino de los Andes con un documento que tiene ciertas fallas legales por ignorancia del comprador. Sin embargo, dado que se producen unos meses más tarde ciertas circunstancias que elevan el valor de la propiedad en ese lugar, la empresa aprovecha la ignorancia legal y económica de tal campesino y las fallas legales para presionarlo y hacerle suscribir un documento por el cual deja sin efecto la operación. Acto seguido, procede a vender el mismo terreno a un tercero a un precio bastante superior. En esta situación, podríamos pensar que la equidad y la conciencia nos llevan a considerar que el primer compromiso fue válido aunque incluso el campesino hubiera incurrido en defectos legales de contratación y a considerar igualmente que el documento que lo deja sin efecto no es válido aunque fuera legalmente perfecto; porque el campesino era la parte débil en

(4) KELSEN, Hans. «Justicia y Derecho Natural». En: *Crítica del Derecho Natural*. Editorial Taurus, Madrid, 1966.

razón de su incapacidad de contar con la información suficiente como para formarse una intención plena. Pero si la misma situación surge en el seno de la relación entre dos empresas modernas, una propietaria del terreno y la otra interesada en desarrollar una urbanización en ese lugar, no podemos decir que ninguna de las dos partes es débil ni que una de ellas careció de información adecuada porque, si efectivamente no tuvo el conocimiento de todos los elementos, fue sólo por su propia negligencia: en tal caso, si la empresa que compró el terreno más tarde firmó un documento dejando sin efecto la compra, razonando en conciencia o en equidad probablemente declararíamos válido este último acto.

Hablamos, pues, de una voluntad o intención racional que debe suponerse que está detrás de todo contrato. Pero al conocimiento de esta voluntad de las partes no se llega mediante un impulso romántico ni con la ayuda de expresiones que constituyen lugares comunes y que, en el fondo, no quieren decir nada. Es necesario una investigación por así decirlo «científica», que aclare al árbitro lo que las partes en el fondo quisieron establecer, las obligaciones que esas partes quisieron crear y respetar.

IV. LA EQUIDAD EN LA SOLUCIÓN DEL FONDO DEL LITIGIO.

1. Equidad y ley.

Entendida así la equidad, como la realización más verdadera, completa y equilibrada de la voluntad de las partes, es preciso colocarla en operación y determinar los alcances del arbitrio del juzgador que tiene que decidir sobre estas bases.

En particular, la doctrina tiene que establecer los términos de la relación entre ley y equidad. ¿Se trata de conceptos opuestos? ¿Son dos métodos incompatibles para encontrar la voluntad de las partes? ¿Puede desconocerse la ley fundándose en motivos de equidad? ¿Puede admitirse la libre voluntad de las partes aun cuando ésta sea ilegal? Todas ellas son preguntas complejas.

Pienso que la equidad no puede ser utilizada como un medio de interpretación que consistiría en dejar absolutamente de lado las reglas jurídicas bajo el

pretexto de que el «legalismo» no es apto para encontrar soluciones equitativas⁽⁵⁾. Esto significaría que la ley es por naturaleza inequitativa, lo que equivaldría a decir que es injusta.

Pero la ley es uno de los métodos de que dispone el Derecho para encontrar el camino hacia la justicia; de ninguna manera puede decirse que la ley por naturaleza es injusta. En realidad, la ley y la equidad no son enemigas, lo justo legal y lo equitativo no son cosas contradictorias; la ley y la equidad son formas complementarias de acceder a la justicia; la equidad envuelve a lo justo legal, pero va más allá cuando ello es posible. Como decía Aristóteles, «Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia es que lo equitativo es todavía mejor»⁽⁶⁾. «Lo equitativo,» agregaba el Filósofo, «siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal».

La facultad de los árbitros de conciencia 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 conciencia 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 sólo con ese arbitraje de conciencia que parece ofrecer una justicia inocente y paradisiaca. Pero eso no es así, porque el Derecho constituye un poderoso instrumental teórico y normativo para descubrir lo justo en el seno de lo real.

