

ARBITRAJE
EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA
REFORMA DE LA JUSTICIA

ARBITRAJE

EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA REFORMA DE LA JUSTICIA

Mario Castillo Freyre
Ricardo Vásquez Kunze

Biblioteca de Arbitraje
(VOLUMEN I)

LIMA, 2007

ARBITRAJE

EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA REFORMA DE LA JUSTICIA
Mario Castillo Freyre / Ricardo Vásquez Kunze

Noviembre del 2006
Tiraje: 1000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze, 2006
© Palestra Editores S.A.C., 2006

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º: 2006-10393
ISBN: 9972-224-35-X

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Índice	7
Introducción	11
CAPÍTULO I	
El sueño de los justos	17
CAPÍTULO II	
Naturaleza y Definición	33
CAPÍTULO III	
El dominio contractual	53
CAPÍTULO IV	
¿Qué arbitrar?	73
CAPÍTULO V	
La familia arbitral	97
CAPÍTULO VI	
Árbitro	121
CAPÍTULO VII	
Ética y la tesis de la relatividad moral de los árbitros	139
CAPÍTULO VIII	
Recusación	151

CAPÍTULO IX	
Cómo se resuelve y cómo no se resuelve una recusación	175
CAPÍTULO X	
El proceso: Oportunidad, temporalidad y <i>favor arbitris</i>	187
CAPÍTULO XI	
Las partes del proceso: Contradicción, no discriminación y buena fe	207
CAPÍTULO XII	
Partes y Árbitro: Balance de poderes	219
CAPÍTULO XIII	
El fin de muchas cosas: El laudo	239
Epílogo	263
Bibliografía	265

«[...] Si pintara aquí a todos los jueces uno al lado de otro y usted se defendiera ante esa tela, tendría seguramente más éxito que delante del verdadero tribunal [...].»

Franz Kafka. *El Proceso.*

«Atena.- [...] Yo voy a escoger los jueces entre los ciudadanos más dignos y volveré con ellos. Ellos juzgarán el caso con conocimiento de causa, y emitirán su fallo fieles a la ley de su conciencia».»

Esquilo. *Las Euménides.*

INTRODUCCIÓN

Es muy común al hombre creer que las circunstancias de su tiempo son eternas. Y es muy común porque es muy cómodo. La comodidad de no pensar más allá de los linderos de lo conocido da al hombre una inapreciable sensación de seguridad. De ahí que sea por comodidad y seguridad que el hombre viva la ilusión de la eternidad. La ilusión de que las cosas siempre serán como las conocieron y de que la Historia no les llega más que como un casi inaudible eco del pasado, desde alguna de esas bibliotecas que hoy apenas pocos visitan. Pero si acaso existe una única verdad, esa es la que enseña la Historia. Todo cambia, nada permanece y aquel «eterno retorno de lo mismo» no es sino el confortable sueño de una vida segura y feliz en la ignorancia.

Los últimos doscientos años han visto la apoteosis del Estado-Nación. Quienes escribimos estas páginas somos sus hijos, pero acaso seamos los últimos. La verdad es que no estamos seguros de si ese coloso que parecía eterno, de si ese «Papá Estado» sin el cual no podíamos imaginar nuestra vida, tendrá más descendencia. Lo cierto es que el Estado-Nación está viejo y agotado. Todo parece indicarlo. Ya no es el mismo de antes. Poco o nada puede ya engendrar y por eso es que las poderosas funciones que antaño lo legitimaban, hoy, al contrario, lo deslegitiman. Uno de esos poderes que languidecen es el de la administración de justicia. Por doquier. En el mundo. Pero en estos lares más que en cualquier lado. Lenta, onerosa, inepta, inmoral, corrupta,¹ la exclusiva función

¹ En su edición del martes 5 de septiembre de 2006, el diario «Correo» de Lima (y en realidad todos los diarios de circulación nacional, emisoras de radio y

jurisdiccional del Estado, antaño garantía contra el abuso, hoy se ha convertido para muchos en la garantía del abuso. De la solución de los problemas sociales en los tribunales, hoy es uno de los grandes problemas sociales que exige solución. El arbitraje parece ser esa solución.

Que una administración de justicia privada termine tomando la posta histórica de la justicia del Estado es una idea sugerente y poderosa. Sugerente porque significa desmitificar aquella justicia olímpica para la que los simples mortales somos incapaces de administrar. Poderosa porque roto el monopolio de los Palacios de Justicia queda roto también el tabú de que sólo el Estado, con su omnipotencia, puede garantizar la solución de controversias en una sociedad posmoderna. Y esto significa algo tremendo. Pues si como sugerimos aquí la justicia del Estado-Nación está en crisis, los principios filosóficos que una vez la animaron también lo están. El juez natural, el absolutismo de la igualdad ante la ley, la pluralidad de instancias, la gratuitud de la función jurisdiccional del Estado, la publicidad de los juicios, en fin, todo aquello que antaño garantizaba la recta y expeditiva administración de justicia, hoy parece ser una insoportable carga que hace imposible, precisamente, llegar a esa justicia. Y son de esas cargas de las que el arbitraje, así lo creamos al menos, se ha desecho. Por eso es que funciona... y bien.

canales de televisión), despertó a sus lectores con el siguiente titular: «¡Corrupto y pesetero! VOCAL SUPREMO SE EMBARRA POR S/.1,000. Magistrado [...] recibe coima para reponer policía».

En efecto, se trataba de un vocal supremo provisional de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, sorprendido *in fraganti* en la víspera, cobrando parte de una coima de S/.5,000.00 soles de un litigante (lo cierto es que se le encontraron S/.400.00 soles en el bolsillo). El Juez Supremo quedó expuesto ante las cámaras de televisión y la opinión pública. Los únicos sorprendidos fueron sus colegas del Poder Judicial y de la Corte Suprema, que se constituyó, para variar, en sesión de emergencia, como si la justicia en el Perú no viviera en una emergencia permanente. Al día siguiente, miércoles 6 de septiembre de 2006, el Presidente de la Corte Suprema en compañía del Presidente de la República, anunció la enésima reforma del Poder Judicial en el Perú, esta vez bajo el eufemismo de «reestructuración», dado lo devaluado del término «reforma».

Por supuesto que todos estos cambios generan controversia. Ningún cambio se produce sin generarla. La voluntad de poder es un impulso vital aun en aquellas caducas instituciones que caminan, como la justicia del Estado, arrastrando los pies. Porque la que una vez fue ama y señora no quiere dejar de serlo por vieja. Y siempre hay escuderos póstumos. Desde aquellos que declaran la inmortalidad del Estado-Nación y la soberanía de sus funciones jurisdiccionales rasgándose las vestiduras por los tribunales nacionales, hasta los cándidos que, reconociendo su decrepitud, todavía creen en esos principios tan queridos para la administración de la justicia ordinaria y que consideran inaudito que el arbitraje los esquiven o, peor aún, los ignore. De ahí que no falten quienes, con la mejor de las intenciones pero la más ciega de la visiones, quieran reproducir en el arbitraje los mismos vicios que han causado la ruina de la justicia pública. Esto sólo demuestra lo difícil que es deshacerse del paradigma de justicia que heredamos desde hace doscientos años.

Sea como fuere, el arbitraje es una realidad. Y lo será aún más en la medida de que la administración de justicia del Estado siga la suerte de ese Estado-Nación que hoy está postrado. Así pues las realidades deben ser estudiadas para ser comprendidas. Ése es el propósito de *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Analizar profundamente una institución que se perfila en un futuro no muy lejano como el nuevo horizonte de una justicia también renovada, acaso la única respuesta real a los enésimos fracasos de reformas de la judicatura en el Perú.

En ese sentido este no es un libro tradicional sobre arbitraje. No es un manual. Propone algo más que una exégesis convencional de las normas positivas que lo sustentan. Trata de profundizar sobre los grandes problemas de la justicia y los principios que la animan desde el punto de vista de una administración de justicia privada. Es una aprehensión filosófica del arbitraje privado contemporáneo con todo lo que esto implica, pero es asimismo una aproximación empírica de primer orden al concreto mundo de los juicios privados, en tanto la experiencia de uno de los coautores como árbitro y

como abogado de parte en procesos arbitrales desde la práctica en el Estudio Mario Castillo Freyre.

El libro aborda pues desde la crisis de la justicia pública peruana, en cuyo espejo pueden mirarse –un poco más cerca, un poco más lejos– el común de las justicias latinoamericanas, pasando por los grandes debates conceptuales sobre la naturaleza y la definición del arbitraje así como la ética que le debería ser propia, hasta el análisis del proceso arbitral en sí mismo bajo el contexto de la Ley General de Arbitraje peruana, la doctrina y la experiencia profesional.

Así pues, nada más ajeno al espíritu de este libro que el de las encyclopedias, que el del inventario de datos y las exégesis de Perogrullo. Polémica filosófica, polémica ética, polémica sobre el contenido de nuestra Ley General de Arbitraje y polémica sobre el ejercicio de la función arbitral es lo que la comunidad jurídica podrá encontrar en este libro. Porque un libro que no genere polémica no es un libro, y jamás debería salir de la imprenta.

De ahí que este libro no pretende ser tampoco un tratado que se ocupe de todos los temas relativos al arbitraje. Los coautores han sido selectivos con los problemas y el debate que han querido hacer públicos y han dejado aquéllos que por el momento no han concitado su interés. Sin embargo, dado que uno de los principales propósitos de este ensayo es difundir el arbitraje como una nueva forma de hacer justicia para las mayorías, el interés intelectual de los coautores por el arbitraje no se puede agotar con este libro, que constituye apenas el primer volumen de una biblioteca jurídica, La Biblioteca de Arbitraje, que el Estudio Mario Castillo Freyre inaugura con este libro, y que pretende ser una columna del estudio de una institución cuya construcción contemporánea recién empieza. Habrá sin duda mucho más que decir sobre el arbitraje en los siguientes volúmenes, en la medida de que aquella visión de una administración de justicia pública eterna a la que se hacía mención al principio de esta introducción, vaya desdibujándose hasta cobrar conciencia de su inexorable mortalidad.

Finalmente, los coautores quieren reconocer y agradecer el invaluable aporte a este libro de la señorita Sonia Flores Jara, brillante bachiller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que acopió y sistematizó la información que sirvió de base para la discusión y redacción de varios de los capítulos de este primer ensayo de la Biblioteca de Arbitraje.

Lima, septiembre del 2006

MARIO CASTILLO FREYRE
RICARDO VÁSQUEZ KUNZE

Capítulo I

EL SUEÑO DE LOS JUSTOS

La justicia como atracción turística.— Símbolos de ayer y símbolos de hoy.—Insatisfacción general de su administración oficial.— Algunas cifras.— Todos los gobiernos con sus reformas bajo el brazo.— La respuesta del pueblo a las reformas oficiales: Los linchamientos.— El fracaso total de las reformas oficiales.— Por qué fracasan y fracasarán las reformas oficiales.— El informe del doctor Pásara.— Más cifras.— La educación jurídica en el fondo del problema.— La mediocridad enquistada en el Palacio de Justicia.— La reforma judicial de las calles: La vendetta y el arbitraje.— Condena de la vendetta y apología del arbitraje.

