

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO EN LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Ramiro Portocarrero Lanatta

*«...si el mandamiento, o el juicio de los
avenidores fuese contra nuestra Ley, contra
natura, o contra buenas costumbres, o fuese
tan desaguisado que non se pudiese cumplir
(...), non valdría lo que así mandassen, nin la
parte que así non lo quisiesse obdecer, non
caeria por ende en pena».*

Partidas, III, 4, 34.

1. EL ARBITRAJE Y SU IMPUGNACIÓN

1.1 Introducción a la problemática

Ante la actual crisis de la justicia peruana, son comprensibles los esfuerzos de un sector de nuestros autores por expandir el campo del arbitraje y ello, como se aprecia en la Ley General de Arbitraje (Ley 26572, LGA), a través de dos vías: la ampliación de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje y la restricción de los controles judiciales a su mínima expresión. En efecto, los conflictos respecto de los que cabe arbitraje se han extendido (pasando por admitir el arbitraje contra el Estado) hasta incorporar la tutela de derechos *supraindividuales* (en principio no disponibles). De otro lado, el artículo 73 de la LGA ha dispuesto, taxativamente, bajo qué condiciones es posible anular un laudo y el artículo 83 de la misma confiere al laudo, sin que sea necesaria su homologación, la calidad de título de ejecución, equiparándolo a una sentencia.

A la base de esta tendencia está, creemos, además de una fundada consideración sobre la legitimidad y valía del arbitraje, la idea de que, en la medida que el conflicto interesa a las partes y versa sobre derechos disponibles (LGA, artículo 1) éstas pueden resolverlo como

mejor les parezca. Y si escogieron el arbitraje, nada tiene que hacer el Poder Judicial respecto de tal controversia. Contribuirá a su ejecución o formalización a lo más, con la coerción propia del aparato del Estado. Por nuestra parte, consideramos que tal tendencia, inclusive dentro de su propia lógica, no tiene una expresión correcta en la LGA. En nuestro concepto, los límites del arbitraje son aquellos respecto de los cuales las partes no tienen libre disposición. Y esta indisponibilidad no sólo se presenta con el conflicto en sí (familia, contenciones con la Administración en ejercicio de sus funciones, etc.), sino con el modo en que éste se resuelve.

Pero esto no es pacíficamente aceptado. Entre nuestros autores se ha admitido, expresamente que: «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»¹. Tal posición, referida al arbitraje de equidad, puede estar fundada en el hecho de que bajo la LGA no es posible anular un laudo contrario al orden público, sea que se trate de un arbitraje de derecho o de equidad.

Ese problema (los límites de lo arbitrable y el modo en que se deciden las controversias) no es extraño en otros sistemas legales. Por el contrario, los principales sistemas tributarios de la tradición romano germánica² prevén expresamente la anulación del laudo cuando éste sea contrario al orden público. Por tanto, la inexistencia de una causal como la citada en nuestra LGA, hace necesario un análisis de las relaciones entre orden público y laudo en el arbitraje nacional. Para tal objetivo, que se plantea de cara al problema de la impugnación del laudo, habrá que transitar por algunas interrogantes previas, preguntando, por ejemplo, si con la prohibición de que se arbitren controversias que interesen al orden público queda excluida la posibilidad de que un laudo contravenga dicho precepto o si, incluso, tal contravención puede admitirse.³

¹ DE TRAZEGNIES Granda, Fernando. Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia. En: *Ius Et Veritas* N° 12. Revista editada por los Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. p. 121

² Así, expresamente, Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, España. Implícitamente Suiza que, como motivo de anulación, contempla una violación manifiesta del derecho.

³ En principio, si la controversia no interesaba al orden público, el laudo que lo contravenga no será impugnabile y el Juez se vería obligado a ejecutarlo llegado el caso. Lo extraño es que las partes de ese laudo, más precisamente una de ellas, obtendría un efecto jurídico que le estaba vedado antes del conflicto. Esto rompe con la idea clásica de la función sustitutiva de la jurisdicción, graficada en la frase de Chiovenda de que la jurisdicción asegura a los ciudadanos los bienes y seguridades que la ley les garantiza: un laudo que contraviene el orden público no otorga un bien o efecto garantizado por la ley, sino uno que la ley impide. El asunto se agrava al considerarse que dicho «efecto» no puede alcanzarse ante los jueces ordinarios. En los últimos 20 años nuestro sistema ha contenido tres regulaciones sobre el arbitraje. Ninguna incorpora la hipótesis bajo análisis..

Cabe pues en primera medida preguntarse por qué el arbitraje tendría alguna relación con el orden público, entendiéndose por éste, preliminarmente, el conjunto de preceptos esenciales a un ordenamiento jurídico, respecto de cuya aplicación la voluntad de los sujetos es irrelevante. Dado que el arbitraje es, en su momento inicial y genético, una expresión del poder de *autoregulación* de los propios intereses y estos vienen limitados por el orden público, éste debiera ser también un límite a lo que el laudo disponga. En tal sentido, un clausulado cerrado que no contiene la contravención del orden público como motivo de anulación suscita algunas interrogantes⁴.

El profesor Lohmann detecta adecuadamente esta problemática. Así, al comentar el derogado artículo 1913 del Código Civil (referido a la *inarbitrabilidad* de la materia) señalaba que: «La exclusión arbitral de ellas debe indagarse desde una doble perspectiva. O que la legislación lo prohíba implícita o explícitamente, o que por su especial naturaleza no deban verse afectadas por la decisión de un tercero que no está obligado, como sí el Juez, a tutelar o resguardar intereses superiores a los de las partes arbitradas».⁵

En efecto, de cara al problema de la impugnación de laudo arbitral ha dicho el profesor y magistrado supremo español Almagro Nosete que: «Tan peligrosa es una legislación restrictiva y, prácticamente, impeditiva del arbitraje, como una legislación que haga tabla rasa de inevitables y ponderados controles jurisdiccionales específicos del arbitraje, necesarios para no despertar legítimas desconfianzas»⁶. Sobre el objetivo que ha de perseguir el diseño de un sistema de impugnación del laudo ha dicho la profesora Chocrón Giráldez que éste es: «...garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley y que el laudo no es contrario al orden público»⁷.

En términos generales esta exposición busca determinar si el régimen de impugnación

previsto por la LGA cumple con esos objetivos, proponiendo, en su caso, las alternativas de una reforma y, para los problemas que pueden enfrentarse en la actualidad, algunas soluciones. Corresponderá, luego de haber planteado el problema en las líneas que anteceden, ubicar al arbitraje dentro de nuestro sistema jurídico. Acto seguido, habrá que describir qué problemas se enfrentan cuando se diseña un régimen de impugnación de un laudo.

En un segundo momento del análisis se hará una aproximación a la noción del orden público, intentando una definición operativa que ayude a determinar los límites del arbitraje. Asimismo, una reflexión sobre las denominadas «controversias que interesan al orden público» como materias no susceptibles de arbitraje también será ubicada en ese apartado. Como capítulo conclusivo se analizará el tratamiento que la LGA brinda al orden público, definiendo si es que la exclusión de las controversias que interesan a éste es suficiente para asegurar que el laudo sea respetuoso de los principios esenciales del ordenamiento, desarrollando, si cabe, el fundamento de una eventual reforma y las alternativas para solucionar los problemas prácticos que el particular puede suscitar en la actualidad.

1.2 La ubicación del arbitraje en el derecho nacional.

En atención al objetivo fijado debe precisarse cuáles son los contornos específicos que el ordenamiento ha previsto para esta institución. Este tratamiento no pretende precisar de modo definitivo cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje. Quiere en cambio dar un alcance sobre los aspectos que, contrastados con la regulación nacional deben considerarse como esenciales a esta institución. Cabe hacer aquí una precisión metodológica, a fin de evitar una impronta exégeta en la indagación, el examen sobre la índole del arbitraje se realizará, a partir del análisis, en primera medida, de los intereses en juego y, en segundo término, del modo en el que

⁴ En efecto, una interpretación simplista y literal del artículo 73 de la vigente LGA podría conducir a la conclusión de que cabe un laudo que contravenga el orden público en su decisorio, no quepa su anulación y deba procederse a su actuación..

⁵ LOHMANN L. de T., Guillermo. «El Arbitraje». Lima: PUCP, 1987. pp. 65-66.

⁶ ALMAGRO NOSETÉ, José. «La Ejecución del Laudo Arbitral», citado por Ana María Chocrón Giráldez, « Los Principios Procesales del Arbitraje». Madrid: Bosch. 2000. p. 213.

⁷ Chocrón Giráldez, Ana María. Op. cit, p. 211.

estos han sido disciplinados en nuestro sistema legal⁸.

Puede empezarse el estudio alegando un lugar común en la literatura jurídica: el interés medular de quienes acuden a un arbitraje es evadir la jurisdicción ordinaria⁹. Tal interés ha acompañado siempre al hombre, siendo verosímil considerar que antes de la organización política de las sociedades los mecanismos de solución de conflictos fueran más parecidos a un arbitraje que a la jurisdicción. Ello, según quiera verse la fuerza vinculante de la decisión en el acuerdo de los participantes, o en la regularidad con la que determinada persona de la comunidad (el más viejo, el más sabio, el más fuerte, etc.) cumplía esa función de heterocomposición¹⁰. Por lo demás, a efectos de estar por la antigüedad de la institución baste con recordar que durante la *legis actiones*, luego de la *litiscontestatio*, las partes podían elegir a la persona que decidiría finalmente el litigio¹¹. Asimismo, que Justiniano confirió al laudo arbitral la calidad de título de ejecución. Históricamente, el arbitraje fue una manifestación embrionaria del proceso.

La primera constatación que podemos realizar respecto del arbitraje estriba en la función que siempre le ha sido atribuida: resolución de conflictos a cargo de un tercero no integrante del Estado. A esa constatación inicial aunaremos una segunda, derivada también de lo que constituye uno de los intereses esenciales en esta materia: que la resolución del conflicto ocurra necesariamente y de forma definitiva, sin que

pueda revisarse el fondo de la cuestión, bajo ningún punto, en el Judicial. Puede aceptarse provisionalmente que esos intereses constituyen el eje sobre el que gira la institución.

La función asignada al arbitraje –resolución definitiva del conflicto– suele ser tomada en consideración al momento de determinarse su naturaleza. Como se deja entrever, las tesis que se basan en tal aspecto están inclinadas a señalar una naturaleza jurisdiccional al instituto en cuestión. Por el contrario, las investigaciones que parten del convenio arbitral como elemento genético del arbitraje se inclinan a una impronta contractual o privada de la institución. En nuestra opinión, sólo la apreciación conjunta de los intereses en juego puede contribuir eficazmente a descubrir la naturaleza del instituto bajo análisis.