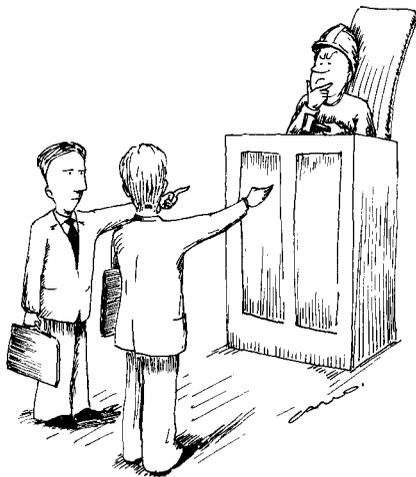
Casi podríamos decir que la equidad no es propiamente una abstención del uso de la ley sino un esfuerzo por llegar a una interpretación razonable de la ley dentro de circunstancias muy concretas. Por eso, en vez oponer ley y equidad e incluso Derecho y equidad –en tanto que se distingue radicalmente el arbitraje de Derecho del arbitraje de equidad– me gusta más decir con Matthieu de Boissésón que la equidad es una tentativa de superación del Derecho a nombre del Derecho mismo⁽⁷⁾. Pero yo agregaría que no es una superación en nombre no de un Derecho

(5) BOISSESON, Matthieu de. Op. cit., pág. 298.

(6) ARISTÓTELES. Op. cit. L. V, capítulo X.

(7) BOISSESON, Matthieu de. Op. cit., pág. 299.

superior, eterno y universal, sino en nombre de la consciencia jurídica (en sentido lato) de un pueblo, en nombre de la noción que tiene ese pueblo de lo que es justo en circunstancias determinadas y en relación con valores comúnmente aceptados. Claro está que la definición de «pueblo» tiene aquí también varios bemoles y quizá no debemos entenderla como un conjunto de creencias o convicciones uniformemente establecidas en la sociedad sino como una articulación de creencias diversas, cada una de las cuales rige para su propio grupo social o para ciertas áreas específicas de la actividad de la sociedad.



Lo importante entonces, consiste en que la equidad no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos, de manera que el árbitro disponga de 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 consciencia puede desprenderse del rigor estricto de la ley para buscar ese Derecho generalmente aceptado y aceptable dentro de una comunidad social determinada. Esto significa que el árbitro de consciencia, a diferencia del árbitro de derecho, puede salirse cuando quiera de la carretera de la ley y recorrer la comarca a campo traviesa. El poder de laudar en consciencia que le ha sido otorgado, le da una mucho mayor libertad.

Pero no debe olvidarse que, pese a todo, las carreteras son muy útiles y muchas veces permiten avanzar más rápido. Y, aun más, no debe olvidarse de

que incluso cuando nos apartamos de la ruta convencional y exploramos la zona cruzando campos, vadeando ríos y trepando montañas, hay un método de exploración que no nos abandona ni nos puede abandonar: el razonamiento jurídico, ya no apoyado en la letra de la ley sino en el espíritu del Derecho de nuestro tiempo, nos ayuda a atravesar los pasos y a ganar nuevas tierras antes desconocidas.

Por consiguiente, aun cuando el arbitraje de consciencia pueda independizarse relativamente de la ley, no puede renegar del Derecho: porque el Derecho es la forma técnica de manejar los conflictos sociales. Cuando le decimos a un ingeniero que nos construya una casa a su leal saber y entender no esperamos que abandone las matemáticas, no queremos que se olvide de las preocupaciones estructurales ni de la construcción antisísmica porque eso es fundamental en toda edificación y la ingeniería tiene un método y una ciencia a su disposición para darnos esa seguridad. De la misma manera, no esperamos que un árbitro de consciencia incurra en arbitrariedades ni emita laudos raros o internamente contradictorios, no esperamos que ese árbitro nos proporcione una opinión en el aire, sino que haciendo uso de las técnicas del Derecho pueda resolver el caso de una manera adecuada.

El Derecho es, en última instancia, orden; y la justicia es inconcebible fuera del orden. Porque la justicia es una forma de orden y porque para llegar a ella se requiere un cierto orden mental.