Frente a los cien balcones de uno de los hoteles todavía más importantes de Lima, el Sheraton, separado por la inmensa explanada del Paseo de los Héroes Navales donde cada cinco años los principales candidatos a la Presidencia del Perú cierran sus campañas proselitistas rasgándose las vestiduras por una justicia que los peruanos esperan inútilmente, está el Palacio de Justicia. No se alza, no se yergue, no emerge. Simplemente está.

Antes, hace muchísimos años, cuando la simbología todavía era un elemento fundamental del ejercicio del poder y los magnates sabían de su hechizo sobre los simples del mundo, las sombras neoclásicas de esta hermosa construcción de cemento dominaban la tenebrosa prisión del Panóptico, en el mismo sitio donde hoy hallase el hotel de cinco estrellas.

A través de los barrotes, durante cada segundo, cada minuto y cada hora de su forzoso encierro, los desdichados sólo podían ver aquel palacio de donde salieron la última vez que fueron libres, como para hacerles recordar siempre el lugar donde la sociedad

condena a aquellos que la afrentan con sus crímenes y trapacerías. El que delinque pasa pues de un palacio a una mazmorra. Ése era el mensaje del símbolo. Tenía entonces todavía gran poder sobre la imaginación del pueblo, de ricos y pobres por igual, ese hermoso palacio guardado por fieros leones.

Hoy el palacio sigue allí pero la prisión no. Hoy «está» para la curiosidad turística de los amigos de ultramar que, desde el hotel, entre pisco sour, whisky y martinis, contemplan ya no un poder, el poder de la judicatura, sino las patéticas ruinas de acaso la función más importante del Estado: la de administrar justicia. Porque, en efecto, como si los símbolos quisieran recordarnos que todavía tienen mucho que decir, hay jueces, hay fiscales y abogados solazándose aún en los pasillos del palacio, pero no hay cárcel a dos pasos, ni a tres, ni a cuatro, sino la calle donde se pasean impunemente los delincuentes.

No hay pues más justicia en el palacio sino que, por el contrario, reina allí la más profunda injusticia, la que condena a cientos de miles de peruanos inocentes, ellos sí, a diligencias interminables, a juicios casi infinitos, a toda una vida de litigio con la ignorancia, estupidez, malicia y venalidad de la inmensa mayoría de aquellos que constitucionalmente están llamados a representar al pueblo a la hora de hacer cumplir las leyes y determinar quién tiene derecho y quién no en un conflicto.

Severa, o en el mejor de los casos exagerada, podría parecer nuestra apreciación para cualquiera que no hubiese tenido la trágica experiencia de un *rendez-vous* con las cortes de justicia del Perú. Sin embargo, no somos sino parte de la estadística, de aquélla que en Lima desaprueba con un aplastante 77.1% la gestión del Poder Judicial,¹ de aquélla que en el Perú desconfía de él con un inapelable 96%² y que, en consecuencia, como no podía ser de otra mane-

¹ Encuesta de la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública CPI, realizada en el ámbito de Lima Metropolitana del 22 al 24 de julio de 2006 sobre una muestra estadística de un total de 500 entrevistados.

² Encuesta de Apoyo, Opinión y Mercado para el diario El Comercio, realizada a nivel nacional entre el 13 y 15 de septiembre de 2006. La pregunta fue:

ra ante semejante estado de cosas, somos parte también de aquélla que, con la atronadora voz del 94% de opinantes, clama por su total reforma.³

Pero mientras algunos peruanos siguen esperando ilusamente que la enésima «reforma judicial» que cada gobierno trae bajo el brazo funcione –Velasco hizo la suya, Belaunde, García Pérez, Fujimori y hasta Toledo las propias–, en las calles, la inmensa mayoría del pueblo, cansado de esperar en vano algo que saben nunca llegará por las vías oficiales de ejecutivos y parlamentos⁴ tan desprestigiados como el propio Poder Judicial al que intentan reformar, ha iniciado su propia reforma de la justicia, o más bien dos reformas, terrible⁵ la una y civilizada⁶ la otra, pero, en cualquiera de ambos ca-

¿Cree usted que el Poder Judicial es confiable, poco confiable o nada confiable? Respondieron que confían en el Poder Judicial, el 2% de los entrevistados. Que confían algo, el 7%. Que confían poco, el 32%. Que confían nada, el 57%. No precisaron, 2%.

³ Ver nota 2. En este caso la pregunta fue: ¿Cree usted que el Poder Judicial necesita una reforma? Sólo 3% estuvo en desacuerdo y 3% no supo o no opinó.

Pero el deseo de un cambio profundo del Poder Judicial no es una cuestión coyuntural. En el año 2004, según una encuesta de la Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública (CPI), realizada en el ámbito de Lima Metropolitana el 24 y 25 de julio, sobre una muestra estadística de un total de 500 entrevistados, el 91.7 de los encuestados se pronunció porque se reforme el Poder Judicial. Lo interesante de esa encuesta es que reseñó los niveles socio-económicos de los encuestados que pedían la reforma. La coincidencia fue unánime en todas las clases sociales: en el alto/medio 93.2%; en el bajo 91.9%; y en el muy bajo 91.0%.

⁴ El reporte n.º 7-11/junio del 2006 del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que el nivel de desconfianza en el Congreso de la República llegó al 81% (poca o ninguna confianza) en Lima Metropolitana y el Callao. A nivel nacional, la encuesta de Apoyo, Opinión y Mercado reseñada en la nota 2 de este capítulo, registró en septiembre del 2006, una desaprobación del Congreso de la República de 42%; una aprobación de 36%. No precisaron 22%.

⁵ Esta «reforma» terrible de la justicia, como se verá, parece ser una de naturaleza exclusivamente penal.

⁶ La «reforma» civilizada correspondería, como se verá también, a una de naturaleza más bien civil.

sos, sin duda más efectiva que aquella atracción turística que el Estado peruano expone hoy frente al Sheraton.

En efecto. Es porque la justicia no puede esperar ya ni un solo segundo que ésta llamó, en la versión más brutal de la reforma judicial propuesta por el pueblo, la penal, a la puerta de Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O., dos hampones que, impunes por gracia de la justicia oficial, robaban sin temor alguno a las gentes de bien de su propio barrio, San Benito, en uno de los distritos más pobres de Lima, Carabayllo.

Era el último fin de semana de noviembre de 2004 cuando al grito de «justicia popular», una masa humana, harta de los latrocinos y totalmente segura de dónde había que hallar a los autores de sus desdichas, abrió a patadas la puerta de la casa de los susodichos, apoderándose de ellos que aterrados sólo atinaban a pedir piedad. Extraídos de su guarida a cachetadas, puñetes y palazos, los jóvenes, pues apenas contaban con 21 y 22 años, aprendieron en cuerpo y alma el profundo significado de aquello de que la justicia emana del pueblo. Sabían pues por qué los venían a buscar.

Inmediatamente empezó la procesión justiciera con los acusados arrastrados por las polvorrientas calles de San Benito, con breves estaciones en las puertas de las casas de sus víctimas reales o supuestas –todo lo robado alguna vez por allí parecía ser obra ese fatídico día de Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O.– que pedían a grito pelado la pena más severa: la muerte. A los acusados seguíanles las pruebas de sus crímenes, pues el pueblo exhibía en triunfo varios electrodomésticos –un radio viejo, algunos televisores destartalados, celulares, videogramadoras y cámaras fotográficas– encontrados en la casucha de los rateros.

Ensangrentados y totalmente desnudos luego de ser expuestos ante la vindicta pública, los pocos huesos que quedaban sanos de los escarmentados jóvenes llegaron a un descampado donde un letrero anunciaba el lugar de la justicia tanto tiempo esperada: «Amplia-

ción II Cruz del Norte». Había llegado la hora del «proceso». Instalóse pues de inmediato el tribunal del pueblo. Cuatrocientos hombres y mujeres humildes tomaban parte en este «mega juicio» sin precedentes para ellos donde, estaban seguros, los cacos pagaría n por fin sus innumerables delitos.

Como acusador principal se alzó –eso le pareció a todos lo más justo– un poblador de iniciales JMC en cuya casa se había producido el último robo. En fiscal se erigió otro vecino, VQI, de 41 años, cuya fogosidad en la sindicación de los crímenes de los «procesados» fue de popular beneplácito. Finalmente fue elegida juez la adusta matrona DRDO, una morena dirigente comunal respetada por todos los vecinos de la zona. El pueblo decidió que los hampones se defendieran solos.

Se inició el «juicio». Para Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O. no hubo banquillo de los acusados. Un poste sujetó sus desvencijados cuerpos casi estrangulados por potentes y celosas sogas. Entonces la «juez» exigió una confesión apoyada en sus exhortos por el «fiscal». Como los acusados sólo emitían débiles murmullos, acaso por lo hinchado de sus bocas ya sin dientes a fuerza de inmisericordes palazos, doña DRDO, togada con un delantal manchado de grasa de pollo y una cachucha negra de lunares blancos que hacía de birrete, ordenó un castigo que refrescara sus memorias y le soltara las lenguas.

Fueron rapados y luego la saña los cubrió de la cabeza a los pies. Ante sus alaridos y sus invocaciones a la piedad estalló el enardecimiento general. Cuando el kerosene bañó sus cuerpos los acusados supieron que ya no era hora de pedir piedad sino de confesar. Y lo hicieron. «Soy ratero, confieso, pero no me maten, por favor» se dice que dijo Harold L. Ch. Y a confesión de parte relevó de prueba. VQI, el «fiscal», pidió entonces la pena de muerte bajo el argumento de que se habían recuperado las cosas robadas en la casa de los «procesados» y ambos habían confesado sus crímenes. Entonces, ante la algarabía general, doña DRDO impartió justicia con un mo-

hín de solemnidad pero apurada para llegar a tiempo a cocinar en su comedor popular. Sentenció entonces la «juez»: «Los que roban a los pobres deben irse cuanto antes al infierno. Merecen morir».