De otro lado, la asimilación del arbitraje a la jurisdicción y su eventual inclusión en la función jurisdiccional dependen del concepto que se tenga de ésta. Sobre el concepto de jurisdicción se ha dicho que deberá estarse a la configuración positiva que cada ordenamiento constitucional disponga, y que en abstracto no cabe sino tener un concepto relativo¹². A pesar del argumento, es posible considerar que en todo ordenamiento de tradición romano germánica la posibilidad de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses está a cargo del Estado.

Ahora bien ¿qué significa que también exista la posibilidad de que un privado resuelva de modo definitivo un conflicto? La respuesta,

⁸ En su indagación por la índole del arbitraje el profesor Álvarez Sánchez de Movellán recorre un tránsito inverso: «...el arbitraje es como lo define la ley, y en base a la regulación se definirá su naturaleza jurídica, sin perjuicio de que posteriormente se enjuicien regulación y naturaleza, en función de lo que se entienda una reglamentación idónea de un arbitraje eficaz.» [La anulación del laudo arbitral. Granada: Comares. 1996. p. 32] El argumento sería inatacable, si se acepta que la naturaleza jurídica de las instituciones está determinada por su disciplina legal. Creemos que tal posición es excesiva. Hay que aplicar la aquí la tesis central de la teoría que del ordenamiento jurídico proponía Betti, conforme a la cual toda norma resuelve un conflicto de intereses, privilegiando uno en desmedro del otro. Consecuentemente, la identificación de los intereses en juego resulta una cuestión previa a la aprehensión del modo en el que han sido disciplinados legalmente. Ello no quiere decir que los contornos específicos de la institución no sean los que la ley define, pero sí que los intereses a los que sirve deben ser buscados fuera de ésta. En relación con esta cuestión ha planteado el Profesor brasileiro Joel Dias Figueira Júnior: «Así, la naturaleza jurídica debe reflejar la verdadera expresión ontológica de la materia en estudio, tomándose en consideración sus elementos constitutivos: cualquier esbozo de calificación dependerá de la previa y anterior fijación de la naturaleza jurídica del fenómeno, instituto o institución jurídica analizada.» [Arbitragem, Jurisdição y Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 152. Traducción libre del autor.]

⁹ CÁRDENAS, Carlos. En: Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral. «Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil». Lima: Delia Revoredo, 1988 Vol. VI. p. 672.

¹⁰ De hecho, esa parece ser la opinión de Carnellutti, quien ve en la que él llama «solución arbitral» un imperfecto sistema de solución de conflictos (debido a su transitoriedad) que antecede a la jurisdicción y a la organización política de las sociedades. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: UTEHA. 1944 T. I. p. 17.

¹¹ La referencia –que no postula que la *legis actiones* fuese un arbitraje sino que la posibilidad de elección del tercero es antigua– es importante porque expresa uno de los fundamentos del arbitraje (la confianza que se deposita en el tercero) era la razón de la validez de la elección realizada por las partes en dicho procedimiento. En caso no existiera esa confianza conjunta en una persona, la misma era elegida por el magistrado. Véase al respecto, MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Bogotá: Temis, 1996. p. 17-30.

¹² LOVATÓN David. «Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad [jurisdiccionales]». Tesis de Magister. p. 32. Para Lovatón Palacios, por ejemplo, el elemento realmente singular de la jurisdicción es el máximo grado de irrevocabilidad que tiene sus decisiones. [Op. cit. p. 60]

fundamental para definir la cuestión tratada, dependerá, repetimos, de qué concepción de jurisdicción se maneje. Así, pasando revista a los argumentos centrales utilizados para defender el carácter jurisdiccional del arbitraje diremos que se basan en la asunción -equivocada entendemos- de que la jurisdicción estatal sólo tiene por objeto resolver conflictos¹³. Así, el Profesor Caviano, considerando la existencia del arbitraje forzoso -indeclinablemente impuesto por la ley- concluye que el Estado puede disponer la resolución de disputas sea a través de la justicia ordinaria o de la arbitral que, al estar al mismo nivel, sería netamente jurisdiccional¹⁴. En esa línea, la posibilidad existente en España hasta antes de 1988 de casar el laudo por infracción de la ley material revelaba, para un sector importante de la doctrina¹⁵, el carácter jurisdiccional del arbitraje. El carácter definitivo del laudo y la autoridad de cosa juzgada que el mismo aparece son los argumentos finales utilizados por esta corriente, que ve en el convenio arbitral sólo una condición previa para la activación de este singular mecanismo.

A su turno, las tesis construidas sobre el convenio arbitral ligaban a esa inicial expresión de libertad negocial todos los efectos del arbitraje. De ella derivan la fuerza vinculante del laudo; la fuerza ejecutiva de éste no provendría sino de la anterior aceptación de las partes. Así, la cosa juzgada

y la posibilidad de la ejecución de lo decidido tampoco podrían volver jurisdiccional al arbitraje: la existencia de títulos de ejecución extrajudiciales y la cosa juzgada que entre las partes produce la transacción lo impedirían.

Por último encontramos las posiciones eclécticas, basadas en la existencia de elementos distintos en el arbitraje, cada uno con su naturaleza particular¹⁶. La conclusión de este sector apunta la existencia de un tercer género al que estaría adscrita la institución bajo estudio¹⁷. Las definiciones que brindan quienes ven en el arbitraje una institución de naturaleza mixta dependen del componente acentuado por el estudioso correspondiente. Se habla así de una jurisdicción privada o contractual, o de un proceso privado según se privilegie la función desempeñada o el mecanismo utilizado para alcanzar su cometido.

Bajo el desarrollo expuesto en los párrafos anteriores, diremos que el arbitraje no puede ser inscrito en el derecho privado, no sólo porque existe, y cada vez con más frecuencia, un sector de conflictos que el legislador ordinario ha dispuesto que sean necesariamente resueltos mediante arbitraje, de dónde la voluntad de las partes resulta irrelevante¹⁸, sino porque en la reglamentación de dicho instituto se pone especial énfasis en la capacidad y cualidades de los árbitros¹⁹. Ese especial celo revela un interés del Estado

¹³ A ese objetivo debe sumarse el control de la constitucionalidad normativa, la represión de las conductas criminales y la tutela de las libertades fundamentales. Al respecto, véase MONROY GÁLVEZ. Op. cit. pp. 203-228. Asimismo, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «Teoría General del Proceso». Buenos Aires: Editorial Universidad. 1985 T. I. pp. 73-107.

¹⁴ CAVIANO, Roque. «El arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos». Buenos Aires: Ad-Hoc. 1992. pp. 67-84 y 91-102. La tesis central de este autor pasa también por afirmar que la pertenencia o no del órgano de decisión al Estado es irrelevante para definir si se ejerce jurisdicción. Para estar por su presencia basta con que se zanje un conflicto. Como se advierte, dicha tesis está basada en el válido rechazo de la teoría «organicista» que definía al acto jurisdiccional según su emisor perteneciera o no a la judicatura. Para Cândido Rangel Dinamarco [Límites da Sentença Arbitral e de seu controle jurisdiccional. En: *Estudios sobre Arbitragem. In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna* de Lima. SA Paulo: Editora L.Tr. 2002. p. 327], el camino para dilucidar la índole del arbitraje está bastante recorrido cuando se advierte «que el arbitraje está encaminado al mismo fin que la jurisdicción».

¹⁵ En ese sentido y con respecto a la legislación española anterior a 1988, SERRA DOMINGUEZ, Manuel. [Naturaleza Jurídica del Arbitraje. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Ariel. 1969. p. 581]. Para Serra, si el laudo era susceptible de casación era porque tenía carácter y naturaleza jurisdiccionales. Sólo así, afirmaba, podía explicarse la intervención del Supremo Tribunal para asegurar la correcta aplicación del derecho objetivo.

¹⁶ Suelen identificarse cuatro componentes en el arbitraje, un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución. Al respecto, Lohmann, Op. cit. p. 42, Alvarez Sánchez. Op. cit. p. 39, Figueira Júnior. Op. cit. p. 152.

¹⁷ En el Perú, Lohmann (Op. cit. pp. 39 y 42) apuntala esta posición. Hoy, los arbitrajes forzados y el hecho de que el Estado pueda someter sus controversias a arbitraje (sobre cuya inexistencia e imposibilidad, respectivamente, se basaba la opinión citada) obligan a reconsiderar la cuestión.

¹⁸ En el Perú existen al menos dos casos de arbitraje forzado. El de la Ley de Concesiones Eléctricas previsto para las controversias vinculadas a los Comités de Operación Económica y el dispuesto por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, conforme al cual las disputas que se generen a partir de tales contratos serán resueltas mediante arbitraje.

¹⁹ Tal interés no es nuevo. Ni en Roma se permitía que cualquier ciudadano fuese árbitro. Cf. MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit. p. 18. Asimismo, SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: EJE. 1954. p. 132 y 133 en donde se explica quiénes pueden ser árbitros y quienes no. También Burdese, Alberto [Derecho Privado Romano. Torino: UTET. 1993. p. 90] quien comenta las posibilidades de elección de los forasteros en sus controversias y las listas y colegios que se iban forjando en la medida que las controversias entre los romanos y los peregrinos iban siendo las más. Por último, en el mismo sentido: PARICIO, Javier. «Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados». Madrid: Civitas, 1987. p. 29 quien afirma: «Lo dicho no supone afirmar que en el período decemviral y postdecemviral las partes tuvieran completa libertad a la hora de elegir juez o árbitro, pues en aquella época sólo podían ser jueces los senadores (padres); por tanto, es cierto lo que dice Cicerón sobre la elección convencional de jueces, pero al principio el convenio se veía limitado porque había que elegir como juzgador a uno de los senadores.»

en que esa solución definitiva se alcance dentro de ciertos parámetros (imparcialidad, audiencia y contradicción indica la ley española) y respetando, en el desarrollo del procedimiento, cuestiones esenciales de orden público procesal. Hay pues un interés público manifiesto en la disciplina legal del instituto que podría solventar la afirmación de que el arbitraje se inscribe como una forma singular de la jurisdicción, sujeta a un régimen especial.

Al efecto, debe recordarse que el mejor argumento de la tesis contractual (la imposibilidad de ejecutar el laudo en sede arbitral) para privar al arbitraje de un carácter jurisdiccional parte de la falsa premisa de que la función jurisdiccional, precisa, de la potestad de mandar en términos tales que la realidad fáctica se acomode a lo que se disponga en la decisión final, esto es, del poder de coerción²⁰. Como se conoce, la función jurisdiccional es realizada a través de la tutela de cognición o de la tutela de ejecución. Sólo a la segunda es esencial la coerción y la potestad de disponer; a la primera en cambio le toca decidir. Luego, la tutela de cognición en que consiste un arbitraje compartiría todos los elementos de una tutela jurisdiccional. Acaso la razón para afirmar que el arbitraje es una jurisdicción privada estriba en que, al contrario de lo que ocurre con la justicia estatal, mediante el laudo el Estado no asegura la vigencia del derecho objetivo, no defiende su autoridad legislativa, o dicho de otra

manera, no asegura que la ley se aplique para garantizar que los ciudadanos vivan en la forma deseada. Para comprobar la validez de esta afirmación basta con acreditar la existencia del arbitraje de equidad, en el que la ley es dejada de lado.