A este respecto, es interesante comprobar lo sucedido en el mundo anglosajón con la equidad. El fenómeno ocurrido es curioso y merece un estudio más profundo porque revela aspectos muy esenciales del razonamiento jurídico.

Frente a los rigurosos razonamientos de los tribunales comunes, se crearon en Inglaterra tribunales especiales —llamados «Cortes de Cancillería»— que administraban justicia atendiendo más a la equidad que a los principios legales estrictamente formulados del *common law* a través de los precedentes obligatorios. En estas cortes, los jueces se preocupaban en mayor grado de lo que era razonable antes que de lo que era legal. Sin embargo, el espíritu humano tiende a sistematizar y a ordenar. Y así, poco a poco, estos tribunales fueron creando una jurisprudencia que a su vez se hizo obligatoria en tales cortes de equidad. De esta manera, aun cuando las soluciones jurídicas de las cortes de equidad eran diferentes en cuanto a sus orígenes, a sus métodos y a sus teorías de las soluciones de las cortes de Derecho, en la práctica se sistematizaron por su cuenta y crearon una suerte de Derecho paralelo que también tenía un razonamiento estricto, una tradición y un rigor determinante.

2. ¿Se puede laudar *contra legem* en nombre de la equidad?

El caso más claro para fallar en conciencia es cuando existe un vacío legal o un vacío contractual: el árbitro suple este vacío a su leal saber y entender, guiado por la equidad. Pero hay otros casos en los que existe una ley aplicable y, sin embargo, parecería que el árbitro de conciencia puede excepcionalmente dejarla de lado, en nombre de la equidad.

¿Es posible fallar en equidad *contra legem*? ¿Puede el árbitro dar una solución directamente opuesta a la ley? ¿O puede el árbitro desconocer una ley de orden público?

Hay indudablemente normas de orden público que son intocables por los árbitros, al punto de que, si la controversia versa sobre su aplicación, la materia no es arbitrable. Éste es el caso, por ejemplo, de las normas sobre estado y capacidad civil de las personas o las normas penales, entre otras.

Pero aun cuando estemos dentro del campo de lo arbitrable, tropezamos a menudo con situaciones que contempladas desde la perspectiva de alguna ley de orden público no serían amparables; y que, sin embargo, nuestra conciencia nos lleva a olvidar la ilegalidad inherente a la situación y laudar como si el acto fuera válido, resolviendo en consecuencia directamente en contra de lo establecido por la ley con carácter imperativo.

Por ejemplo, una donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación de su valor real, bajo pena de nulidad, según lo dispone el artículo 1625 del Código Civil. Y es bueno que así sea porque ello proporciona seguridad al sistema. En otras palabras, es una buena política –insisto en la palabra «política»– que se exija la formalidad de la escritura pública; y cuando se legisla de manera general, cuando se redacta el Código Civil, debe sin duda establecerse una norma en tal sentido. Pero puede suceder que el árbitro de conciencia encuentre que en un caso específico, existe una donación cuya minuta no ha sido elevada a escritura pública; pero que está perfectamente acreditado que existió el ánimo de donar. En ese caso, el árbitro de equidad puede optar por considerar la donación como válida porque esa decisión particular no afecta la política general ni debilita la seguridad jurídica del sistema. Por el contrario, corresponde mejor a la voluntad de las partes.

Es posible, entonces, ir contra las normas de orden público cuando éstas se basan en razones de seguridad jurídica, que son determinantes cuando se legisla de manera general pero que pueden no estar presentes en un determinado caso concreto. Notemos cómo este planteamiento se ajusta perfectamente a la noción de equidad formulada por Aristóteles, ya que éste sostenía que la equidad consistía en corregir en el caso particular aquello de injusticia que pudiera resultar de la aplicación de una ley general: la diferencia de escalas entre lo general y lo particular puede en ciertos casos originar perturbaciones en la búsqueda de lo justo.