Entonces, cuando el fósforo de la justicia estaba ya prendido para ejecutar la condena de los malhechores expedida en un tiempo récord –entre la «captura» y la «sentencia» no había pasado más de una hora– Dios quiso darles a esos pobres infelices una última oportunidad. Todavía no había llegado para ellos la hora del juicio final. Irrumpió la policía en el patíbulo, alertada sin duda por algún vecino que se guardó bien su compasión en el anonimato. Y a fuerza de balazos al aire y un aluvión de bombas lacrimógenas, la fuerza de la ley logró abrirse paso hasta las piltrafas humanas todavía con vida en que estaban convertidos Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O., para rescatarlos de la justicia del pueblo y ponerlos en manos de la oficial, la de la hermosa vista que tienen los balcones del Sheraton. «Han tenido ustedes más suerte que el pobre diablo de este último jueves» –se trata del jueves 18 de noviembre de 2004–, les dijo en la comisaría el jefe de la Dirección de Operaciones Especiales que los había rescatado. «A ese no pudimos salvarlo».⁷

Tampoco parece que tiene visos de salvación la justicia oficial, por lo menos, desde las alturas del poder afincado en la Plaza de Armas, la Plaza Bolívar o el Paseo de los Héroes Navales.⁸ Ninguna reforma judicial que ha venido de allí ha tenido éxito en los últimos cuarenta años y por lo tanto parece muy poco probable, después de tantísimos ensayos fallidos, que lo tendrá. Porque lo sucedido en San Benito no es una excepción lamentable. Empieza a ser

⁷ Ésta es una historia real. El lector puede revisar al efecto los diarios de circulación nacional *Perú 21* y *La República* de fecha martes 23 de noviembre de 2004, de donde los autores han extraído las diferentes versiones de los hechos y recreado el relato.

⁸ Para nuestros lectores extranjeros, allí se encuentran, respectivamente, el Palacio de Gobierno, el Palacio del Congreso de la República y el Palacio de Justicia.

una regla de justicia, de una nueva justicia, de una justicia reformada desde el llano y por la cual sus autores, en este caso los sectores más humildes y desamparados de la sociedad,⁹ están dispuestos a apostar para satisfacer esa necesidad elemental que el Estado peruano no está en condiciones de dar.

Porque no por nada se han producido en el Perú desde enero de 2004 hasta noviembre del mismo año, 1,993 linchamientos contra hombres y mujeres acusados por delitos que parecen ajenos al interés de la justicia oficial, 965 de los cuales en la misma ciudad de Lima. Y dieciocho personas han muerto en ese período, «condenados» a la pena capital¹⁰ —que no existe constitucionalmente en el Perú salvo en caso de traición a la patria mediando una guerra exterior—, entre ellas autoridades estatales cuya víctima más famosa fue el alcalde de la ciudad de Ilave, en Puno, ajusticiado por «corrupto» y quemado vivo ante las cámaras de televisión el 26 de abril de 2004, para pasmo del mundo pero no del Perú.

Porque lo terrible de esta versión penal de «reforma popular» de la justicia está en la aceptación que ella tiene para muchos peruanos. En efecto, las estadísticas son nuevamente contundentes. Para el 64% de limeños es absolutamente justificable la administración de justicia por mano propia en tanto las autoridades no sean capaces de castigar con el máximo rigor a los delincuentes. Sólo el 35% consideró que la población no tiene derecho a hacer justicia con sus propias manos. Las razones de tan alto porcentaje de aprobación de los linchamientos, esto es, de una justicia paralela y totalmente opuesta a los parámetros de la justicia oficial, fueron la falta de autoridades honestas en un 45% y la falta de autoridades capaces con

⁹ «De acuerdo con información recabada por la Policía Nacional del Perú (PNP), la mayoría de los casos (de linchamientos) en la capital tuvieron como escenarios asentamientos humanos de San Juan de Lurigancho, San Martín de Porras, San Juan de Miraflores, Comas y Ate Vitarte». Diario *La República* del 4 de noviembre de 2004.

¹⁰ *Idem.*

39% de las opiniones.¹¹ En síntesis, la horrenda radiografía de una justicia oficial en estado terminal.

Las causas de esta crisis indiscutida de la justicia oficial peruana son muy complejas. Todas las estadísticas expuestas hasta aquí, así como uno de los tantos casos descarnados que hemos relatado, sólo nos muestran hasta donde ha llegado el problema, pero nada nos dicen sobre el porqué el pueblo se ha visto obligado a tomar la reforma judicial en sus propias manos ante el fracaso reiterado e inapelable de las reformas de Estado. En otras palabras: ¿Por qué han fracasado las reformas oficiales y por qué tienen todos los visos de seguir fracasando?

Una respuesta bastante plausible del fenómeno del descalabro de la administración de justicia en el Perú lo proporciona un esclarecedor estudio encargado por el Ministerio de Justicia al reconocido investigador social y abogado, doctor Luis Pásara, que, en agosto de 2004 hizo público el impacto que sobre la administración de justicia tiene la enseñanza del Derecho en el Perú.¹² La tesis de Pásara es muy simple. La crisis de la justicia peruana es *ab origine*, esto es, tiene su origen en la formación académica y profesional de quienes están llamados a ejercerla: los abogados.

En efecto, casi nadie quiere recordar que un sistema judicial oficial opera exclusivamente con abogados. Son abogados los jueces de primera instancia, de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema. Son abogados los fiscales del Ministerio Público. Y son abogados los que patrocinan litigios en los pasadizos del Palacio de Justicia. Y

¹¹ Encuesta de la consultora Apoyo realizada en la ciudad de Lima entre el 11 y el 12 de noviembre de 2004 sobre la base de una muestra de 609 personas. 61% de los entrevistados consideró que la población tiene derecho a hacer justicia con mano propia, pero sin llegar a matar, mientras que un 3% aprueba inclusive quitar la vida. Sólo un 1% declinó responder.

¹² PÁSARA, Luis. *La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*. Lima: Ministerio de Justicia del Perú, 2004.

estos abogados no nacen sino se hacen en alguna universidad pública o privada.¹³

Sobre estos abogados que en el renovado argot del Derecho se suele conocer hoy como «operadores de justicia», el informe del doctor Pásara establece que «La deficiente calidad del abogado ha contribuido a profundizar el problema de la administración de justicia, puesto que hay un desempeño deficiente en todos los actores: abogados, fiscales y jueces».¹⁴ Es más. Que «Los abogados mismos han contribuido de manera sistemática a deteriorar la imagen de la justicia, como cobertura de su práctica profesional pobre»¹⁵ [...] y que, por lo tanto, debido a que «Gran parte de las deficiencias dependen del pésimo servicio del abogado, *sin un cambio de los abogados, cualquier intento de reforma no puede funcionar*».¹⁶

Así las cosas, puede entenderse perfectamente por qué resultan estériles todas aquellas reformas judiciales que pretenden abordar el problema de la crisis de la administración de justicia en el Perú incidiendo en pequeños o grandes cambios constitucionales al Poder Judicial; o recomponiendo cada cierto tiempo, *manu militari*, las salas de la Corte Suprema y las Cortes Superiores expectorando a

¹³ Sin embargo, en la crisis de la justicia oficial peruana, la percepción de la opinión pública paradójicamente no le otorga mayor responsabilidad a los abogados. Señala el informe que «En la percepción social del problema, el desempeño de los abogados no parece como un componente del problema de la justicia, que merezca preocupación» [...] «Ocurre una conversión mediante la cual la desaprobación del sistema de justicia equivale a la desaprobación del desempeño de jueces y fiscales. Pero, a menudo, el abogado es el primer escalón que pisa quien tiene que vérselas con la justicia» Sugiere el informe que esto se debe a que «Cuando se debate públicamente sobre el estado de la justicia y sus causas, los participantes son principalmente abogados, venidos a evaluadores. Responsabilizando al sistema o a sus funcionarios, los abogados litigantes se han descargado de la responsabilidad que en verdad tienen en relación con el desempeño de la justicia». PÁSARA, Luis. *Op. cit.*, pp. 10, 12 y 23.

¹⁴ *Idem*, p. 21.

¹⁵ *Idem*, p. 23.

¹⁶ *Idem*, p. 22. (La cursiva es nuestra).

jueces y fiscales que más tarde regresarán amparados en sendos fallos del Tribunal Constitucional de turno; o abriendo de par en par las puertas de la magistratura a quien fuere para paliar una oferta de justicia cuya demanda ha sobrepasado todos los límites imaginados; o apostando por el incremento de las remuneraciones para mejorar la honestidad, calidad y productividad de los servidores judiciales, jueces y fiscales incluidos; o, finalmente, creyendo ilusamente que con más ambientes, computadoras e internet la administración de justicia por fin marchará sobre rieles. Todo esto se ha hecho ya y nada ha funcionado.¹⁷

La verdad es que todas estas reformas oficiales no pueden ni podrán funcionar porque el Estado no ha atacado el problema de fondo de la administración de justicia, a saber, el problema de la educación jurídica de los abogados. Porque si hay abogados incapaces de un cabal conocimiento del caso a su cargo, si hay abogados ajenos a toda solidez de un razonamiento jurídico medio, si hay abogados nulos para redactar con claridad y precisión cualquier elemental recurso, si hay abogados ignorantes de la sabiduría jurídica que todo profesional del Derecho competente debería tener, y si hay abogados excéntricos al sentido común y a la ética, hay, en lamentable consecuencia también, jueces y fiscales investidos con todas estas carencias a la hora de administrar justicia.

¹⁷ De una u otra forma en los últimos 30 años la administración de justicia en el Perú se ha estado reformando oficialmente probando todas las recetas por nosotros reseñadas. Sobre las consecuencias de estos resultados en la opinión pública, amén de las dramáticas señaladas por nosotros en este capítulo y que indican ya la metástasis del sistema judicial, es pertinente lo expuesto en el informe del doctor Pásara: «Pese a que la justicia en América Latina no tiene un alto grado de reconocimiento ni produce niveles importantes de satisfacción social, el caso peruano está entre los más graves. El *Latinobarómetro* midió en 2002 el nivel de confianza en el Poder Judicial; entre 17 países, el Perú ocupaba el puesto 14. Ese mismo año, el Barómetro Iberoamericano de Gobernabilidad (CIMA) efectuó igual medición en 16 países: el Perú comparó con Argentina el último lugar». *Idem*, p. 9.

Y lo más triste de este asunto es que ha sido el Estado el gran responsable de la debacle de la educación universitaria nacional (pública y sobre todo privada) y, por ende, de la formación profesional y académica de varias carreras de estudios superiores, entre éstas y especialmente, la de Derecho. Es decir: mientras el Estado «reformaba» el edificio de la justicia en las alturas del *penthouse*, dinamitaba todos sus cimientos barriendo con la calidad de la enseñanza universitaria del Derecho. Esa es nuestra conclusión a la luz del prolífico informe del doctor Pásara.

En efecto, durante la última década del siglo XX, bajo el largo gobierno del presidente Alberto Fujimori y, en nuestro criterio, atendiendo a razones meramente demagógicas, el Estado propició la proliferación de universidades en todo el Perú, con el fin, se argüía, de permitir mejores oportunidades de vida a través de la educación universitaria a quienes en los lugares más remotos de la Patria no tenían ninguna. Sin duda se ganaron muchos votos con esta pléthora de nuevas universidades que generaban ilusas expectativas, pero se terminó de aniquilar el ya desde hace mucho tiempo vetusto edificio de la educación superior en el Perú.