Finalmente, cabe abordar la disposición constitucional que establece que no puede establecerse jurisdicción independiente a la que ejercen los órganos jerárquicos del Judicial, con excepción de la militar y la arbitral. Autorizados autores nacionales han criticado este precepto, indicando un error de técnica jurídica del constituyente²¹. Sin embargo, en virtud del principio de concordancia práctica de la Constitución, algún efecto ha de acordarse a la disposición analizada. Por la razón antes expresada, inclinamos nuestra posición hacia la tendencia jurisdiccionalista, señalando que, en caso nos viéramos en la obligación de anotar una definición del arbitraje a efectos de su ubicación en nuestro sistema legal, con la atingencia de que lo consideremos una disciplina especial, afirmaríamos que se trata de un proceso jurisdiccional privado²² sujeto a una regulación especial y que el arbitraje cumple una función o tiene una naturaleza para jurisdiccional²³. Un proceso parajurisdiccional es la expresión más feliz que encontramos. Estimamos que esa expresión puede revelar con claridad cuáles son los intereses en juego y como han sido disciplinados dentro de nuestro sistema.

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, *Op. cit.* p. 79, entiende que la coerción es esencial a la jurisdicción y que es uno de los poderes que la integran. El otro es el poder de decisión, que comparten también los árbitros. El tema está en que ese poder tiene expresiones no ejecutivas que no se presentan en el arbitraje y que será muy difícil que se integren a este instituto. Así, los poderes instructorios del Juez en lo que hace a las pruebas que estén en poder de terceros y los poderes compulsorios en lo que hace a la presentación de los testigos. Asimismo, la posibilidad de disponer la integración en el proceso de terceros que no formen parte del convenio arbitral, o de la relación jurídica respecto de la cuál se impone el arbitraje forzoso. En realidad, si se advierte con atención, sólo las facultades relativas a la integración del litisconsorcio necesario serían realmente distintivas, pues los poderes de instrucción o compulsión en sede civil podrían depender del sistema procesal de que se trate y de su orientación publicística o privatística.

²¹ En ese sentido, LOHMANN, *Op. cit.* p. 46; Monroy, *Op. cit.* p. 230. Asimismo, Rubio Correa, [Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: PUCP. 1999. T. V. p. 32] al comentar el artículo 139 en cuestión. Creemos que no puede privarse de todo valor al dispositivo citado, por el contrario, en la labor interpretativa el mismo debe ser llevado a todas sus posibilidades, en la medida en la que no se resientan otros preceptos de la misma jerarquía. Por lo demás, el estado del siglo XXI descentraliza sus funciones y tareas hacia el sector privado cada vez con más frecuencia. Bajo esa lógica, una delegación de una de las funciones de la jurisdicción (la tutela de cognición, sub especie de la jurisdicción civil) hacia el sector privado no parece una tesis tan descabellada. Así por ejemplo opina Figueira Júnior, quien cree expresamente –por razones históricas– en la delegación de la potestad del estado a favor de particulares. Es curioso que en Brasil, donde la materia arbitral está restringida por la disponibilidad y patrimonialidad de los derechos, se acepte en mayoría la tesis jurisdiccional y en Perú, donde el ámbito del arbitraje es más extenso y su fundamento normativo de más alta génesis, los esfuerzos se encaminen en sentido contrario.

²² Nos remitimos a lo nota No. 20, en donde exponemos nuestro concepto sobre los rasgos distintivos, casi diríamos en abstracto, de la jurisdicción y el arbitraje. Añádase que en el proceso judicial se produce un verdadero debate de posiciones y valores apreciados en relación con la vida en comunidad, desde que con la aplicación de la ley por parte Juez se asegura su vigencia y, con ella, la garantía de que la vida en sociedad se dé en la forma prevista. Este interés no tiene la misma intensidad en el arbitraje. Allí priman las partes

No es que afirmemos que el arbitraje es jurisdicción, pero sí estamos seguros de que hay muchas más razones para insertarlo en dicho campo que en uno meramente privado²⁴. Sin embargo, el hecho de que los árbitros requieran de los jueces no sólo para la ejecución de sus decisiones sino para, por ejemplo, formalizar el arbitraje respecto de una parte renuente o de un tercero, impide su «jurisdiccionalización» total. Además, teóricamente, los objetivos centrales difieren: la pacificación del conflicto para la preservación del vida social es el fundamento de la jurisdicción (además del control de las conductas punibles y de la constitucionalidad de las leyes). La mejor solución del conflicto de las partes, con la cercanía y confianza en los árbitros, lo es del arbitraje.

Para concluir, es necesario agregar que la posición antes expuesta depende de la Constitución actual, con la que no comulgamos. No creemos que ésta, salvo que se acepte la tesis de que el Estado ha delegado su poder jurisdiccional en los árbitros, puede alterar la naturaleza de las cosas. En ausencia del dispositivo citado, afirmaríamos, en cambio, que el arbitraje es un «proceso privado» y no una actividad «parajurisdiccional». Ello porque, finalmente, el arbitraje se sirve del proceso –si es que no consiste en éste– para satisfacer las necesidades de las partes. Así, suscribiríamos, en lo que hace a la naturaleza de las cosas, una posición ecléctica, acentuando un carácter procesal en el arbitraje.

1.3 El problema de su impugnación

En lo esencial, el fin primordial del arbitraje es la composición del conflicto de modo definitivo en función de la confianza depositada en determinados árbitros²⁵. Dado ese propósito puede comprenderse la tentativa de hacer irrecurrible el laudo arbitral. No interesan aquí las impugnaciones que las partes, en función del principio dispositivo²⁶

que regla el procedimiento arbitral, puedan haber acordado o renunciado. Interesa aquella que, con prescindencia del convenio específico, es establecida por la ley para la tutela de los derechos de las partes. En tal sentido, la apelación que pueda no acordarse con relación a un laudo específico escapa a los objetivos de nuestro trabajo.

También ha quedado claro que el Estado y la ley tienen un especial interés en que el arbitraje respete algunas condiciones esenciales. Para ello se toman precauciones en la elección y permanencia de los árbitros, los requisitos que el laudo debe, necesariamente, observar; los plazos que pueden utilizar los árbitros para laudo y las materias sobre las que puede pronunciarse un laudo. Generalmente, estas condiciones esenciales encuentran un reflejo en el listado de motivos que habilitan la rescisión del laudo. Una primera comprobación, siguiendo la metodología sugerida para el punto anterior²⁷, es que la ley tutela esos intereses que ha juzgado esenciales (y respecto de los cuáles no hay abrogación voluntaria alguna) a través del establecimiento de un sistema de impugnación al que los acuerdos de las partes le resultan irrelevantes.

Una segunda comprobación es que, dado el deseo esencial de que la controversia sea analizada y resuelta por sujetos ajenos al judicial, debe juzgarse inaceptable que los órganos de éste aprecien lo mismo que apreciaron los árbitros, esto es, la manera cómo se entendieron los hechos y fue aplicado el derecho, o dicho de otro modo, el fondo de la controversia. Esa es, por lo demás, la expresa voluntad del último párrafo del artículo 61 de la LGA.

Una tercera comprobación, derivada de las dos anteriores, es que los motivos que habilitan la impugnación deben estar referidos aquellos aspectos que se aprecien como indispensables

²³ La conjunción es de Rangel Dinamarca. *Límites...*, Op. cit. p. 327.

²⁴ Además existen razones de sistemática relativas a la propia Constitución que impiden considerar al arbitraje como engranado en el sistema jurisdiccional. La primera es que el capítulo de la Constitución se refiere al Poder Judicial. La segunda, que tal potestad emana del pueblo y se ejerce a través de los órganos jerárquicos del judicial. La tercera, que el concepto está dos veces mal utilizado. Si se admite que la militar no es jurisdicción –pocas razones podrían erigirse en contra de esto– deberá admitirse que el arbitraje tampoco es jurisdicción, aunque participe, en aplicación de la disposición constitucional bajo análisis, de la naturaleza de esta.

²⁵ De allí a que la impugnación para la revisión del fundamento y prueba por otros árbitros o por el judicial constituya una traición inicial a los objetivos primarios del instituto en cuestión.

²⁶ No se crea que hemos renunciado a la posición desarrollada en el punto 1.2 que antecede. La «libertad de procedimiento» nada quita a nuestras conclusiones. Como es conocido, el proceso civil norteamericano permite una serie de negociaciones sobre plazos y actuaciones e incluso cuantías. Y no por ello se lo va a privar de su índole jurisdiccional. Además, las garantías procesales mínimas y ciertas pautas de orden público procesal serán siempre inderogables a tal principio.

²⁷ Véase el fundamento de la misma, nota 5.

en lo que hace a la instalación, desarrollo y decisión del arbitraje. Asimismo, que será el derecho objetivo el que indicará cuándo es que cabe la impugnación, pues el interés en juego aquí no es netamente privado. Como también sucede en la jurisdicción civil, debe admitirse la posibilidad de un laudo injusto o equivocado, sin que esa sola constatación autorice su anulación.

El fundamento central de la impugnación puede encontrarse en un punto medular, allí dónde se engarzan la función del arbitraje con las de la jurisdicción: en la calidad de título de ejecución extrajudicial del laudo y la posibilidad de su eficacia sin que medie homologación judicial previa. Así, la impugnación del laudo arbitral sirve para impedir que un laudo que no respete adecuadamente los intereses antes descritos sea ejecutado. Quienes intervienen en un arbitraje cuentan con el derecho de que ciertas garantías procesales mínimas y ciertas normas materiales sean necesariamente observadas durante el desarrollo y finalización del arbitraje.

De allí que se haya dicho con acierto²⁸ que el fundamento de la impugnación habilitada por la ley es la tutela jurisdiccional efectiva dado que, de un lado, la impugnación está preordenada a asegurar la vigencia de garantías procesales mínimas (con lo que se asegura la vigencia del debido proceso en sede arbitral) y, de otro, al control de normas materiales de observancia obligatoria, tanto para las partes como para los árbitros. Los motivos de anulación suelen agruparse, conforme a su naturaleza, en dos segmentos²⁹: aquellos relativos a las garantías procesales (plazo del laudo, composición del Tribunal, laudo sin mayoría, afectación al derecho de defensa) y aquellos relativos a normas materiales que llamaremos, provisoriamente, indisponibles (nulidad del convenio arbitral, materia no arbitrable, laudo contrario al orden público). Ahora bien, aceptado que la impugnación del laudo reposa en el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (pues asegura la vigencia del debido proceso en sede arbitral y la regularidad material del laudo³⁰) deben precisarse algunas cuestiones

adicionales: la índole de la impugnación y el diseño que de esta hace nuestra LGA.