En este mismo sentido se pronuncia ese gran jurista del siglo XV, el jesuita Francisco Suárez, quien dice que cuando las leyes mandan o prohíben ciertas cosas para evitar inconvenientes y se demuestra que en el caso particular no existe tal inconveniente sino que, por el contrario, eso que manda o prohíbe la ley genera inconvenientes para alcanzar la justicia, entonces se justifica que se aplique la equidad antes que las normas de orden público del derecho positivo⁽⁸⁾.

V. LA EQUIDAD EN EL DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.

Ahora bien, la equidad no solamente altera la forma de encarar el problema de fondo que debe ser resuelto en el arbitraje, sino también plantea cuestiones relativas a los aspectos procesales del juicio arbitral.

1. Libertad del árbitro de conciencia para fijar las normas procesales.

Algunas legislaciones establecen que el árbitro de conciencia tiene amplia libertad para fijar las normas de procedimiento que regirán en la tramitación de la controversia. Aun más, se permite que el procedimiento de amigables compondores o arbitraje de conciencia se lleve de manera muy informal, prácticamente sin reglas previas. Así, por ejemplo, el artículo 802 del Código de Procedimientos de Argentina dispone que «Los amigables compondores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones oportunas, y a dictar sentencia según su saber y entender».

La ley peruana ha sido un poco más elaborada

(8) SUÁREZ S.J, Francisco. Tratado de las leyes y de Dios legislador. L. VI, capítulo VII.

en materia de procedimiento, aplicándose las mismas reglas bastante liberales tanto al arbitraje de conciencia como al de Derecho. En primer lugar, deja plena libertad a las partes para pactar las reglas a las que se sujeta el procedimiento o para someterse al reglamento de una institución arbitral⁽⁹⁾. En caso de que las partes no tengan acuerdo al respecto, los árbitros pueden decidir las reglas del modo que consideren más apropiado, atendiendo a la conveniencia de las partes⁽¹⁰⁾. Por último, si las partes no han dispuesto nada ni los árbitros han fijado las reglas dentro de los diez días siguientes a la instalación del tribunal arbitral, la controversia queda sometida a las reglas generales que se establecen supletoriamente en la Ley General de Arbitraje⁽¹¹⁾.

2. Motivación del laudo.

Pero quedan todavía algunos aspectos procesales que la doctrina discute. Entre ellos, se plantea la pregunta: ¿debe un laudo de conciencia ser fundamentado? ¿o es que, precisamente por basarse en la conciencia y no en un razonamiento jurídico, puede –y quizá debe– ser emitido sin motivación explícita?

Ya he indicado que un laudo de conciencia no es una decisión basada en la emoción, en la intuición o en criterios difusos y desorganizados. Como toda sentencia que pone fin a una controversia, 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. La equidad no es un sentimiento sino una razón; y esa razón no se opone sino que complementa a la razón jurídica. La única diferencia con el laudo de Derecho es que la racionalidad del arbitraje de conciencia excede, desborda, los canales estrictos de la ley positiva.

Por tanto, el laudo de conciencia está sujeto a una disciplina intelectual y a un razonamiento tan severos como el laudo de Derecho. Y precisamente, como se trata de una expresión del leal saber y entender del árbitro, es importante que se explicita la forma como se llegó a la conclusión: el razonamiento debe ser mostrado y demostrado a las partes de la controversia.

En consecuencia, el arbitraje de conciencia no sólo exige fundamentación sino que me atrevería a decir que tiene que ser más fundamentado que el de Derecho.

En el arbitraje de Derecho, el árbitro debe fundamentar dos cosas: su interpretación personal de la norma legal y la manera como entiende que los hechos del caso corresponden a la situación prevista por la norma. Pero no tiene que fundamentar ni defender la bondad o justicia de la norma positiva: basta citarla. La norma está ahí, nos guste o no nos guste.

En el arbitraje de conciencia, dado que el árbitro hace intervenir además criterios que no están necesariamente contenidos en una ley positiva, es preciso fundamentar también la bondad o la justicia de esos criterios; lo que nos lleva a que sea esencial en el arbitraje de equidad que el laudo contenga incluso una suerte de metajustificación que no es necesaria en el arbitraje de Derecho.