Así, «Según el *Informe sobre educación superior en Perú*, preparado por UNESCO en 2003, entre 1990 y 2000 se establecieron 24 nuevas universidades, de las cuales 18 eran privadas; el total de nuevas universidades surgidas en esa década constituyó un tercio de las 72 existentes hasta la fecha, según información estadística proporcionada por la ANR. En el informe de la UNESCO, se sostiene que el periodo se caracteriza ‘por el crecimiento de la educación superior universitaria privada, como consecuencia de la creación del Consejo Nacional de Universidades (sic), encargada (sic) de otorgar autorización de funcionamiento provisional de universidades, a solicitud de personas jurídicas’».¹⁸ Lo cierto es que el nivel académico

¹⁸ *Idem*, p. 27.

de la gran mayoría de estas nuevas «universidades» es, y no es novedad para nadie, por decir lo menos, deplorable.¹⁹

Pero a esto vino a sumarse el desastre total cuando a partir de julio de 2001, en las postrimerías del Gobierno Transitorio del presidente Valentín Paniagua, las «universidades» pudieron constituir «filiales» fuera del ámbito departamental de su creación.²⁰ El lector ya se podrá imaginar la calidad académica de estas «filiales». Dice el informe del doctor Pásara que «Según información de la ANR, hasta mayo de 2004 se había autorizado el funcionamiento de nueve filiales universitarias en las que funcionaba la carrera en derecho. Sin embargo, se constató que, cuando menos, en el país existía un total de 28 filiales que ofrecían la carrera de derecho». [...] «Las filiales no estaban bajo la dirección de un abogado en diez de los 16 casos sobre los que se obtuvo información. Muchas funcionan en casas, colegios o en locales comerciales manifiestamente inapropiados para el funcionamiento de una universidad» [...] «Y en las entrevistas con los

¹⁹ Sobre el particular, el doctor Róger Guerra-García declaró públicamente haber «renunciado [al CONAFU] por disconformidad con la autorización como universidades de instituciones que benévolamente corresponderían al mando medio» *Idem*, p. 27.

El CONAFU es el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades. De acuerdo a su régimen vigente desde 1995, «para otorgar la autorización provisional de funcionamiento de una universidad, la entidad promotora debe acreditar, entre otros elementos, ‘conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga crear’, ‘disponibilidad de personal docente calificado’, ‘infraestructura física adecuada’, y ‘servicios académicos imprescindibles (bibliotecas, laboratorios y afines)’ (Ley n.º 26439, artículo 7). La impresión recabada de informantes que reclamaron el anonimato sugiere que la acreditación de algunos de estos requisitos en los hechos no ha sido rigurosa; este señalamiento parece ser confirmado por el caso de aquellas universidades creadas con el objetivo de ofrecer la carrera de derecho, respecto de la cual difícilmente podría demostrarse en el país, desde hace muchos años, mediante ‘un estudio de mercado’ la conveniencia de su expansión. Las visitas efectuadas por el equipo de trabajo de este estudio verificó (sic) que en varias universidades no se cumplían en modo alguno varios de los requisitos prescritos por la ley». *Idem*, p. 27.

²⁰ Ley n.º 27504.

profesores se constató un nivel sensiblemente más bajo que en las universidades sede, que en algunos casos implicó ciertas dificultades de expresión. Pese a todo, algunos de los alumnos entrevistados consideraban que la existencia de filiales en su localidad es el único medio de superación mediante la obtención de un título cualquiera».²¹

Y, retomando el hilo conductor de la crisis terminal de la administración de justicia en el Perú, de estas universidades impresentables de hoy²² y de las muchas nada recomendables de ayer salen –salvo excepciones que tienen aquí realmente el carácter de preciosismo– aquellos que litigarán, acusarán en nombre del Estado y dictarán sentencia en el majestuoso edificio de los leones y las columnatas romanas del Paseo de los Héroes Navales.

Porque, la verdad sea aquí dicha sin medias tintas, muy pocos abogados exitosos egresados de aquellas universidades que el medio jurídico –esto es, los propios abogados en ejercicio, independientemente de la función que ejercen– considera de primer nivel,²³ está en la carrera judicial o piensa estarlo. Ni como jueces o vocales, ni como fiscales titulares o provisionales del Ministerio Público, ni como miembros del Consejo Nacional de la Magistratura. Por el contrario, del sector profesional cuya formación académica es consi-

²¹ PÁSARA, Luis. *Op. cit.*, pp. 29 y 31.

²² Sobre el aporte al sistema de justicia de estas nuevas «universidades» es contundente la conclusión del informe del doctor Pásara: «Entre los cuadros de la administración de justicia estatal no se percibe aún el impacto de los profesionales egresados de universidades creadas en los últimos quince años que ofrecen, en muchos casos, estudios de derecho de calidad discutible». *Idem*, p. 25.

²³ «De otra parte, el segundo sector de abogados fue distinguido por los entrevistados a partir de «diferencias abismales» con el primero, según indicó una jueza. Un magistrado subrayó que se trata de «un núcleo con muchos conocimientos» [...] Usualmente, los abogados de este estrato provienen de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, según anotó otro entrevistado [...] La diferencia con el estrato bajo de la profesión, puntualizó un entrevistado, no se halla fundamentalmente en el origen social sino ‘en la formación que recibió’». *Idem*, pp. 14 y 15.

derada sumamente deficiente y que se estima entre 80 y 90%²⁴ de los abogados en ejercicio, «se está reclutando, salvo excepciones, a quienes ingresan actualmente como magistrados al Poder Judicial y al Ministerio Público, como canal de ascenso». Y como para graficar grotescamente todas estas aseveraciones en carne y hueso, en un caso de la mayor importancia, el de los jueces, el informe del doctor Pásara da cuenta de una anécdota que no por tal deja de ser quizás más reveladora que cualquier cifra, la de un alumno de una universidad privada del Sur que dijo: «'No me gusta el derecho pero mis padres quieren que lo estudie' y, luego, indicó imaginar su trabajo profesional como juez, una vez graduado».²⁵

A la luz de estos hechos nuestra hipótesis es entonces la siguiente: se está produciendo en el Perú una reforma de la justicia que emerge de las calles. Tiene ésta por característica esencial prescindir para todos los efectos de los cuadros de la administración de justicia estatal marcada por el sino de la mediocridad profesional y académica y la absoluta incompetencia, cuyo símbolo son los Palacios de Justicia. En lo que podríamos llamar la «reforma penal» de la justicia «antioficial» y cuyos promotores son los sectores más pobres de la sociedad como lo hemos adelantado en las líneas precedentes, esta reforma no sólo prescinde de los servicios del *establishment* judicial donde han ido a parar la mayoría de los actores más devaluados de la profesión de abogado, sino también y por razones estrictas de poder adquisitivo, de los profesionales del Derecho signados por la minoría de la excelencia. En

²⁴ «Cuando se preguntó a este grupo de entrevistados enterados por *su impresión general sobre los abogados en ejercicio hoy en el país*, el término más frecuente en las respuestas fue el de una 'deficiencia', que se habría agravado en los últimos años. Sin embargo, la mayor parte de quienes respondieron se apresuraron a demarcar enseguida una clara diferenciación en el servicio profesional, que puede caracterizarse en torno a dos polos. De un lado, un sector mayoritario –entre 80 y 90%, se aventuraron a calcular algunos entrevistados– que es portador de las mayores deficiencias y, de otro, un sector minoritario, el cual sí 'trae conocimientos técnicos', según testimonió (sic) una jueza». *Idem*, p. 12.

²⁵ *Idem*, p. 21.

suma, han prescindido de todos los «operadores jurídicos» y se han arrogado ellos mismos esa función. Los pobres, pues, en el ámbito penal de esa reforma de la justicia «antioficial», se han convertido en jueces, fiscales y abogados. Este es el terrible panorama de la justicia por mano propia.

Existe empero otro sector social diametralmente opuesto al de los arenales de Lima y a la punta de algún cerro que, sin embargo, con la misma lógica de los pobres, también ha prescindido de los servicios que ofrece el Estado en materia de justicia. Los ricos —por usar un término maniqueo pero bastante ilustrativo—, al menos en materia civil o comercial, tampoco quieren pisar nunca más ningún palacio donde les ofrezcan «justicia». Ellos también han iniciado su «reforma». La diferencia con la de los pobres —descontada la materia justificable— es que la de este sector social afortunado no ha expectorado a todo el sistema de «operadores de justicia», sino tan sólo al de la administración oficial que, en buena cuenta, representa a la mayoría de los profesionales del Derecho en el Perú. Es entonces de la minoría egresada de las mejores universidades y las más prestigiosas Facultades de Derecho del país que, de un tiempo a esta parte, quienes pueden pagar sus servicios, están reclutando a sus propios jueces privados para resolver sus pendencias.

En efecto, en esta versión civil de la «reforma antioficial» de la justicia, es mediante un contrato que las partes involucradas en un conflicto de intereses nombran a quienes a su criterio son los letrados más idóneos para resolver su caso. Es mediante un contrato también que les imponen a *sus* jueces las reglas del juego. Es mediante un contrato que les señalan el plazo máximo para fallar, esto es, el resultado de la justicia del que dependerán, también por contrato, sus honorarios. Todo lo contrario pues de lo que los abogados conocemos por administración de justicia oficial donde ni los litigantes eligen a sus jueces, ni tienen ningún poder sobre la estructura del proceso, ni pueden pagar por resultados, por lo que la justicia espera siempre las calendas griegas.

El arbitraje es esta otra reforma de la administración de justicia salida de la calle que, aunque privada, no es por mano propia. Por eso tiene el futuro que la *vendetta* no tiene. Porque la *vendetta* es intolerable en una sociedad civilizada y debe ser combatida por ésta para no desaparecer en la hoguera de la barbarie. El arbitraje, por el contrario, representa lo más acabado de la civilización porque la sociedad, de la que las grandes mayorías son la columna vertebral, consciente de su madurez, se aviene a resolver sus conflictos directamente sin alejarse del Derecho, pero prescindiendo de forzosos intermediarios oficiales²⁶ cuya actuación, ya lo hemos visto, nos aleja cada vez más de aquel precioso bien que es para todo ser humano la justicia. Porque el arbitraje, que quede bien claro, no es sólo un sueño de ricos. Puede y debe ser una realidad para los pobres, pues los vientos históricos soplan cada vez más a su favor y nada hay que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos.²⁷

Es pues el sueño de los justos que, contra toda leyenda, está aquí nomás, a la vuelta de la esquina.