La definición sobre la naturaleza de la impugnación habilitada para cuestionar al laudo puede empezarse considerando las formulas clásicas de impugnación³¹ que conoce el proceso civil: el incidente de oposición, el recurso, y las «acciones de rescisión»³². Como es evidente, tal indagación no puede prescindir del dato positivo, pues las impugnaciones a las resoluciones jurisdiccionales están sometidas a la regla de legalidad. Cabe en consecuencia descartar que la impugnación del laudo arbitral pueda intentarse a través de un incidente de oposición que, además de no estar regulado de forma autónoma por nuestras leyes procesales, tiende únicamente a compensar la falta de audiencia del obligado en relación con la materia discutida, con lo cual quedan fuera las otras funciones que hemos asignado a la impugnación. A su vez, la pertenencia de los órganos del judicial a una organización distinta y el hecho de que se trate de otro proceso³³ impiden que se considere a la impugnación del laudo como un recurso y, en esa virtud, se lo someta a sus reglas.

El descarte efectuado en el punto anterior nos inclinaría a afirmar que se trata de una acción rescisoria. Estimamos que tal hipótesis dependerá de la regulación específica que en cada ordenamiento se determine para el tema. Cabe considerar que resulta esencial a las acciones de rescisión que las mismas atacan un negocio jurídico que ha desplegado sus efectos³⁴. En realidad, esta es una nota característica a la rescisión de todos los negocios jurídicos.

Teniendo en cuenta tal elemento, podemos afirmar que la impugnación prevista por el artículo 73 de la LGA no tiene la calidad de una acción de rescisión cuya sentencia, como se conoce, es constitutiva procesal porque priva de efectos a una decisión jurisdiccional firme. La razón es simple, la fuerza jurídica del laudo no se despliega, en nuestro sistema, con su sola expedición. Conforme al primer párrafo del artículo 83 de la LGA, la eficacia

²⁸ ÁLVAREZ SANCHEZ. Op. cit. p. 60.

²⁹ De igual opinión, VERGER GRAU, Joan. ¿Se puede impugnar el laudo arbitral español? En: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. II. p. 274.

³⁰ No cabe duda de que debe acordársele un mecanismo de tutela procesal al derecho a tener un laudo que no contravenga disposiciones esenciales del ordenamiento.

³¹ En sentido amplio, como petición dirigida a que se verifique si un acto jurídico es idóneo para producir efectos.

³² SABATER Martín, Aníbal. ¿Qué es «impugnar un laudo»? En: Cuadernos Procesales. Año VI. Número 16. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho. 2002. pp. 20-30.

³³ Otra pretensión, con distintos fundamentos. Nótese además que en la impugnación del laudo la litis nunca será compuesta por el judicial. Ese es uno de los límites de la impugnación.

³⁴ SABATER Martín, Aníbal. Op. cit. p. 26.

del laudo se produce con la notificación de éste, luego que el mismo queda consentido o ejecutoriado. Los clásicos encontrarían aquí un claro caso de un derecho de gravamen que impide la fuerza vinculante del laudo hasta que no transcurra el plazo de su impugnación; que la impugnación no se dirija contra una decisión firme y eficaz impide su calidad de acción rescisoria.

Así, la oportunidad que la LGA prevé para el cuestionamiento del laudo evidencia su carácter. Se trata, en nuestra opinión, de una pretensión autónoma de declaración negativa³⁵. En efecto, el objetivo de la demanda será la comprobación por parte del Judicial de la falta de observancia de los límites esenciales dentro de los que se enmarca el arbitraje o, para utilizar la terminología de Chiovenda, la ausencia de una voluntad en la ley para hacer de una decisión arbitral que ha prescindido de ciertas consideraciones elementales, un laudo eficaz y definitivo.

Finalmente³⁶, diremos que es del todo adecuado un sistema de impugnación de «*numerus clausus*» como el previsto por la LGA, pues sólo así quedan debidamente resguardados los intereses esenciales que nutren el arbitraje. No se olvide que lo que desean las partes en un arbitraje, y el ordenamiento cuando impone dicho mecanismo de modo forzoso, es que el fondo de la controversia nunca sea analizado por los jueces. En efecto, una impugnación abierta (para graficar, un recurso ordinario) volvería casi una protesta la pregunta de la Corte de Apelación de Genova ¿mas, por qué las partes recurren el arbitraje, si siempre vuelven a nosotros?³⁷

2. EL ORDEN PÚBLICO Y EL ARBITRAJE

2.1 Noción preliminar de orden público

El 3 de marzo de 1766, Luis XV se presentó ante el Parlamento de París con el propósito de reclamarle obediencia. En su discurso formuló la siguiente consideración: «El orden público todo entero emana de mí, y que los intereses de la Nación, de los que osamos hacer un cuerpo separado del monarca, están necesariamente unidos con los míos y no descansan más que en mis manos»³⁸. La declaración citada muestra un aspecto central del concepto a estudiarse: su conexión primaria con los intereses de la nación. Variada la forma de gobierno de una monarquía a una república, y considerando que en la primera el monarca era la encarnación de los deseos e intereses del Estado³⁹ la frase cobra vigencia. Como intentaremos demostrar a continuación, estimamos que el común denominador que presenta el concepto de orden público tiene que ver con la tutela de los intereses y principios que una comunidad (una nación) tiene por elementales a su organización política social y económica.

El concepto bajo estudio suele encontrarse tan disperso por el sistema legal que cabe preguntarse si siempre es utilizado con la misma intención y alcance. Sin embargo, es común –para no decir necesario– que esa cláusula aparezca restringiendo la autonomía privada⁴⁰. La referencia a las «buenas costumbres» que aparece en algunas de las normas citadas y la eventual subordinación de las restricciones contenidas en ellas a la existencia de leyes que interesen al orden público ha determinado que se discuta la autonomía

³⁵ En ese sentido, ALVAREZ SÁNCHEZ, *La anulación...*, p. 53 en donde la califica de «acción de nulidad». Asimismo, CAVIANO, Op. cit. p. 253. FIGUEIRA JÚNIOR, Op. cit. p. 270.

³⁶ El hecho de que la impugnación ante el Poder Judicial sea o no renunciable no es «decisivo» para definir la índole de la impugnación; ella está desde el inicio habilitada por la ley, sin perjuicio de que una parte determinada pueda, o no, renunciar a ella.

³⁷ El apunte es de Sergio La China. «*L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*». Milano: Giuffrè. 1999. p. XVI. Traducción libre del autor.

³⁸ GUARNERI, Attilio. Voz: *Ordine Pubblico*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Sezione Civile. T. VIII. pp. 154-170. La traducción es responsabilidad del autor.]

³⁹ «El Estado soy yo» decía el más celebre de los absolutistas.

⁴⁰ En el Código Civil peruano el artículo V del Título Preliminar sanciona con nulidad los actos jurídicos contrarios a leyes que interesan al orden público; el artículo 6 prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando contraríen el orden público; los artículos 96 y 120 autorizan la disolución de personas jurídicas con fines contrarios al orden público; el artículo 1328 sanciona con nulidad los pactos de exoneración de responsabilidad cuando se violen obligaciones derivadas de normas de orden público; los artículos 1681 y 1697 constriñen al arrendatario a no usar el bien arrendado en forma contraria al orden público. Los artículos 2058, 2060 y 2104.7 privan de efectos en sede nacional a los actos jurídicos regidos por el derecho internacional privado cuando ellos sean contrarios al orden público. Por su parte, el artículo 1.3 de la LGA impide que se arbitre sobre las controversias que interesan al orden público.

del concepto. Se pregunta así si no bastará con la referencia a las buenas costumbres, si el concepto es realmente autónomo y útil; si su indefinición ontológica no crea problemas antes que soluciones. En el examen de su naturaleza, el orden público ha sido adscrito a las normas imperativas, indeclinables con relación a la voluntad de las partes y ubicado en función de su cercanía o no de conceptos aledaños⁴¹. Con relación al método de aplicación, se explora la posibilidad de su construcción jurisprudencial, o la necesidad de referir el orden público a una ley específica.

Dada la cantidad de cuestiones por abordar nos parece ordenado partir de la primera referencia codificada del orden público: el Código de Napoleón. Allí la noción aparece restringiendo la autonomía privada, anulando los actos con causas «prohibidas por la ley, las buenas costumbres o el orden público»⁴². Tres hipótesis encuentra Guarneri⁴³ para explicar la incorporación bajo análisis. La primera pasa por considerar al orden público como una noción jurídico política que resume las conquistas de la revolución francesa; la segunda postula que podría tratarse de una reafirmación pleonástica de la fuerza de la ley frente a una consideración omnipotente de la autonomía de la voluntad. La tercera, que se trata de una cláusula general que sirve de instrumento de la nulidad atípica, cuando ella no es reconducible a la contravención de una norma inderogable o a un principio de las buenas costumbres y que se trataría de una práctica jurisprudencial del «*ancien régime*».

Creemos que la explicación más verosímil pasa por combinar la primera y última hipótesis. Podemos rechazar la segunda con un principio de interpretación de la ley, conforme al cuál debe intentarse que ésta no sea una redundancia de otras disposiciones, debiéndose asignar a cada disposición legal un contenido y propósitos específicos. Si el propio Code distingue el concepto respecto de las buenas costumbres y las leyes prohibitivas no parece haber ninguna razón para que nosotros lo mezclemos. Así, considerando el contexto en el que el precepto se incluye como límite a la autonomía de la voluntad, es factible afirmar que se trata de una cláusula general destinada a preservar las conquistas esenciales de la revolución que serán, con los años, las bases del estado moderno. Recuérdese que hasta antes de la revolución los cargos públicos, incluso la magistratura, era transferibles y susceptibles de transmisión hereditaria. Asimismo, existían vínculos feudales impensables en un estado como el que se acababa de fundar.

Y aquí, en el examen que de este asunto hace la doctrina francesa del siglo XIX, puede advertirse un fenómeno muy curioso: la intersección del concepto de orden público con algunos preceptos constitucionales. Ripert⁴⁴ consideraba que había que reputar contrarios al orden público los actos contrarios a la libertad de comercio e industria. También los casos de coaliciones industriales contrarias a la libertad de mercado. Con esas referencias queremos poner de relieve el carácter esencial

⁴¹ RUBIO, Marcial [Biblioteca para leer el Código Civil. *Título Preliminar*. Vol. III. Lima: PUCP. 2001. p. 93] empieza su análisis en función de la vecindad con conceptos como derecho público, orden interno y normas imperativas.

⁴² El citado cuerpo contiene otras disposiciones adicionales a la ya citada que permiten desgajar el concepto de orden público de las normas prohibitivas y las buenas costumbres. Entre ellas, los artículos 686, 900 y 1172 que limitan la voluntad por causas distintas del orden público. Así, invalidan el acto jurídico la condición ilegal o inmoral, etc.