Esta necesidad de la fundamentación del laudo ha sido reconocida en Francia donde la jurisprudencia ha señalado que los árbitros de conciencia deben fundamentar sus laudos. En nuestra legislación actual sobre arbitraje existe también la obligación de fundamentar los laudos de conciencia, ya que la norma correspondiente dispone de manera expresa que este tipo de laudos requiere de «una motivación razonada»⁽¹²⁾.

3. La *litis contestatio*.

Una pregunta que frecuentemente se hacen las partes y los propios árbitros en los arbitrajes de conciencia es si el laudo puede resolver sobre puntos que no fueron planteados originalmente cuando se formó la *litis contestatio*.

Muchas veces, los litigantes que participan en este tipo de procedimientos sienten que han elegido el arbitraje de conciencia para sortear todo tipo de formalidades y tratar el asunto de manera más integral y directa. Por tanto, piensan que si se les ocurren nuevas pretensiones a lo largo del proceso que no habían visto en el inicio, éstas pueden ser planteadas y deben ser resueltas a fin de que el arbitraje resuelva el problema

(9) Artículo 33, párrafo primero, de la Ley General de Arbitraje.

(10) Artículo 33, párrafo segundo, de la Ley General de Arbitraje.

(11) Artículo 34 de la Ley General de Arbitraje.

(12) Artículo 51 de la Ley General de Arbitraje.

en su conjunto, sin dejar nada pendiente para un segundo juicio arbitral.

Como sabemos, la *litis contestatio* se forma, en un arbitraje, cuando las partes definen la materia controvertida en el convenio arbitral o, a falta de tal definición o como complemento de ella, cuando las partes presentan sus pretensiones al árbitro.

“...el arbitraje de consciencia no sólo exige fundamentación sino que me atrevería a decir que tiene que ser más fundamentado que el de Derecho”

Ahora bien, la *litis contestatio* es una institución procesal venerable –pues fue inventada por los romanos– y con una utilidad práctica manifiesta. No se trata de una arbitrariedad ni de un capricho de permitir que las partes presenten sus reclamos sólo hasta un cierto momento del procedimiento sino que tiene un profundo contenido de racionalidad: pretende no perennizar los juicios y no desarticular los procedimientos a través de sucesivas pretensiones inéditas. Si fuera posible presentar continuamente nuevas pretensiones a lo largo del juicio, habría que abrir nuevamente la estación probatoria después de cerrada porque estaríamos ante nueva materia controvertida que debe ser tratada en la misma forma que la anterior. Y esto es inaceptable porque los juicios no avanzarían.

En un arbitraje de Derecho, como en un juicio ante los tribunales de justicia, definitivamente no se puede resolver sobre puntos que no forman parte de la *litis contestatio*. En un arbitraje de Derecho, la delimitación de la controversia queda cerrada a ese punto y ya no cabe introducir más temas arbitrales. Pero, ¿sucede lo mismo en un arbitraje de consciencia? ¿No habrá que ser más tolerantes a este respecto?

En general, en los arbitrajes de consciencia, el árbitro debe ser más flexible. Sin embargo, si las partes han fijado la materia controvertida en el convenio arbitral, el árbitro no puede pronunciarse sobre nada que exceda los términos de tal convenio.

De otro lado, aun si la controversia no hubiera estado previamente determinada, tampoco puede admitir que se ventilen pretensiones sin el mismo tratamiento procesal, ya que eso atentaría contra las garantías más elementales del proceso: no se puede, por ejemplo, abrir a prueba ciertas pretensiones y no otras; o permitir que se ejercite el derecho de defensa y de alegato respecto de algunas pretensiones y no de otras. Por consiguiente, ahí donde la novedad de la pretensión posterior sea de tal naturaleza que obliga a una nueva actuación de pruebas, por ejemplo, el árbitro de equidad está impedido de manera categórica de admitirla a debate. Es por ello que el principio de la *litis contestatio* mantiene su fuerza en los arbitrajes de consciencia.