²⁶ Aunque no del todo, como se verá en los siguientes capítulos, pues para que la justicia del arbitraje sea efectiva en términos sociales, siempre necesitará del aval del monopolio de la fuerza en manos de la comunidad jurídica, esto es, de su poder de imperio y coacción.

²⁷ Nunca hay que olvidar que la masificación de un producto o servicio siempre termina por abaratar sus costos. En el arbitraje esto puede ser posible a través de los arbitrajes de conciencia que son el medio para democratizar el arbitraje. Ver Capítulo V de este libro.

Capítulo II

NATURALEZA Y DEFINICIÓN

Conquistas históricas de la administración de justicia.— La ortodoxia judicial.— Algo que no cuaja: El arbitraje.— Algunas preguntas clave para posterior respuesta.— Nuestro propósito capitular: Definir el arbitraje a través de su naturaleza.— Empezamos.— Algo sobre la eficiencia y la ineficiencia en la administración de justicia.— La ineficiente justicia por mano propia y la eficiente administrada por un tercero.— El arbitraje como célula de la judicatura.— Avanzamos en la definición: Una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal.— Existencia jurídica del arbitraje y su función en virtud de la ley.— Lo que dice nuestra Constitución.— Primeras indagaciones acerca de la naturaleza arbitral: El contrato entra en escena.— El problema: ¿Porque hay contrato no hay jurisdicción?— La respuesta de la Teoría Contractualista o privatista: No.— Aprietos conceptuales del contractualismo.— El «contrato social» como fuente de jurisdicción.— Una digresión sobre el «contrato social».— Lo que los contractualistas entienden por jurisdicción.— Lo que olvidan los contractualistas.— Malabares para negar lo innegable.— Analogías que llevan al otro extremo.— La Teoría Jurisdiccional o procesal del Arbitraje.— Falacias y contradicciones de esta teoría.— Rechazo.— Nuestra posición: La doble naturaleza del arbitraje.— La Teoría Intermedia o Sincrética.— Rebautizamos felizmente esta teoría.— Presentamos a la Teoría Realista del Arbitraje.— De lo que la realidad da fe.— La hora de la definición.— Respuesta a las preguntas que quedaron pendientes.

Se suele conceder que una de las conquistas de mayor importancia en la administración de justicia es, históricamente, la pluralidad de instancia. También el azar en quién asume como juzgador de una causa juega un papel importante cuando lo que se pretende es la perfección de los procesos judiciales que buscan superar las injusticias de tiempos pretéritos, signados por la barbarie. La publicidad de los juicios tiene la misma lógica, exorcizar el secreto que, se pontifi-

ca, es fuente de todo abuso. Y como el abuso es lo que la justicia trata de proscribir de la Tierra, exígese que la ley sea igual para todos y, por tanto, que nadie escape a los procedimientos que ésta establezca previamente en materia de justicia, de tal modo que todos, por igual, sean medidos por la misma vara del procedimiento. De ahí que, nadie tampoco pueda pagarse su justicia sino que ésta sea accesible a cualquiera merced a la gratuidad de su administración. Porque, finalmente, de todo esto es que se trata la justicia, según se dice, en una visión popular y política¹ tan difundida que es moneda común y corriente en casi todas las constituciones² del mundo occidental, y cuyo cuestionamiento, constituiría una herejía contra la modernidad y un retroceso a las cavernas.

Pues bien. Ninguno de los principios de la ortodoxia judicial expuestos hasta aquí como garantías inalienables de la administración de justicia en el mundo civilizado que se dice es, el mundo moderno, están considerados en esa otra manifestación de la justicia co-

¹ Según Fernando de Trazegnies, se trataría de la visión del Derecho liberal clásico de la administración de justicia cuyo dogma es «[...] ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología moderna o liberal». De TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubkowsky. Lima: Editorial Cuzco, pp. 543 y 553.

² La Constitución Política del Perú de 1993 recoge esta visión de la justicia en el artículo 139 que regula la función jurisdiccional del Estado. Dice:
Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
4. La publicidad de los procesos, salvo disposición contraria de la ley. [...] 6. La pluralidad de instancia. [...] 16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. [...]».

nocida como arbitraje.³ Ninguno. ¿Cómo es pues posible esto? ¿Es el arbitraje una herejía? ¿Acaso una manera reaccionaria de administrar justicia? ¿Una vuelta a la noche de los tiempos? ¿Una intolerable afrenta contra el progreso humano y sus «adquiridos» derechos? ¿Una sentencia de muerte contra la aparente igualdad ante la ley, fuente de toda justicia? ¿Tal vez la barbarie que acecha contra la civilización del Estado-Nación?

Ninguna de estas preguntas podría obtener respuestas si no nos abocamos a resolver el problema de la naturaleza del arbitraje, esa administración heterodoxa de la justicia que parece rebelarse contra doscientos años de «revolucionarios» dogmas.⁴

Nuestro propósito en las siguientes líneas es llegar a una definición cabal de arbitraje. Pero esto no es posible si no consideramos las aristas históricas, ideológicas y jurídicas de las teorías que lo explican, o, mejor dicho, que explican su naturaleza. Sólo una vez descubierto el extenso horizonte que pone a prueba nuestro entendimiento de este fenómeno complejo, es que podemos aventurarnos a una definición. La iremos pues construyendo de a pocos, andando, en el camino, convencidos más que nunca de que es aquí, precisamente, que sólo se hace camino al andar.

Existen numerosas definiciones del arbitraje, acaso demasiadas, pero casi todas, por no decir todas, soslayan un elemento fundamental, a saber, que el arbitraje es el prototipo de la administración de justicia.⁵ Es

³ «El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el Derecho liberal clásico) [...] el arbitraje actual no quiere ser un mero auxiliar del Poder Judicial sino que pretende sustituirse al Poder Judicial en una serie de campos donde considera que el sistema formal y oficial no es eficiente». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 546.

⁴ Dogmas que no son otros que los de la Ilustración dieciochesca y sus postulados de la separación de poderes, el judicial uno de ellos, y cuya sangrienta praxis tuvo su cenit con la Revolución Francesa.

⁵ Uno de los pocos autores que hemos encontrado que hacen mención al arbitraje como modelo primigenio de la administración de justicia es Jaime

la forma más elemental de la jurisdicción, que, por simple, también –y usando aquí un término tan caro a los tiempos modernos– más eficiente.

En efecto. Hablar ya de eficiencia es aquí hablar, en primer lugar, de que se reconoce que la justicia por mano propia, esto es, la *vendetta*, es siempre más onerosa que la justicia impartida por mano de un tercero no involucrado en la pendencia. Y lo es, porque la *vendetta*, al obedecer a la ley del más fuerte para su éxito, puede ir siempre más allá del objeto que dio origen al litigio entre dos partes. Y entre perder algo y perderlo todo, inclusive la vida, es preferible lo primero a lo segundo, por cuanto, como mecanismo de solución de conflictos, en tanto el costo será siempre imprevisible para quién pierde, la *vendetta* constitúyese en la encarnación de la inefficiencia social de la justicia.

Bien distinto es el caso de una sociedad que no está dispuesta a asumir el precio de una justicia tan costosa como la *vendetta*. En una sociedad tal, dos personas que tienen un conflicto de intereses cuya solución ha escapado al trato directo, esto es, que no se han podido poner de acuerdo sobre cómo poner fin a la controversia que las enfrenta, a satisfacción de ambas, recurren a un tercero. Éste, por lo general excéntrico al interés en disputa aunque no necesariamente ajeno a las partes, decide, al amparo de un orden jurídico determinado como telón de fondo, cuál de ambas tiene razón en el problema sometido a su sabiduría. Quién así «dice el Derecho» es en términos coloquiales un árbitro. Y su acción un arbitraje. De esta forma celular de administrar justicia desciende, como habíamos dicho, la jurisdicción estatal de nuestros tiempos. Empero, sólo en autorizada oposición a ésta, es que podemos definir cabalmente el arbitraje en su estado actual.

Guasp. Sin embargo éste aborda este tema a partir de la importancia histórica del arbitraje, y no desde el punto de partida de la definición. Ver: GUASP, Jaime. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, pp. 12-13.

Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa.⁶ Porque sólo a partir de este hecho fundamental que es, en nuestro criterio, que los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de Derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia pero que ésta no es igual a la que administra el Estado.⁷

⁶ Éste es el caso de definiciones de tratadistas como Humberto Briseño o Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú. Briseño afirma que se configura el supuesto de arbitraje «cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes; [...].» BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21. De otro lado Cantuarias y Aramburú definen el arbitraje como «un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 39. Como vemos, no se hace referencia al hecho de que este medio privado de solución de controversias existe en virtud de que las partes se sustraen legalmente a la jurisdicción del Poder Judicial.

⁷ En esta línea se halla Juan Guillermo Lohmann, quien define al arbitraje como «la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, *obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios* sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, p. 39. También Sara Feldtein y Hebe Leonardi entienden que «el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, *la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales*». FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 12. (La cursiva es nuestra).

Ahora bien, por un simple ejercicio de sentido común, consideramos que ninguna sustracción a la jurisdicción estatal tendría efectos prácticos, esto es, el efecto de zanjar jurídicamente una controversia entre dos partes, si esta sustracción no estuviera autorizada por el Estado. Pues resulta obvio que si el Estado prohibiera el arbitraje y, por tanto, tuviera por nulos todos sus efectos, éste carecería de todo sentido en la medida de que el ganador jamás podría hacer valer un derecho que no sólo no es reconocido sino condenado por el ordenamiento jurídico.⁸ Rechazamos pues así las opiniones que le dan al arbitraje una existencia jurídica propia de su «naturaleza», y afirmamos, por el contrario, que sólo el Derecho positivo puede establecer la existencia jurídica de cualquier fenómeno social.⁹

⁸ Ahora bien, sería inconcebible en un orden jurídico global como el de nuestro tiempo, que un Estado no contemplara ni favoreciera la jurisdicción arbitral. Nosotros creemos que es la estructura jurídica supranacional la que hoy no deja alternativa a los Estados-Nación para fortalecer el arbitraje como medio de solución de conflictos. Cualquier Estado que se desentendiera del arbitraje en su estructura jurídica interna, sufriría consecuencias. Para comenzar, sería bastante difícil que los grandes capitales globales vinieran a un Estado-Nación que no contemplara el arbitraje, máxime si ese medio de solución de controversias es la condición jurídica *sine qua non* que el capital requiere para que se le administre justicia en caso de conflicto.