⁴³ Op. cit. p. 158. En cuanto a las fuentes del concepto, el autor citado reporta que serían dos textos del Digesto: El pacto privado no puede modificar el derecho público «*ius publicum privatorum pactis murati non potest.*» [D. 2, 14, 38] y el convenio privado no deroga el derecho público «*Privatorum conventio iure publico non derogat.*» [D. 50, 17, 45, 1]. Guarneri explica que es a través de una interpretación de Bartolo (de Sassoferratto) relativa a la nulidad de ciertas convenciones que el concepto se va desgajando (es pertinente recordar que nuestras «*nulidades virtuales*» podrían responder a esa misma lógica: negocios no queridos por el ordenamiento pero no rechazados de forma expresa). Entendemos (aunque cualquier indagación sobre el particular merezca toda una literatura) que en el derecho romano el *ius publicum* funcionaba también como límite de la voluntad e interés individuales. Se reseña que Portalis llegó a asignar a esos límites una naturaleza «*constitutiva del orden social*» y que no era posible que las convenciones particulares «*subordinaran el interés colectivo*». [Juan Carlos Smith. Voz: Orden Público. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Driskill. 1990. T. XXI. p. 57] En todo caso, no parece haber duda de que, al margen de su función, esos preceptos eran imperativos. Ahora bien, la aparición histórica del concepto analizado explica en mucho su actual funcionamiento; toda vez que bajo la influencia del positivismo se consideraba que la ley lo preveía todo, la cláusula de orden público es una de «*cierre*» del ordenamiento: si el acto no contraviene el orden público habrá que reputarlo válido. En el derecho romano esa lógica era imposible. En Roma, ha dicho Fritz Schultz que «*A la antipatía por los conceptos generales se acompaña la resistencia a la formulación abstracta de normas jurídicas.*» [SCHULTZ, Fritz. Principios de Derecho Romano. Madrid: Civitas. 2000. p. 69] «*El pueblo del derecho, no es pueblo de la ley,*», afirma [Op. Cit. p. 28] No es posible pues, entender que el orden público «*integrase*» el sistema jurídico romano. Además, creemos posible argüir, con base en D. 1.1 (1,2) [*Publicum ius est quod statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulum utilitatem*] que los conceptos, aun cuando afines, no son reconducibles a una unidad. El orden público, ese conjunto de preceptos tan esenciales a una comunidad que se superponen al individuo al que sirven, no admite una definición que, como la fuente citada (referida al *ius publicum*), lo cristalice. Varía conforme lo vayan haciendo las sociedades y los valores en que éstas se inspiren.

⁴⁴ Citado por GUARNERI, Op. cit. p. 161.

de los intereses que históricamente han estado protegidos por la cláusula en cuestión.

Arribamos así a una comprobación inicial sobre la aparición histórica del instituto en cuestión: se trataba de una cláusula⁴⁵ que limitaba la autonomía privada, funcionando como una garantía de la vigencia de ciertas pautas consideradas elementales por la sociedad. Asimismo, que esas pautas eran distintas de las definidas por las buenas costumbres y las leyes imperativas. Dado lo expuesto, cabría preguntarse si actualmente el concepto tiene un contenido propio. En efecto, las libertades de comercio e industria tienen una protección constitucional propia (el amparo y el control difuso en el Perú), lo mismo que las coaliciones industriales (el derecho de competencia).

Estimamos que el concepto de orden público tiene un lugar y una utilidad trascendentes. Las razones para esto se encuentran en múltiples disposiciones de los diversos sistemas jurídicos. Sin entrar aún en el ámbito del derecho internacional privado, en donde el concepto revela preclaramente su utilidad y función, podemos referirnos al artículo 1328 de nuestro Código Civil. Tal norma sanciona con nulidad las exoneraciones de responsabilidad para los casos en los que se violen obligaciones derivadas de normas de orden público. Como se advierte, esa norma garantiza la función preventiva de la responsabilidad civil en los ámbitos en que la misma es considerada esencial, impidiendo se deje sin efecto el incentivo dirigido a quien incumple una obligación derivada de una norma de tal naturaleza, quedando sin responsabilidad: se juzga esencial que exista ese incentivo y se impide que el acuerdo de una exoneración sobre el mismo⁴⁶.

Abordando la cláusula de orden público en lo que se refiere al derecho internacional privado, puede advertirse que la misma se fija en atención a dos problemas⁴⁷: i) la posibilidad de ejecutar una decisión expedida por un órgano distinto del que ejecuta ii) la posibilidad de que un acto jurídico realizado fuera del ordenamiento local tenga efectos vedados por éste. El primer problema lo es también del arbitraje, pues el laudo es en principio expresión de la facultad de libre disposición de las partes. En ambos casos la «ajenidad» de la fuente del derecho obliga al ordenamiento a resguardar sus preceptos esenciales. Con la cláusula de reserva u orden público, apunta Martin Wolff, «se reconoce el principio según el cual el Derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales del Derecho Internacional Privado no puede aplicarse cuando con ello se afrentaría el orden público del país»⁴⁸.

No nos cabe duda de que un ordenamiento nacional precisa de una cláusula de esa índole para repeler los efectos de actos jurídicos extranjeros cuando ellos contravengan los fundamentos mismos del sistema de que se trate. Tampoco nos cabe duda de que esta necesidad se presenta también respecto de los actos celebrados bajo su regencia, pues es ilusorio pensar que el grupo de preceptos que una sociedad considera esenciales pueden estar expresados todos en normas inderogables escritas, constitucionales o no. Como intentaremos demostrar en el punto 2.2 que sigue, el quid del asunto en relación a la definición del concepto⁴⁹ estriba en saber qué preceptos han de juzgarse como esenciales e inderogables y qué métodos existen para descubrir esa calidad. Para no duplicar esfuerzos, será también en ese apartado en donde nos aproximaremos a los problemas de

⁴⁵ Utilizamos la palabra «cláusula» intencionalmente. El Código de 1804 tenía la pretensión de haberlo resuelto todo. La limitación de orden público funcionaba restringiendo la autonomía privada a lo largo de todo el ordenamiento. La palabra cláusula evidencia la obligación del Juez para observar y exigir esas limitaciones.

⁴⁶ Lo mismo cabe decir de las normas que impiden que el bien arrendado sea usado en forma contraria al orden público y que las personas jurídicas tengan fines contrarios al orden público (Cf. arts. 98 y 120 de nuestro Código Civil).

⁴⁷ En ese sentido: ALVAREZ SÁNCHEZ, Op. cit. p. 328; Antonio Remiro Brotons. *Ejecución de Sentencias Extranjeras*, según cita de Verger Grau, Op. cit. p. 218.

⁴⁸ WOLFF, Martin. «Derecho Internacional Privado». Barcelona: Editorial Labor, 1936 p. 105. Así, no puede reconocerse el vínculo poligámico de un país árabe por ejemplo. En el mismo sentido, y entre nosotros se ha afirmado «En Derecho interno, cuando se dice que una regla es de orden público, se quiere decir que ella no tolera una convención contraria; las convenciones contrarias al orden público son nulas. (...) De esta manera, el orden público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema positivo y de los principios subyacentes a tales normas susceptibles de ser obtenidas mediante ciertos procedimientos de interpretación». [Delgado Barreto, César y otros. *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Lima: PUCP. 2002. p. 342.] Los profesores citados afirman acto seguido que: «La referencia al orden público significa que la colectividad está interesada mas o menos directamente». [Loc. Cit. p. 343]

⁴⁹ Merece anotarse que sobre el tema han dicho de GASPERI y MORELLO «que la ley de orden público puede ser caracterizada más no definida». Citados por Espinoza, Juan. El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. En: *Ius et Veritas* Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. No. 24. p. 302. Más adelante, al dar nuestra posición sobre el tema, afirmaremos que esa nota de indeterminación hace a la esencia del concepto.

utilidad y fundamento del concepto en cuestión, a partir de una lectura del mismo en nuestro sistema.

Para concluir este acercamiento preliminar baste con rescatar como ideas medulares que el orden público reúne un conjunto de reglas básicas que regulan y fundamentan la vida en sociedad, cuya aplicación resulta necesaria para la consecución y mantenimiento del perfil de una sociedad determinada. Dado el carácter necesario de dichas reglas (que con razón se las llama inderogables) es factible considerar que su aplicación no escapa al campo arbitral. De otro modo, la nota impositiva, prohibitiva o «cogente» de esas reglas carecería de sentido. El fin es que se apliquen siempre. El arbitraje no puede ser considerado un mecanismo para evadir su cumplimiento. Ello es así tanto en su desarrollo (orden público procesal) como en su finalización (orden público material).

2.2 Hacia una definición operativa

Queremos empezar este punto tomando posición sobre las objeciones revisadas en el apartado que antecede. Pensamos que la utilidad de la cláusula de orden público está sustentada en la constatación de que la ley escrita no puede alcanzar a cubrir y proteger todas las consideraciones que una sociedad determinada tiene por fundamentales para su supervivencia organizada y pacífica. Si se advierte que es en el momento estelar del positivismo (la redacción del Código de Napoleón) cuando la noción se incorpora al sistema como límite a la autonomía privada, se comprobará que nuestra afirmación tiene incluso un fundamento histórico. Asimismo, el hecho de que la autonomía privada esté restringida por normas inderogables en virtud de otros preceptos legales también abona en nuestra tesis. En ese sentido es ilustrativa la opinión de Houin, quién en pleno siglo XIX sostenía que se trataba de una cláusula que

complementaba las leyes escritas y hacía del juez un legislador⁵⁰. La última frase no debe sorprender. Debemos a la judicatura francesa la reinserción del enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones⁵¹ y la creación de las astreintes.

Debe reconocerse que existe otra tendencia en relación al orden público, conforme a la cual los preceptos que interesan al orden público han de estar ligados a una ley que los cristalice. En atención a lo expuesto en el párrafo anterior podemos considerar a nuestro sistema como uno «dual» pues las referencias al orden público pueden encontrarse aisladas o supeditadas a leyes de orden público, o leyes que interesen al orden público. Es curioso que la Constitución al reconocer la libertad contractual la restrinja sólo en lo que se refiera a las leyes de orden público y el legislador ordinario no siga el mismo camino en lo que se refiere al derecho internacional privado⁵². Tal discordancia no tiene más efecto que producir segmentos separados de aplicación del concepto.

En nuestra opinión y en lo que hace al orden público como límite de la actuación arbitral, estimamos que el régimen a considerar es el relativo al derecho internacional privado. Ello porque, como hemos tenido ocasión de señalar, el problema que se presenta en tal sede es afín al del arbitraje: la ejecución de una decisión emanada de un órgano distinto al Judicial⁵³.