Queda siempre el tema de la llamada «demanda implícita». Sin embargo, dado lo antes expuesto y a pesar de la flexibilidad del arbitraje de consciencia, ésta debe ser interpretada de manera estricta y restrictiva, por lo que sólo puede ser tenida en cuenta cuando las partes no han fijado con claridad la materia controvertida y cuando lo implícito constituye verdaderamente la consecuencia de la demanda principal⁽¹³⁾.

Puede decirse que el árbitro de consciencia debe resolver todos los puntos que contribuyan a dar una solución integral al asunto que es materia de la controversia. Esto implica a veces que deba emitir opinión sobre aspectos laterales; pero ello es así sólo en la medida que se contribuya a la elucidación del aspecto central y sólo si esos aspectos no implican nuevas pretensiones que supongan a su vez la pobraza de nuevos hechos cuando la estación probatoria ha concluido. Por eso, en principio, aun los aspectos laterales que el árbitro decida incluir en el laudo tienen que ser meros argumentos que no constituyan una pretensión nueva porque implican solamente un desarrollo conceptual; o pueden ser, en todo caso, pretensiones que, aunque no hubieran sido planteadas directamente, estaban implícitas, de una manera u otra, en la determinación de la materia controvertida.

En otras palabras, el árbitro de consciencia tiene la libertad de ampliar los conceptos, apreciar de una manera inédita los hechos, acogerse a pruebas no ofrecidas pero presentes indirectamente en autos y, en general, utilizar todos los medios, para solucionar el litigio, que broten espontáneamente del expediente. Esto lleva a que el árbitro pueda acudir en ayuda de uno o de ambos litigantes, asumiendo un argumento que no fue expresado o evaluando una prueba que obra en autos pero que no fue ofrecida como tal. Pero, aun

(13) BOISSESON, Matthieu de. Op. cit., pág. 306.

haciendo esto, el árbitro tiene que mantenerse dentro de los límites convencionales del objeto del litigio: esa posibilidad no lo faculta para poder decidir en materias ajenas a las expresamente determinadas como pretensiones controvertidas.

En ningún caso puede –y esto hay que tenerlo muy claro– tomar la iniciativa de modificar las partes del proceso suprimiendo o agregando alguna ni alterar el objeto o causa de la demanda⁽¹⁴⁾.

VI. LA PAZ COMO OBJETIVO DEL ARBITRAJE DE CONSCIENCIA.

Quisiera terminar recordando que todo aquel que funge de juez –y más aún aquel a quien las partes le han dado tal confianza como para que resuelva en consciencia– debe tener por mira fundamentalmente la paz. La justicia no es siempre el reconocimiento del derecho propio sino sobre todo la posibilidad de ejercer los derechos en paz.

En este sentido, los árbitros de consciencia deben procurar ante todo que las partes se avengan o

concilien durante el procedimiento. Y si ello no es posible, el laudo debe ser tan equilibrado y lúcido que aun el perdedor reconozca que quizá el otro tenía razón; y sobre esa base se pueda restaurar la paz entre las partes.

Alfonso X, ese rey que pasó a la historia por sabio, decía: «Paz es el fin, e acabamiento de la discordia, e del desamor, que era entre aquellos que la fazen»⁽¹⁵⁾. Y que «aunenencia es cosa que los omes deuen mucho cobdiar de auer entre sí; e mayormente aquellos que han pleyto, o contienda sobre alguna razón, en que cuidan auer derecho»⁽¹⁶⁾. Y concluye: «porende dezimos, que quando algunos meten sus pleytos en mano de auenidores, que aquellos que los reciben mucho se deuen trabajar de los auenir, judgándolos e librándolos, de manera que finquen en paz»⁽¹⁷⁾.

Los árbitros de consciencia o amigables componedores deben acoger esta enseñanza de don Alfonso y trabajar efectivamente de manera muy intensa para que las causas que sean puestas en sus manos acaben con la discordia y el desamor y logren la paz entre las partes. 𐀀

(14) Loc. cit.

(15) ALFONSO EL SABIO. Las Partidas. Partida séptima. Título II. Ley 4.

(16) ALFONSO EL SABIO. Las Partidas. Partida tercera. Título IV, Ley 26.

(17) Loc. cit.