⁹ Por eso disentimos del parecer del profesor Guillermo Lohmann cuando afirma que el arbitraje tiene «carácterística institucional en tanto que no le está permitido a los miembros del cuerpo social el poder derogarlo, sino de aplicarlo o no, dentro de las variantes y limitaciones que el ordenamiento interno establece». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 39. Pensamos que el centro del asunto está en su confusa definición de institución jurídica, a saber, «*un conjunto de ideas y de elementos que, bajo reglas determinadas, disciplinan situaciones jurídicas, gobiernan comportamientos y establecen ciertas consecuencias de Derecho*». *Idem*. Lo cierto es que un fenómeno social como el arbitraje o como cualquier otro se convierte en una institución jurídica porque el ordenamiento legal *lo instituye jurídicamente*. Ergo, ese mismo ordenamiento legal lo puede «*destituir*» jurídicamente, si cabe el término. Por tanto, afirmar que las instituciones jurídicas, como lo han sido en su momento la esclavitud, *la debellatio* o el mayorazgo, por poner sólo unos ejemplos, no pueden ser derogadas, no es ni histórica ni lógicamente sostenible.

Y en efecto, así parece entenderlo en el Perú la Constitución Política de 1993 en el primer numeral del artículo 139, cuando reconoce al arbitraje una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado. Aquí, la Ley de leyes instituye expresamente una jurisdicción arbitral.¹⁰ Por tanto, para nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje es una forma oficial –aunque no estatal– de administrar justicia.

Este hecho legislativo nos introduce, doctrinariamente hablando, a la discusión fundamental de la naturaleza del arbitraje, a saber, si éste tiene una esencia privada o una pública, o, dicho en otros términos, si el arbitraje pertenece a la esfera de los contratos o de los procesos judiciales, o si pertenece a ambas.¹¹

No hay duda para nosotros de que para que estemos ante un supuesto de arbitraje, tiene que mediar un contrato que active este mecanismo de solución de controversias. El contrato entre dos sujetos de Derecho que buscan que un tercero administre una justicia que no es la que administran los tribunales ordinarios del Estado, pero que está permitida por ese Estado, es un elemento esencial de cualquier definición de arbitraje. No hay arbitraje si no hay contrato. El asunto está en establecer si porque hay contrato no hay jurisdicción. Ese es el problema que se nos plantea.

Para la Teoría Contractualista, también llamada Privatista del arbitraje, cuyos suscriptores son mentes de primer nivel en el mundo jurídico,¹² la respuesta al problema planteado es que no hay jurisdicción.

¹⁰ Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. [...].».

¹¹ Independientemente de nuestra posición doctrinaria respecto de la naturaleza del arbitraje, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico nacional suscribe la tesis del arbitraje como proceso jurisdiccional.

¹² Defensores y divulgadores del contractualismo arbitral son en Francia los jurisconsultos Merlin, Fuzier-Herman, Weiss, Garzonnet y César-Bru y Brachet. En

dicción si hay contrato. En buen romance, esta teoría le niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional.¹³

Pero si quienes profesan una visión contractualista del Derecho fuesen consecuentes con sus tesis, estarían sin duda en serios aprietos conceptuales. Pues, no lo olvidemos, la jurisdicción –y siempre siguiendo aquí la lógica contractualista– sería fruto también de un contrato: el así llamado «contrato social».¹⁴ Esto no hace sino demostrar una de las grandes paradojas del contractualismo, a saber, asumir a rajatabla la naturaleza privada de los contratos cuando, precisamente, el «contrato de los contratos» no tiene esa simiente.

Italia suscriben esta tesis los grandes juristas Mattiolo, Chiovenda, Satta, Alfredo Rocco, Andrioli, Lugo, Pece, Furno y Costa. En España la avala Joaquín Escriche y, finalmente, en Argentina David Lescano. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, pp. 35 y 36.

¹³ *Idem*, p. 35.

¹⁴ Uno de los teóricos más importantes de la tesis del «contrato social» es el filósofo ilustrado Jean Jacques Rousseau. Sobre aquél dice: «'Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes'. Tal es el problema fundamental cuya solución da *El contrato social* [...] Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás [...] En fin, dándose cada individuo a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiera el mismo derecho que se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene [...] Si se descarta, pues, del pacto social lo que no es su esencia, encontramos que queda reducido a los términos siguientes: 'Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo'». ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Obras Selectas. Colección Clásicos Inolvidables*. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1959, Segunda Edición, pp. 853 y 854.

En efecto, el «contrato social» es el eje de cualquier aprehensión contractualista del mundo. Esta es la doctrina acuñada por el movimiento ilustrado del siglo XVIII cuyo fin no es otro que fundar la existencia del Estado-Nación y su soberanía, y, por ende, de su jurisdicción. Ya en otra obra hemos expresado, siguiendo a Kelsen, que nosotros no comulgamos con la tesis del «contrato social» como explicación para la existencia del Estado.¹⁵ Creemos más bien que esta tesis no explica, sino que pretende justificar la existencia de la soberanía y jurisdicción del Estado-Nación, porque busca justificar a su vez una filosofía que le es muy cara, la de la existencia de un «estado de naturaleza» donde los hombres son todos libres e iguales en derechos y, por lo tanto, sólo a través de un contrato pueden obligarse a sí mismos a someterse a una jurisdicción que ellos han creado para su beneficio. No es el momento ni el lugar para discutir aquí el hecho de que es precisamente en ese «estado de naturaleza» que los hombres no son ni libres ni iguales, y mucho menos libres e iguales «en derechos» porque la naturaleza no otorga a ninguna criatura derecho alguno, y, consecuentemente, que el Estado y el Derecho, antes de emanar de un contrato (social), más bien parecen tener su origen en un «estado de necesidad» que impone el así llamado «estado de naturaleza».

Lo que sí nos interesa señalar aquí es la contradicción de quienes, prisioneros lógicos de las tesis de un contrato como fuente primigenia de la jurisdicción, le nieguen a los contratos el poder para crearla. En síntesis, sí puede, dentro de la lógica contractualista del Derecho, haber jurisdicción por contrato. El pretendido «contrato social» es la mejor prueba de ello.

A estas alturas el asunto parece ir más que por el lado contractual, por el de qué entienden los contractualistas por jurisdicción. No creemos pues alejarnos de la verdad si afirmamos que para los

¹⁵ Ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 59.

autores que suscriben la tesis contractual del arbitraje, subsiste la tradición dieciochesca de que la jurisdicción es un atributo inherente a la soberanía del Estado, que es el paradigma de lo público. Así pues, porque la «voluntad general» lo ha querido, es que los tribunales ordinarios del Estado tienen el poder de imperio,¹⁶ el de hacer comparecer dentro del proceso, de grado o fuerza, a los testigos, de ordenar las diligencias que estimen conveniente dentro de la ley, de castigar a cualquiera que incumpla sus mandatos¹⁷ y, en fin, lo más importante, de ejecutar sus sentencias.¹⁸

¹⁶ Poder que no tienen los árbitros y sus actos arbitrales y, por tanto el arbitraje al que [...] [se] concibe, en contraposición con la perfecta función jurisdiccional del Estado, como «la expresión de un más íntimo acuerdo, dirigido a la renuncia a la jurisdicción [...]. Ver: CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 22.

¹⁷ Ésta es la posición de Chiovenda, quien dice que «La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc.

Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libre a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales [...]. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I, pp. 91 y 92.

¹⁸ GARSONNET y CEZAR-BRU, citados por Patricio AYLWIN AZÓCAR, consideran que «Los árbitros son encargados de juzgar un litigio [...], pero los árbitros no son magistrados, pues les falta el carácter oficial. La autoridad de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva que de su sentencia nacen, se refieren menos a esa sentencia que a la voluntad de las partes en virtud de la cual se dictó. Es una consecuencia del principio de que las convenciones legalmente celebradas son una ley para las partes». VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 36.

Es cierto. El arbitraje carece de todos estos poderes atribuidos en los últimos doscientos años a la jurisdicción porque, como es obvio si seguimos la lógica de una tesis contractualista, en tanto emanado el arbitraje de un contrato entre dos partes, éste no puede obligar más que a esas partes, a diferencia de un contrato «suscrito en teoría» por toda la sociedad. Pero esta interpretación soslaya el elemento esencial de la jurisdicción, a saber, el de ser el poder legalmente establecido para «decir el Derecho». Y la ley puede sancionar que el Derecho sea dicho por los tribunales ordinarios de justicia que tendrán todos los poderes de apercibimiento propios del Estado, como también que el Derecho sea dicho fuera de la esfera pública, como es el caso del arbitraje. Aquí, el común denominador entre lo privado y lo público es la cualidad que a la jurisdicción no se le puede quitar, esto es, la autorización legal para «decir el Derecho». En síntesis, para resolver jurídicamente una controversia.

Que el arbitraje, por ponerlo de alguna forma, se «asemeja mucho» a la jurisdicción que los contractualistas sólo ven en la judicatura, se constata en los malabares conceptuales que hacen ellos mismos para no admitir el carácter jurisdiccional del arbitraje sin poder dejar de reconocerlo a su vez en cierta medida. Jurisdicción especial le llaman algunos,¹⁹ afinidad lógica con el proceso otros.²⁰ Lo cierto es que desde el momento mismo en que se afirma que la decisión o laudo a que llegan los árbitros sobre un determinado problema sometido a su consideración, sólo puede ser ejecutado por un juez ordinario, quien deberá cumplir la decisión arbitral como si hubiera sido dictada por otro juez ordinario –y ahí radica, en los alcances ejecutivos entre laudo y sentencia, una de las mayores diferencias entre jurisdicción arbitral y estatal–, se está admitiendo

¹⁹ Marttirola entiende que el juicio de los árbitros constituye una forma de jurisdicción especial, otorgada a éstos en virtud de un compromiso. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Ibid, loc. cit.*

²⁰ «Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es decir, en ser una resolución de controversias mediante un juicio ajeno, [...].» CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, pp. 91-92.

analógicamente la calidad de jueces de los árbitros y las características procesales del arbitraje.

Pero que se «admitan analógicamente» no significa que «sean exactamente». Un árbitro «es como» un juez porque ejerce la misma función, pero «no es» un juez. Un arbitraje «es como» un proceso judicial porque como en éste se dirime jurídicamente una controversia, pero «no es» un proceso judicial. De ahí que, así como hemos cuestionado hasta aquí el extremismo simplista del contractualismo arbitral, hagamos también lo mismo con las tesis de quienes, sin duda queriendo guardar ideológicamente incólume la majestad y la soberanía del Estado Nación, sostienen que la naturaleza del arbitraje es, sin más, jurisdiccional. Nosotros pues rechazamos la Teoría Procesalista del Arbitraje²¹ que, como hemos referido líneas arriba, suscribe erróneamente –a grandes rasgos– nuestra Constitución Política.