Más difícil es la ubicación del concepto frente a las normas inderogables (imperativas y prohibitivas). En el Perú se ha afirmado por un lado que el orden público se identifica con las normas imperativas⁵⁴ y, de otro, que «el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Éste se manifiesta a través de normas imperativas»⁵⁵. También se

⁵⁰ Houin. *Intervention sur la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*. Citado por GUANERI, Op. cit. p. 160. Conforme a éste último autor, también son de la misma opinión Ripert, Planiol, Esmein, Domat Amiaud y Pothier. En particular, Houin sostuvo que: «...el orden público no se conforma solamente con las leyes imperativas...el orden público es ante todo un medio puesto a disposición de los jueces para integrar las lagunas del ordenamiento. Es un medio de hacer del juez un legislador» [La traducción es responsabilidad del autor]

⁵¹ Cf. por todos EMILIANI ROMÁN, Raimundo. «El enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones». Bogotá: Arboleda, 1996.

⁵² Un análisis de esta materia en específico en CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía Privada, Contrato y Constitución*. En: *Derecho Civil Patrimonial*. Alfredo Bullard, Gastón Fernández, Ed. Lima: PUCP. 1997. pp. 39-58.

⁵³ Antes de aproximarnos a la índole de los preceptos de orden público conviene distinguir el concepto de las «buenas costumbres», acompañado en alguna de las disposiciones citadas. El concepto es manifiestamente distinto: una buena costumbre, para ser tal, tiene que tener alguna raigambre en la vida social. Una cuestión de orden público puede ser introducida por el legislador o constituyente en determinado momento. Por ejemplo, en el campo del orden público económico, las disposiciones de indexación, las cláusulas valor oro, o en general, aquellas medidas de política económica que se dicten en circunstancias determinadas.

⁵⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «El Acto Jurídico». Lima: Gaceta Jurídica. 2002. p. 63.

⁵⁵ LOHMANN, Guillermo. *Reforma del Título Preliminar del Código Civil*. En: *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica, 1988. p. 61.

ha anotado que no toda norma imperativa es de orden público⁵⁶.

Coincidimos parcialmente con la última posición, pues estimamos que el concepto de orden público no se agota en las normas imperativas. Empero, juzgamos acertado considerar que no toda norma imperativa es de orden público, pues puede no obedecer a la tutela de intereses generales de la colectividad o del ordenamiento, sino a razones de política legislativa que conciernen al legislador ordinario. Esto se engrana con lo que habíamos expuesto en el punto 2.1 que antecede, cuando decíamos que existía una intersección entre lo que los franceses⁵⁷ entendían por «orden público» y algunos preceptos constitucionales: la libertad de comercio, industria y mercado, etc. Ocurre que hoy en día los intereses esenciales y los principios básicos de la organización jurídica, social y económica tienen un lugar exacto: la Constitución.

Habiéndole acordado al orden público una naturaleza indeterminada basada en la posibilidad real de que la ley escrita no refleje de modo íntegro los principios en cuestión, debemos añadir que la búsqueda de tales preceptos tiene por lugar privilegiado, en el Estado Constitucional de Derecho, el texto de la Constitución. Es allí dónde quedan perfilados⁵⁸, no necesariamente en forma escrita, los principios esenciales de los que tratamos.

Para concluir con este punto podemos afirmar que el orden público está constituido por el conjunto de preceptos (no necesariamente escritos y de allí que la asimilación con la norma imperativa no funcione) esenciales y fundamentales a la organización de una sociedad determinada, en específico, los principios éticos y jurídicos que vertebran un sistema legal determinado y en los que reposa el orden económico, social y político de esa

sociedad⁵⁹. Debe finalmente añadirse que el orden público no es un concepto metafísico: sus contornos dependerán de las coordenadas históricas específicas de cada sociedad⁶⁰.

2.3 La imposibilidad de arbitrar una controversia que interese al orden público.

¿Qué controversias quedan excluidas del arbitraje en aplicación del artículo 1 de la LGA? ¿Cuándo una controversia interesa al orden público? Aplicando el concepto de orden público desarrollado por nosotros en los dos apartados que anteceden podría pensarse que cada vez que están en juego sus preceptos la controversia interesa al orden público y, en tal virtud, queda fuera del campo del arbitraje. Esa sería una interpretación literal que reduciría severamente el marco de actuación del arbitraje sin un fundamento válido y contraviniendo la lógica que nuestro sistema arbitral presenta.

En efecto, serán pocas las veces en las que no exista norma o precepto de orden público sobre el que pueda basarse el laudo o plantearse la controversia. Las reglas que disciplinan el Registro Público (todos conocen el registro, el tercero registral, etc.) son, qué duda cabe, esenciales a nuestra organización jurídica. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad aquiliana y el enriquecimiento sin causa, pues todo el derecho civil patrimonial descansa sobre la regla del «*altrerum non laedere*» y la necesidad de que todo desplazamiento patrimonial cuente con un título justificativo de la atribución. ¿Significa esto que las controversias relativas a las compras realizadas de buena fe y los eventuales saneamientos por evicción que se enfrenten quedan fuera del ámbito arbitral?

Creemos que esta interpretación, por lo absurdo de sus resultados, debe rechazarse. Reducidas serán las ocasiones en las que en

⁵⁶ En ese sentido ESPINOZA, Juan. Op. cit. p. 303, a propósito de la primera de las reglas contenidas en el artículo 1328. Asimismo, Manuel de la Puente [*El contrato en general*. Lima: PUCP. 1991. Pág. 100] quién afirma que: «hay normas imperativas que encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y la tutela a los intereses generales de la colectividad (...) el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento».

⁵⁷ Nuestra constante referencia a la doctrina francesa tiene un triple fundamento. Allí se incorporó el concepto en cuestión. De allí fue traído por Manuel A. Olaechea para el Código de 1936 y allí se inspiró el legislador de 1984.

⁵⁸ También por un fundamento constitucional del orden público, ÁLVAREZ SÁNCHEZ. Op. cit. pp. 362 y siguientes, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y la Audiencia Provincial de Madrid.

⁵⁹ Permítasenos aportar los ejemplos de Fernando Da Fonseca Gajardoni [*Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal*. En: *Revista de Processo*. No. 106. Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 192] quién indica que son de orden público el estado y la capacidad de las personas, la organización de la familia, el orden y la vocación hereditaria, la propiedad, la responsabilidad civil, las libertades básicas, la protección de trabajador, etc.

⁶⁰ Dado nuestro punto de vista sobre el contenido del orden público, en el sentido de que sus preceptos no estén siempre reconocidos por leyes escritas, cabe coincidir con GUARNERI Op. cit. p. 164 en el carácter preterlegal que atribuye al concepto.

un arbitraje estén del todo ausentes normas básicas de nuestra organización jurídica. Casi toda controversia, por muy patrimonial y disponible que se presente, estará en mayor o menor medida asentada en un principio fundamental del ordenamiento. Para mostrar los nocivos resultados de esta interpretación permítasenos un ejemplo. En un contrato de obra de un edificio se acuerda un arbitraje. Al momento de la entrega de la obra (de 30 pisos) el comitente se niega a aceptarla porque no se han seguido sus instrucciones en lo que hace a la calidad de los materiales utilizados y a la estructura de la obra. Parte de la alegación relativa al incumplimiento pasa por la comprobación de que no se ha cumplido con estándares administrativos mínimos que garantizan la integridad de la obra y que ésta no se derrumbe. Dada la índole indisponible de los estándares descritos, el contratista podría alegar que se trata de una materia de orden público y que sobre ella no cabe arbitraje alguno. En tal caso, se habrá perdido la opción de que sean árbitros conocedores y peritos en materia de construcción los que resuelvan el caso como estaba previsto en el contrato, con gran traición de uno de los fundamentos del arbitraje: la pericia del árbitro y su cercanía con un tema específico.

Por lo demás, aun cuando los árbitros estén en aptitud de decidir sobre su propia competencia⁶¹ la posibilidad bajo análisis abriría las puertas a una serie de alegaciones destinadas a desconocer el convenio arbitral y su aplicación al caso en función de la presencia de normas como las que son materia de análisis. Estimamos que la ruta a transitar para determinar cuándo una controversia interesa al orden público es otra y que la expuesta debe descartarse porque resiente todas las funciones que se asignan al arbitraje. Así, estimamos que una controversia interesará al orden público cuando comprometa, palmariamente, intereses distintos a los de las partes de proceso. Una buena pista para esta materia la da la legitimación con que cuenta el Ministerio Público para intervenir en ciertas controversias. Conforme al artículo 220 del Código Civil, las nulidades sancionadas por el artículo 219 pueden ser solicitadas por las partes afectadas, por quienes tienen interés y por el Ministerio Público. Estimamos que tal legitimación pone de manifiesto un interés que trasciende a las partes en las controversias en

los que se habilita tal intervención. Luego, las mismas interesan directamente al orden público, trascienden el interés de las partes arbitradas y no son susceptibles de arbitraje.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior estimamos que no cabe otra opción. Si se admite la «arbitrabilidad» de las controversias en las que puede demandar el Ministerio Público se presentarían interesantes problemas jurídicos (relativos a la litispendencia y a la cosa juzgada) e irresolubles problemas prácticos, vinculados a la imposibilidad de acumular un proceso arbitral con uno judicial.

En nuestra opinión, aún cuando creamos que el análisis del artículo 1.1 de la LGA debe realizarse caso por caso, estimamos que la consideración que debe presidir el análisis tiene que ver con los intereses comprometidos. Si estos exceden los de las partes y se presentan rasgos de orden público, habrá que tener a la materia por no arbitrable. En efecto, cuando haya que resguardar intereses superiores a los de las partes y estos atiendan al orden público, habrá que acudir, como tiene dicho Lohmann⁶² a quién esté obligado a tutelarlos. Debe, finalmente, anotarse que la cláusula de orden público sí excluye, en Brasil por ejemplo, la tutela de derechos *supraindividuales*, personalismos y las materias que tocan al derecho de la competencia⁶³.

3. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA LGA

3.1 Consideraciones previas

Queremos brevemente recordar los dos temas tratados en los puntos 1.2 y 1.3 que anteceden y dar una explicación sobre los calificativos que hemos añadido al arbitraje a pesar de que nuestra Constitución lo considere llanamente como jurisdicción y nosotros estemos dispuestos a darle toda la importancia posible a tal expresión. El Estado Constitucional de Derecho atribuye al arbitraje y a la jurisdicción una función distinta, aunque el primero comparta con la segunda el método (el proceso) y el objetivo (la heterocomposición). Pero con relación al arbitraje y aún considerando la existencia del arbitraje forzoso no es posible afirmar que se cumpla el cometido «mediato» de la jurisdicción: la defensa final

⁶¹ En función del principio de *Kompetnz vs. Kompetenz*. Cf. SABATER MARTIN, Anibal. La impugnación del laudo en Alemania. En: Cuadernos Procesales No. 16. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho. 2002.