Y la rechazamos porque, a todas luces, es un error sostener – como lo hace esta teoría– el carácter público de la función arbitral, apoyándose en que es la ley la que le da existencia jurídica en tanto mecanismo de solución de controversias²² y que, por tanto, los ár-

²¹ También conocida como Teoría Jurisdiccional, el procesalismo arbitral cuenta con importantes suscriptores. En la Italia del siglo XX esta tesis ha sido defendida por Ludovico Mortara, Ugo Rocco, Capaccioli, Jaefer, Boscarelli, Vechione, Pietro Bonfante, Vicenzo Galante, Prospero Fedozzi, Ghirardini y Galgano. En Francia, Laurent, Lainé, Boncène, Glason, Tissier y Morel han sido sus más reconocidos defensores. Asimismo cuenta con el beneplácito de los españoles Reus y Manresa, Antonio Malaver y Rafael de Pina y, en América con la pluma del chileno Patricio Aylwin Azócar. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 29.

²² Ésta es la posición de Ludovico Mortara quien es considerado el mejor exponente de la doctrina jurisdiccionalista y que sostiene que el arbitraje realmente existe porque la ley lo ha instituido y por tal razón esta misma ley es la que le ha concedido a las partes, que han sido investidas con un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, el poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad, por medio de un compromiso. Así, según Mortara, el poder de los árbitros no nace del simple nombramiento que hacen

bitros son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado.²³

¿Y del contrato de arbitraje, qué? Como resulta evidente, esta interpretación abole todo carácter privado al arbitraje, lo cual ofende el sentido común. Porque si se trata de argumentar que todo aquello que la ley autoriza tiene carácter público, entonces no podría existir como concepto siquiera el Derecho Privado, ni qué decir los contratos, habida cuenta de que éstos tienen existencia y efectos jurídicos porque la ley así lo establece explícita o tácitamente. Así pues, aunque la premisa de que es la ley la que debe autorizar la institución arbitral para que ésta tenga efectos jurídicos es verdadera, la conclusión de que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica pública, propia de las funciones del Estado, es falsa. Estamos pues ante una falacia.

Una segunda observación que no debe ocuparnos más que un par de líneas, habida cuenta de que es una de las más manidas atin-

las partes de ellos, en la medida de que las partes no poseen tal facultad, porque no podrían otorgar lo que no les es propio. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

²³ Ugo Rocco considera que en el arbitraje, el particular asume y ejerce una función pública o un servicio público (como en el supuesto en que un ciudadano arreste al autor de un delito sorprendido en flagrancia, o que en el caso de calamidad u otra situación análoga, presta ayuda a la fuerza pública), que no son otras que las clásicas funciones jurisdiccionales del Estado. En tal virtud Rocco estima que el laudo o decisión arbitral, se constituye en una verdadera sentencia provista de fuerza obligatoria, a la que sólo le faltaría la fuerza ejecutiva. Ésta le debe ser atribuida por el decreto del pretor, necesaria a su vez por el hecho de que el laudo es expedido por un órgano que no pertenece a la jurisdicción ordinaria.

El jurisdiccionalista Capacioli no va tan lejos como Rocco. Niega que el laudo tomado en sí mismo tenga la naturaleza de una sentencia; sin embargo le reconoce a ésta el carácter de un acto institucional destinado a integrarse con la providencia de homologación del juez togado, por lo que, en este sentido, le otorga el carácter de acto público y hasta de acto jurisdiccional, así como serían públicas y hasta jurisdiccionales la función y actividad de los árbitros. Ver: CARNACINI, Tito. *Op. cit.*, pp. 21-23.

gencias que se hacen contra la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, es que los árbitros no pueden sentenciar porque las sentencias tienen una calidad ejecutiva que no poseen ni podrán poseer jamás los laudos arbitrales. Cuando los posean, entonces ya no serán laudos, sino sentencias dictadas por un clásico órgano jurisdiccional del Estado.

Nótese además –y volvemos aquí al principio de este capítulo– la enorme contradicción que encierra hacer del arbitraje una institución de jurisdicción estatal que carece, sin embargo, de los más importantes principios, derechos y garantías de esta jurisdicción, como son la instancia plural,²⁴ el juez natural²⁵, el procedimiento legal previamente establecido por la ley²⁶, la publicidad en los procesos,²⁷ la absoluta igualdad ante la ley²⁸ y la gratuidad de la administración de justicia, entre otros.

²⁴ Salvo que las partes hubiesen pactado el recurso de apelación del laudo a una segunda instancia arbitral o judicial. Pero el solo hecho de que la pluralidad de instancia pueda ser objeto de pacto en contrario, da una estocada mortal al carácter absoluto y universal de este principio.

²⁵ En el arbitraje no hay un «juez natural». Las partes eligen a sus propios juzgadores, los árbitros, los que además tienen que aceptar el encargo.

²⁶ En el arbitraje sólo existe el «procedimiento legal previamente establecido por la ley» en forma supletoria. Como veremos más adelante, las partes están autorizadas por la ley para crear su propio procedimiento.

²⁷ Con la salvedad de que el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, en virtud de lo dispuesto por el artículo 53.2. del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, establece la publicación de los laudos arbitrales en la página web de la institución. Se entiende correcta esta disposición, en la medida de que dichos procesos versan sobre contratos de entidades del Estado, que conllevan el manejo de fondos públicos.

²⁸ Resulta evidente que quienes se sustraen a la jurisdicción del Estado, aun siendo autorizados por ese propio Estado, ya no son iguales a los demás para los que rige esa jurisdicción, máxime si pueden crear sus propias «leyes», entendéndase, sus propias reglas procesales. Es más, si alguien puede ser juzgado, a su elección, incluso sustrayéndose al derecho vigente como en los casos de los arbitrajes de conciencia, entonces hay algo que se ha quebrado definitivamente en el principio de igualdad ante la ley. Ver Capítulos X y XI de este libro.

La diferencia entre arbitraje y jurisdicción estatal no sólo se manifiesta en la contradicción de que el arbitraje dé la espalda a estos tótemes de la función jurisdiccional del Estado, sino, además, hipotéticamente por lo menos, en un «enfrentamiento» que podría condenar a la misma jurisdicción estatal a la extinción social en varias áreas del Derecho, habida cuenta de que nada impide que el arbitraje se difunda masivamente y los principios y garantías bajo los cuales «dice el Derecho» de forma privada, terminen imponiéndose a los de la jurisdicción del Estado. Así, que uno puede terminar enfrentándose a la otra, sustituyéndola en los usos y costumbres, quiere decir que no son lo mismo, aunque cumplan una función similar.

No son iguales, pues, ni conceptualmente ni en los hechos, jurisdicción estatal y arbitraje. Queda claro así para cualquiera la diferencia.

Entonces, ¿de qué estamos hablando finalmente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje si hemos anatematizado la tesis contractualista y condenado la jurisdiccionalista o procesalista? ¿Significa esto acaso que el arbitraje no tiene naturaleza contractual ni jurisdiccional? Todo lo contrario. El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje.

Esta posición nuestra se nutre de la tesis conocida como Teoría Intermedia o Sincrética.²⁹ El nombre es desafortunado, sin embar-

²⁹ Esta teoría tiene como fundamento rechazar las posiciones extremas en torno a la naturaleza del arbitraje, es decir, descarta la teoría contractualista y

go, porque no se trata aquí de conciliar jurídicamente doctrinas que son por su ideología irreconciliables –una abraza la autonomía de la voluntad, mientras la otra adora la soberanía del Estado–, haciendo concesiones a cada una. Cualquier tesis fruto de un ensamblaje semejante no daría por fruto más que un monstruo jurídico y nosotros no queremos apadrinar monstruos.

Así pues, en el hecho de hallar en el arbitraje dos naturalezas, está, más que cualquier visión alambicada del Derecho, la realidad monda y lironda. De ahí es que nosotros rebauticemos la tesis en cuestión como Teoría Realista del Arbitraje.

En efecto. Es porque la realidad así lo expone que es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar en la medida de que los particulares, por un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos, presentes o futuros, al arbitraje. Así, únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que, ausente el contrato, no será posible que se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje.

Pero la realidad no sólo da fe de eso. También atestigua, sin ninguna duda, que una vez nacido el arbitraje, éste se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados por las partes y los terceros, como actos de carácter jurisdiccional, de forma tal que lo resuelto por los árbitros tenga la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales, como si fueran una sentencia. Sino, ¿cuál sería el objeto y la gracia del arbitraje?

jurisdiccionalista tomadas individualmente. En este sentido, la postura intermedia se nutre de ambas teorías, tomando lo que considera correcto de cada una de ellas. Son exponentes del sincretismo arbitral los juristas Dalloz, Mongalvy, Bernard, Robert, Margarete Landrau, Louis Cremieu y Garbagnati. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 41 y CARNACINI, Tito. *Op. cit.*, pp. 22 y 23.

No es realista, pues, negar el carácter jurisdiccional del arbitraje. Que los laudos no tengan fuerza ejecutiva no invalida la esencia de un acto jurisdiccional, a saber, que un tercero autorizado por la ley, sea éste funcionario público o sujeto particular, diga quién tiene derecho y quién no en un asunto sometido a su juicio. Y lo real es también que el Estado no puede renunciar jamás a esa prerrogativa ejecutiva de la justicia, es decir, a ejecutar lo que es justo, haya sido dicho privada o públicamente, porque lo contrario sería instituir la justicia por mano propia o *vendetta* y atentar así contra el propio sentido de su existencia.

Sólo a estas alturas, habiendo hecho este largo recorrido doctrinario y ventilado la naturaleza jurídica del arbitraje, estamos en condiciones de definirlo.

El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica, sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo será de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos *son ley* para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado.

Ha llegado la hora pues de dar respuesta a las preguntas que abrieron el presente capítulo. ¿Es el arbitraje una herejía como aprehensión de la administración de justicia? Todo depende del cristal con que se mire. Si lo hacemos desde el prisma del dogma de la soberanía del Estado-Nación y de los principios ideológicos que lo inspiran, como el de la unidad y exclusividad de la todopoderosa función jurisdiccional del Estado; sí, es una herejía. Si por el con-

trario miramos los feos tintes con que ese dogma y sus principios manchan y degradan hoy con la ineficiencia la administración contemporánea de la justicia hasta convertirla en una injusticia, sin duda que la herejía es ésta y no el arbitraje.

¿Es acaso el arbitraje una manera reaccionaria de administrar justicia? Pues claro que lo es. Porque todo aquello que no funciona –y la centralización de la función jurisdiccional del Estado está atascada hace mucho en el pantano de sus propios dogmas, incapaz de solucionar los problemas que el hombre presente y sus circunstancias le plantean– da lugar a una reacción. Y la reacción es positiva cuando «La congestión de causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial [...].»³⁰

¿Que el arbitraje es una vuelta a la noche de los tiempos y una intolerable afrenta contra el progreso humano y sus «adquiridos derechos»? Bueno, la clave está en el bello tiempo que haga en la noche y el feo que aplaste el día. Y todo parece indicar que es en ese feo día que esos «adquiridos derechos» afrentan el progreso humano encarnado en la justicia.