⁶² «El Arbitraje». Op. cit. p. 65.

⁶³ Cf. DE MATTOS, Antonio José.

Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis á luz da Lei da Arbitragem. En: Revista de Processo. No. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

de la autoridad legislativa del Estado, y la garantía de la vigencia del derecho objetivo y las libertades públicas esenciales. Asimismo, un proceso arbitral revela un antagonismo de intereses privados y no es ese el lugar donde se escenifican los conflictos sociales; las colisiones entre las actitudes y valores de una época.

Pensamos que la primacía de los intereses privados⁶⁴ como fundamento de la tutela arbitral hace a su esencia y que ello impide que pueda haber una asimilación total con la jurisdicción. Las importantísimas funciones que cumplen los árbitros no tienen las implicancias sociales de las de los jueces⁶⁵. Esos desarrollos están basados justamente en los distintos intereses y funciones que cumplen el arbitraje y el Poder Judicial⁶⁶ y cabe conjeturar que están hechos justamente en función de la cláusula analizada. Recuérdese que ya en la Francia del S. XIX se entendía la cláusula como un medio de hacer del Juez un legislador en función de los intereses esenciales de la colectividad.

Es precisamente tal cláusula la que por naturaleza distingue y limita el arbitraje. Pensamos que sería aconsejable incorporarla legalmente como límite a tal ámbito en la manera planteada a continuación, a fin de evitar imprecisiones y despejar legítimas desconfianzas. Recordemos que el control judicial del laudo está dispuesto para que sean respetados, en fondo y forma, algunos mandatos esenciales del ordenamiento.

3.2 El orden público no se identifica con el requisito de la libre disposición de la materia

La posibilidad de que se afecte el orden público en sede arbitral no queda conjurada con la imposibilidad de que se arbitre una materia que sea de su interés. Puede ocurrir que no se respeten las garantías procesales mínimas (motivación, contradicción, audiencia, prueba) y no cabe considerar que pueda formarse una cosa juzgada en ausencia de estos requisitos. De otro lado, tampoco

creemos posible que el laudo prescinda de la aplicación de normas que interesan al orden público, que lo contravenga en su decisorio en su *ratio decidendi*.

Bajo la lógica expuesta en el punto anterior, creemos que es posible que un laudo afecte el orden público: i) cuando produzca efectos anticompetenciales con la actuación de su decisorio, ii) cuando ordene una conducta o determine un efecto que deba reputarse jurídicamente imposible y, iii) cuando su decisorio (o la actuación de éste) implique la contravención de preceptos fundamentales del ordenamiento.

La vida práctica puede dar más casos. Por ahora baste con comprobar que en las hipótesis citadas la contravención es inaceptable y su posibilidad no queda cancelada con la «*inarbitrabilidad*» de la materia por interesarle al orden público. Aunque improbables, pueden reputarse como ejemplos de los supuestos en cuestión, una decisión relativa a una controversia entre empresas eléctricas que tiene un impacto final en los consumidores en el primer caso. Una orden relativa a un bien fuera del comercio en el segundo y una decisión que, en caso de incumplimiento, autorice a utilizar la violencia contra la parte vencida y, dentro de la misma lógica, un laudo que, por ejemplo, disponga la ejecución de un pacto comisorio. Por otra parte, un Tribunal Arbitral podría ordenar la ejecución de un acuerdo de reparto de mercado o de una concertación de precios, sin que, a «*prima facie*» el asunto aparezca como tocante a la colectividad. No es del todo razonable no acordar una impugnación en tales hipótesis.

Y es que debe apreciarse que la cláusula de orden público marca los límites entre los derechos e intereses individuales y los colectivos, erigiéndose en defensa de los últimos frente a los primeros. Tales intereses, es cierto, mudan con el tiempo y el lugar. Pero existe en los ordenamientos occidentales un funcionario público encargado de protegerlos y extraerlos de la cultura social y económica

⁶⁴ Reconocer esa primacía no significa negar el interés que tiene el Estado en que el arbitraje se desarrolle bajo ciertos parámetros. Significa sólo advertir que aún ante ese especial celo no le queda atribuida una función social como la del Juez. Nótese además que incluso en el arbitraje forzoso está presente el elemento de libertad y autonomía de las partes: en la elección del árbitro. Ese es un momento casi tan importante como el convenio arbitral. Platón decía que no hay confianza más sagrada que la que depositan las gentes en un tercero para que resuelva sus controversias, y que a tales personas les viene mejor el nombre de árbitros.

⁶⁵ Es impensable que cambios como los introducidos por el Juez Coke o por Marshall puedan provenir del arbitraje. Y tal impacto no sólo pasa por controversias constitucionales. Todo el desarrollo del derecho de la competencia de los primeros cincuenta años del siglo XX ocurrió gracias a la jurisprudencia de los jueces norteamericanos. Lo mismo cabe decir del desarrollo de la doctrina del análisis económico del derecho, a partir de las decisiones californianas relativas a productos defectuosos (*strict liability*) y a otras formas de la responsabilidad extra contractual.

⁶⁶ GUARNERI, Op. cit. p. 170 identifica el orden público con la «*public policy*» del *common law*.

vigente a un tiempo, de percibirlos como esenciales y de resguardarlos: el Juez. Por eso es correcto que el artículo 1 de la LGA excluya de las controversias arbitrables aquellas que interesan al orden público. Por el contrario, no es correcto que excluya, en oposición a los principales ordenamientos del occidente, la posibilidad de que un laudo contra el orden público sea anulado. Ello porque ese límite opera tanto respecto de la controversia como tal, cuanto respecto del modo en que esta se decide. El riesgo de que el modo de decisión, o si se quiere la «*ratio decidendi*» contravenga al orden público no queda conjurado con lo establecido por el artículo 1 de la LGA. Por tal razón consideramos una omisión irrazonable, y contraria a la tendencia de los principales sistemas de la actualidad⁶⁷, la exclusión de la contravención del orden público del listado del artículo 73 de la LGA como causal de anulación. El límite de orden público ha de ser tanto de entrada (materia susceptible de arbitraje) como de salida (decisión no contraria a los preceptos elementales de un sistema).

3.3 ¿Es posible la impugnación del laudo contrario al orden público?

Sometida la impugnación al principio de legalidad y considerado el listado cerrado del artículo 73 de la LGA sólo cabe concluir que la impugnación que titula éste trabajo no está habilitada en nuestro sistema legal. Pero esa afirmación sólo significa que el laudo no pueda rescindirse a través a través de la demanda de anulación reglada por la LGA. Si la impugnación, por ejemplo, no es por afectaciones al debido proceso, cabría plantear una «acción de amparo» cuando los preceptos de orden público estén ligados a libertades fundamentales protegidas por ese proceso constitucional.

Al efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que, si se trata de afectaciones al debido proceso, la demanda de anulación se constituye en vía previa al amparo⁶⁸. Frente

tal consideración es factible estimar que el proceso de amparo queda habilitado por afectaciones al contenido esencial de las libertades fundamentales. Esto no significa que el Juez deba conocer e indagar en las pruebas y fundamentos aportados. Debe conducirse de la misma manera que el Juez del exequátur: preguntándose si la decisión, en abstracto, afecta o no derechos constitucionales.

El fundamento de esta posibilidad, pensada para afectaciones manifiestas y por tanto inaceptables, estriba en que ni el convenio arbitral ni el proceso que le siga suponen una renuncia a la tutela jurisdiccional efectiva para la defensa de los derechos constitucionales. Consecuentemente, si los mismos son afectados cabría recurrir en amparo. Podría argumentarse que se estaría haciendo un distingo ilegítimo, pues respecto de las decisiones judiciales sólo cabe amparo por afectaciones al debido proceso, y no habría razón para admitir que contra un laudo se esté en mejor posición de ataque que contra una sentencia, cuando respecto de la segunda se ha privilegiado la seguridad jurídica frente a la justicia. Este argumento esconde dos problemas. El primero, que la distinta génesis de la decisión impediría equiparar los supuestos, siendo razonable evitar que un laudo sea lesivo de derechos fundamentales, privilegiándose así el valor justicia. El segundo, que esconde una interpretación extensiva de una norma que restringe derechos: aquella que restringe el amparo contra resoluciones judiciales sólo para afectaciones al debido proceso.

Sin embargo, la Ley 27053 del 18 de enero de 1999 ha zanjado la discusión al indicar que no cabe el amparo contra resoluciones judiciales o arbitrales emanadas de un procedimiento regular. Con ello sólo son controlables en amparo los laudos que afecten el derecho al debido proceso y originen un procedimiento irregular. Para usar nuestra terminología, sería recurrible el laudo que

⁶⁷ Recuérdese que en Suiza se admite expresamente una anulación por violación manifiesta del Derecho.

⁶⁸ Expediente No. 582-2001, ante el Tribunal Constitucional. En dicha ocasión el TC declaró improcedente el amparo por considerar que se había interpuesto después de 60 días de expedida la decisión de la Corte Superior, pero le asignó a la demanda de anulación, en lo que hace a la causal de afectación al derecho de defensa, el carácter de vía previa. Ahora bien, no obstante dicha decisión, existe un supuesto de afectación al debido proceso cuya corrección no está revista por el artículo 73 de la LGA. En efecto, la impugnación contra afectaciones al debido proceso está restringida, a tenor de la sintaxis del artículo citado, a las que ocurren en el desarrollo del proceso arbitral y no a las que puedan cometerse en el laudo. Siento la motivación un componente del derecho a la tutela jurisdiccional, cabe controlar la motivación del laudo en amparo pues está no es un vicio del procedimiento. Sobre el deber de motivación como componente constitucional tiene dicho nuestra máxima Corte: «que, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, toda resolución debe contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos; Cuarto.- Que, dicho mandato guarda consonancia con la exigencia constitucional de la motivación, entendiéndose que ésta constituye un elemento eminentemente intelectual, que expresa el análisis crítico y valorativo llevado a cabo por el juzgador, expresado conforme a las reglas de la logicidad y comprende tanto el razonamiento de hecho como el de derecho en los cuales el juzgador apoya su decisión»[Casación No.- 1102-00 LAMBAYEQUE Ejecución de Garantías 18-07-2000. Publicada en El Peruano el 30 de octubre de 2000.]

contravenga el orden público procesal, no así el orden público material.

Dada la modificación referida, no es posible anular el laudo a pesar de que éste afecte derechos fundamentales «materiales» o contravenga, en las reglas aplicadas a la decisión del caso, preceptos de orden público. Salvo lo expuesto sobre el amparo y conforme se explica a continuación, bajo la LGA no es posible anular un laudo que contravenga, materialmente, el orden público.

3.4 Las alternativas posibles

Hemos dicho que la cosa juzgada que produce el laudo sólo puede ser rescindida por la demanda de anulación o por el amparo por procedimiento irregular. Consecuentemente, la alternativa a plantearse no se dirige contra la cosa juzgada sino contra la ejecución del laudo. La pregunta aquí es ¿puede ejecutarse un laudo que contravenga el orden público? Para utilizar uno de los ejemplos planteados en el punto 3.1 ¿puede ordenarse forzosamente la entrega de un bien que está fuera del comercio?

Creemos que la respuesta está en una de las condiciones de la acción: la posibilidad jurídica del pedido. Respecto a la exigibilidad de tal requisito en sede de ejecución ha dicho Dinamarca⁶⁹: «La acción ejecutiva es acción y, por tanto excluir la incidencia de alguna de las condiciones *in executivis* significaría negar al sistema como un todo. La relevancia funcional de las condiciones de la acción ejecutiva en la mecánica del proceso de ejecución y de su procedimiento constituyen un dato inalienable del sistema».

En nuestro concepto es jurídicamente imposible ejecutar un laudo que contravenga el orden público. Sírvanos el concepto que de posibilidad jurídica nos brinda también el profesor brasileño: «que ella significa la admisibilidad, en abstracto, del proveído deseado, o la existencia de éste dentro del ordenamiento jurídico, o que sólo hay posibilidad jurídica si el derecho objetivo sustancial admite ese pedido»⁷⁰. Según nuestra noción de orden público, es indudable que la misma integra el derecho sustancial y éste no sólo no reconoce un pedido que lo contravenga sino que lo rechaza. Para utilizar

la tesis de Chiovenda⁷¹, no hay una voluntad específica en la ley (en el Derecho) para autorizar una ejecución contraria al orden público. Ello no nos parece jurídicamente posible.

Así, la única posibilidad que nos queda abierta sería la de solicitar la improcedencia de la ejecución por contener la misma un petitorio jurídicamente imposible, pues el mismo es rechazado por el ordenamiento material. No es posible afirmar que, en abstracto, se admita un pedido de ejecución (que supone la función sustitutiva de la jurisdicción, esto es, adecuar la realidad fáctica a lo estatuido por el título respectivo) mediante el cual los Jueces deban modificar la realidad para adecuarla a un resultado rechazado por el orden público.

No vemos problema en que la petición se realice en vía de «acción», a través de un proceso de mera declaración, destinado a solucionar la crisis de certeza vinculada a la posibilidad de ejecutar o no un laudo que contravenga el orden público. En efecto, el recurso al Judicial se constituye en el único mecanismo capaz poner fin a tan delicada situación. Nótese que la posibilidad bajo análisis, tanto en defensa como en ataque, no supone bajo ningún punto una revisión de la controversia: el control se realiza en abstracto.

Por tanto, los efectos de un laudo contrario al orden público, tal y como está diseñada la impugnación actualmente por la LGA sólo pueden ser rechazados en su ejecución, siendo imposible anular lo decidido. Ello, como tenemos dicho, sólo puede lograrse vía amparo por proceso irregular (orden público procesal) y, en caso se acepte nuestra tesis sobre el artículo citado 73, tal amparo puede plantearse, sin que deba recorrerse la impugnación allí habilitada, cuando se alegue un defecto de motivación en el laudo.

3.5 El problema del laudo de equidad

De cara a nuestra propuesta sobre la LGA conviene dejar planteado el problema de los arbitrajes de equidad. Y para ello ha de tenerse alguna idea de aquello en lo que estos consisten. Suele afirmarse que en el arbitraje de equidad se crea una regla para la solución del caso concreto, no prevista por el derecho

⁶⁹ DINAMARCO RANGEL. Cândido. *Execução Civil*. p. 394. Sobre la naturaleza de la posibilidad jurídica como condición de la acción véase: ENRICO LIEBMAN. *L'azione nella teoria del processo civile*. *Rev. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1950.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 382.

⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1954. p. 232.

y que ella supone «una morigeración del rigor de la ley». Esta percepción es insuficiente. Si no se exigiera una racionalidad superior al «leal saber y entender» de los árbitros, los juicios de equidad serían perfectamente arbitrarios. Por el contrario, la idea en el arbitraje de equidad es precisamente la opuesta. Debe intentarse siempre que la regla sirva para controversias futuras que respondan a la misma lógica. Como establece el artículo 1 del Código Civil suizo, al resolver según la equidad el Juez dispondrá «según lo que hubiera establecido él como legislador»⁷². Igual orientación se sigue en derecho brasileño⁷³ y ello no es sino consecuencia de uno de los principios orientadores de la equidad: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales⁷⁴.

La relación del derecho con la equidad ha sido y será materia de los más arduos debates. Bástenos con señalar, con el Profesor Galgano y a efectos del arbitraje de equidad, que «...la equidad no se contrapone al derecho: es un derecho equitativo opuesto al derecho codificado; la diferencia no es entre derecho y no derecho, sino entre los diversos modos de formación del derecho»⁷⁵.

Ahora bien, esa regla específica que se crea para el caso, y que ha de servir en el futuro, no brota espontáneamente del árbitro. «Juzgar según la equidad significa juzgar conforme a la cultura económica y social de un tiempo»⁷⁶. Por ello, un laudo de equidad contra el orden público es imposible de concebir. El primer concepto implica la creación de una regla particular a una controversia determinada, que la considere en toda su singularidad, y la resuelva con miras al establecimiento de las «razones de la decisión» como máximas para la resolución de futuras controversias similares. En ello el juzgador (juez o árbitro) actúa expresando, como dice Vittorio Frosini, una cierta civilidad política. Más adelante agrega: «Aquello que resuelva, por fin, no lo hará como profeta de la moralidad, sino y

simplemente como artesano del espíritu, como experto dinámico del ordenamiento jurídico»⁷⁷.

El orden público expresa ese conjunto de preceptos que una sociedad juzga como esenciales. Un laudo de equidad, una expresión de cierta cultura económica y social, no puede contrariar lo que, precisamente, esa sociedad tiene como esencial. Ello porque la equidad tiene en esos preceptos sus propios cimientos.

Ha resuelto la Corte Suprema de Italia⁷⁸ que: «...el pronunciamiento según la equidad no implica absoluta libertad del árbitro, también los árbitros de equidad están llamados en todos los casos a observar la norma fundamental e imperativa [*cogenti*] de orden público, puesta en vista de los intereses y como tal no inderogable por la voluntad de las partes, no susceptible de formar objeto de compromiso»⁷⁹.

Bajo el desarrollo anterior no cabe hacer ningún distingo entre el arbitraje de equidad y el arbitraje de derecho a efectos de la impugnación de los respectivos laudos, si ellos afectan el orden público. Ello sin perjuicio de que un laudo de equidad contrario al orden público sea un contrasentido. Pero es posible que ocurra y, si por nada más, debe otorgarse una vía para su impugnación.

3.6 Bases para una reformulación del artículo 73 de la L.G.A.

Estimamos que el orden público es un límite natural del arbitraje y como tal debe ser reconocido en su regulación legal. Si se advierte que la maquinaria de la ejecución se activa sin necesidad de homologación, debe apreciarse adecuado que la impugnación del laudo permita verificar que éste ha sido respetuoso en su formación (orden público procesal) y en el contenido de la decisión (orden público material) respecto de ciertos preceptos que fundamentan nuestra vida

⁷² MOSSET ITURRASPE, Jorge. «Justicia Contractual», Buenos Aires: EDIAR, 1979. p. 7 y 10.

⁷³ El artículo 114 del Código Procesal Civil establecía que: «Cuando está autorizado a decidir por equidad, el juez aplicará la norma que establecería si fuese legislador».

⁷⁴ RAO, Vicente. Equidad y Derecho Positivo. En: Instituciones atípicas en Derecho Privado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1985. p. 209.

⁷⁵ GALGANO, Francesco. *L'equità degli arbitri*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 417.

⁷⁶ Op. cit. p. 415.

⁷⁷ FROSINI, Vittorio. La equidad en la teoría general del derecho. En: Instituciones atípicas en Derecho Privado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1985. p. 224-225. Para el profesor italiano tampoco es posible un laudo en equidad contra *legem*, pues la equidad es un concepto *praeter legem*.

⁷⁸ Cass., 25 maggio 1981, n.3414, in *Guist. Civ.*, 1981, I., p. 2600. Citada por Galgano: Op. cit. p. 415.

⁷⁹ Se ocupaba del tema expresamente el Profesor Ráo: «Adaptar la ley a los casos concretos, suprimir sus defectos y lagunas, mitigar su eventual rigidez en aras a la humanitas y la benignitas, no significa que pueda fallar *contra legem*» Dicho autor prefiere encontrar una «disidencia» entre lo preceptuado por la norma de orden público y la hipótesis fáctica concreta, si el la primera resulta notoriamente injusta para la segunda. [Op.cit. Pág. 213].

jurídica. A la fecha ello no es posible y debe serlo.

En tal sentido, la incorporación de la causal de anulación por contravención del orden público (en el decisorio) resulta necesaria, pues están quedando en el limbo jurídico aquellos laudos que lo contravienen y que, por un lado, no pueden ser ejecutados y, por otro, han producido cosa juzgada. Asimismo, la incorporación de la causal en cuestión permitiría al Judicial conocer de las afectaciones al debido proceso que vayan más allá del derecho de defensa al interior del proceso arbitral –hipótesis que sí reconoce el artículo 73– y se refieran por ejemplo, y sin que sea necesaria una labor argumentativa, a la exigencia de la debida motivación de toda decisión.

En efecto, resulta curioso que la Constitución garantice la debida motivación y la LGA no prevea expresamente una impugnación cuando no se cumpla con aquella exigencia, a pesar de la asimilación que ha hecho respecto del arbitraje con la jurisdicción. Con tal previsión quedarían armonizadas la impugnación que prevé el artículo 73 en cuestión y la que habilita el amparo.

En tal reforma sería también aconsejable, además de introducir la causal en comento y fijar el concepto de orden público como límite al arbitraje, contar con una norma que, como en la legislación española, atribuya la calidad de título de ejecución a los laudos dictados con «arreglo a lo establecido en la presente ley»⁸⁰. Con ello el Juez ejecutor estaría en aptitud de denegar la ejecución cuando el laudo contenga, por ejemplo, afectaciones al orden público, verse sobre materia indisponible o suponga el análisis de una controversia que, directamente, interese al orden público.

Queremos terminar afirmando que el orden público tutela, ante todo, los intereses esenciales de la colectividad. A pesar de que las hipótesis tratadas puedan resultar singulares, no debe perderse de vista que, conforme a la formulación actual de la LGA, ni la parte afectada ni los posibles terceros cuentan con mecanismos adecuados para tutelar sus derechos frente a un laudo sobre el que trata éste trabajo. Esa posibilidad es grave, además, porque representa una desconfianza teórica e histórica en el Juez que, en nuestra humilde percepción, nos va a condenar a una sociedad premoderna.

⁸⁰ Ley de Arbitraje del 5 de diciembre de 1988. Artículo 52.