¿Es el arbitraje acaso la sentencia de muerte contra la aparente igualdad ante la ley, fuente de toda justicia? Que responda la posteridad. Nosotros, sin embargo, podemos preguntar a su vez si no será que esa aparente igualdad ante la ley ha sido la sentencia de muerte de la administración de justicia pública. Que responda también a esto la posteridad.³¹

³⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

³¹ En su polémico libro *Imperio*, que esboza una propuesta sobre qué tipo de organización política, jurídica, económica y social sucederá al colapso en cierre de los Estados-Nación, Michael Hardt y Antonio Negri sostienen que «[...] Mien-

Finalmente, ¿es el arbitraje la barbarie que acecha contra la civilización del Estado-Nación? Ninguna barbarie puede ser aquello que la civilización del Estado-Nación tomó por modelo para administrar justicia. El hecho histórico es que las campanas doblan ya por el Estado-Nación como doblaron en su tiempo por otras formas de organizaciones jurídicas y políticas.³²

No han doblado, por lo visto, por el arbitraje.

tras que para la legitimación y administración (entre ellas la de la justicia) del Estado moderno la universalidad y la equidad de las acciones administrativas era el objetivo máximo, en el régimen imperial lo fundamental es la singularidad y la conveniencia de las acciones para alcanzar fines específicos [...].

En suma, el antiguo principio administrativo (aplicable, qué duda cabe a la justicia) de universalidad, de tratar a todos por igual, ha sido reemplazado por la diferenciación y la singularización de los procedimientos que lleva a tratar a cada uno de manera diferente». HARDT, Michael y Antonio NEGRI. *Imperio*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2.^a reimpresión, 2002, pp. 311 y 312.

Nosotros pensamos que el arbitraje, como una insurgente forma de administración de justicia que se sustraer a los cánones estandarizados de la judicatura y a sus ineficientes consecuencias, se inscribe dentro del nuevo principio de administrar conflictos, expuesto por Hardt y Negri.

³² Según los profesores Michael Hardt y Antonio Negri «[...] la decadencia del Estado-nación no es meramente el resultado de una posición ideológica que podría revertirse mediante un acto de voluntad política: es un proceso estructural e irreversible. La nación no era sólo una formulación cultural, un sentimiento de pertenencia y una herencia compartida, sino que era además y tal vez principalmente una estructura jurídico-económica. Puede advertirse claramente la menguante efectividad de esta estructura a través de la evolución de toda una serie de cuerpos jurídico-económicos, tales como el GATT, la Organización de Comercio Mundial, el Banco Mundial y el FMI. La globalización de la producción y la circulación, sostenida por este andamiaje jurídico supranacional, sustituye la efectividad de las estructuras jurídicas nacionales». *Idem*, p. 308.

Capítulo III

EL DOMINIO CONTRACTUAL

Presentación del problema: un contrato difícil de nombrar.— Arqueología doctrinaria: La cláusula compromisoria o la impotencia de contratar un arbitraje.— Breve estudio de un fósil.— El entierro legislativo y teórico de la cláusula compromisoria.— Un contrato de arbitraje: La cláusula arbitral.— Naturaleza accesoria de la cláusula arbitral.— Su objeto.— Condición para la exigencia de su obligación.— Extinción de la cláusula arbitral: Casos.— Un tema inédito: La relación de las partes con «terceros jurisdiccionales».— Contratos sucesivos y accesorios a la contratación del arbitraje: Locación de servicios y mandato.— Formalización de la relación entre partes y terceros: El acta de instalación del tribunal arbitral.— Otras modalidades menos frecuentes de contratación de arbitraje.— El contrato de arbitraje sobre controversia producida.— Diferencias con la cláusula arbitral.— Un homenaje a la teoría: El contrato universal de arbitraje.— Justificación de estas innovaciones nominativas.— Breve crítica a una doctrina de eufemismos.— Reivindicación del contrato y de la realidad.

A simple vista, no parecería haber mayor problema en, tal como lo hemos venido sosteniendo hasta aquí, llegar a un arbitraje. Porque en materia de Derecho Civil, una vez permitido el arbitraje por la ley, la celebración de un contrato que lo acuerde, debería ser, en teoría, la cosa más fácil del mundo. En teoría, no lo olvidemos, dos particulares que pretenden resolver un conflicto de intereses convienen sustraerse a la jurisdicción del Estado y llevar su pendencia ante uno o varios árbitros que ellos mismos han designado para poner punto final al litigio.

El problema es que lo que en la teoría del sentido común es tan simple como éste, en la doctrina tradicional del arbitraje no. Aquí, la complejidad es el denominador común y la simpleza, la excepción.

ción. Baste con decir que el «contrato de arbitraje», esto es, el acuerdo de voluntades para celebrar un arbitraje, en puridad sólo existe por el momento en el reino de la teoría.¹ Y esto, paradójicamente, porque tanto en la doctrina extranjera como nacional, nadie se atreve a llamar por su nombre de contrato de arbitraje al «contrato de arbitraje». En otras palabras: por el momento, un «contrato de arbitraje» así nominado no existe. Pero si este contrato no existe, ¿entonces qué contrato es el que da vida al arbitraje? ¿Cómo llamarlo? ¿Cuándo se celebra? ¿Dónde se formaliza? Estas preguntas son el objeto del presente capítulo. Nos abocaremos pues a darles satisfactoria respuesta.

Si hubiera que ponerlo literariamente, el alumbramiento de un arbitraje viene precedido de un embarazo complejo. Es más, y siempre en términos literarios, la concepción misma del futuro arbitraje no está atada a la naturaleza de un solo método. Más de un camino es el que lleva al arbitraje, lo que es lo mismo a decir que, ya en términos contractuales, no existe una sola forma de contratar un arbitraje. Así pues, antes que responder a la interrogante de qué contrato es el que origina jurídicamente un arbitraje, es preferible subrayar primero qué no lo genera jamás, es decir, qué acuerdo de voluntades no engendra por sí mismo un arbitraje.

Creemos que un contrato que no genera nunca por sí mismo un arbitraje es el que en la doctrina se conoce como *cláusula compromisoria*. Aunque ríos de tinta han corrido en la doctrina sobre aquélla, nosotros consideramos que en el mundo de nuestros días, esto es, el siglo XXI, esta modalidad contractual por la que se pretende llegar a un arbitraje es una antiqualla cuyo lugar, si lo hubiere, sólo podría ser un museo de lo jurídico. Por lo tanto y sólo como rareza en la historia contractual del arbitraje es que será aquí

¹ Uno de los objetivos del presente capítulo es poner punto final a los eufemismos doctrinarios que se niegan a llamar a las cosas por su nombre. Uno de nuestros intereses es rescatar para la doctrina al *contrato de arbitraje* en todas sus manifestaciones.

tratada, dejando constancia de nuestro deseo de que en el futuro, quienes tomen la posta en sus indagaciones sobre el arbitraje, la desaparezcan para siempre de su reflexión, pues, invocarla aun a modo de curiosidad histórica es perpetuar una memoria que no tiene ningún sentido.

Seremos breves. La esencia para entender lo que es la cláusula compromisoria está en saber que mediante ella nunca jamás se concierta o celebra un arbitraje. ¿Qué es pues lo que, como en todo contrato, se concierta o celebra entonces? En términos muy simples, se contrata que en un futuro se contratará a su vez un arbitraje. En efecto. En un contrato que por lo general es el contrato principal,² las partes, a través de una cláusula compromisoria, acuerdan que para resolver cualquier conflicto –o determinado conflicto– que

² Con respecto al carácter accesorio de la cláusula compromisoria, hay discrepancias en la doctrina. Tomás Ogayar señala, por ejemplo, que «Si bien el origen práctico de esta preparación del arbitraje fue la estipulación accesoria que se insertaba en el contrato principal, al generalizarse se le hizo objeto, en muchas ocasiones de un pacto autónomo, por lo que la denominación de ‘cláusula compromisoria’ perdía ya toda propiedad y era, en cambio, la de un contrato preliminar o preparatorio la más adecuada y consecuente con la esencia de la institución [...].» OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, pp. 117 y 118.

Sobre esto habría que decir que el carácter accesorio de la cláusula compromisoria no le quita su carácter contractual. La cláusula compromisoria es un contrato dentro del contrato principal y por lo tanto es un contrato accesorio. Es más, es accesorio y preliminar o preparatorio a la contratación de un arbitraje. Discrepamos pues con Oyagar cuando pretende que en razón de la generalización de la cláusula compromisoria dentro de los contratos principales, ésta se convierte en una suerte de pacto autónomo. Nada tiene que ver la generalización con la autonomía. La única hipótesis para que la autonomía se produzca en el caso de la cláusula compromisoria es que ésta deje de ser cláusula referida a un contrato principal y devenga ella misma en contrato principal, lo que significa que sea preliminar y preparatorio a la contratación de un arbitraje, no para los problemas que pudiesen suscitarse de un contrato determinado, sino de cualquier contrato que celebren en un futuro las partes de este contrato preparatorio.

se suscite del contrato principal, se acordará a su vez un arbitraje. Así pues, en la cláusula compromisoria el arbitraje no ha sido acordado, no ha sido celebrado y por tanto no ha sido contratado. Lo que ha sido acordado, celebrado y contratado es un compromiso a, en su momento, contratar un arbitraje.

Nótese lo absurdo, por inútil, de este procedimiento.³ Porque, ¿no sería acaso más eficiente que comprometerse a contratar en el futuro un arbitraje, contratarlo ya?⁴ Es decir, ¿no sería mejor que en el contrato principal, en vez de una dilatoria cláusula compromisoria, se acordara, celebrara y contratara un arbitraje mundo y lirondo para los futuros conflictos que se pudieran derivar del contrato principal?⁵ ¿Para qué si desde Europa se quiere llegar lo más

³ Lohmann afirma que «La doctrina se ha preguntado sobre la verdadera utilidad de la cláusula compromisoria. Se considera que no es imprescindible y que su lugar podría ser ocupado por un compromiso arbitral firme –contratar el arbitraje– sobre toda controversia futura, al que sólo le faltaría integrarse con la indicación de la materia controvertida y los árbitros, si no se hubiesen designado de antemano». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 80 y 81.

⁴ «Realmente, nada obsta que la cláusula compromisoria, acuerdo pre-arbitral o como quiera denominarse, tenga el mismo contenido que el compromiso –contratar el arbitraje–, con la salvedad de la indicación de la materia controvertida. De ser así, ya no sería necesario otro convenio adicional, pues suscitado el conflicto cualquiera de las partes solicitaría de la otra y de los árbitros la suscripción de un documento que, a la par de detallar las cuestiones litigiosas, constituye acta de misión de los árbitros». *Idem*.

⁵ Sobre este despropósito comenta Fernando de Trazegnies que «llegado el día del problema, las partes no pueden acudir directamente al árbitro, aun cuando éste se encontrara ya nombrado desde el inicio de la cláusula compromisoria y las reglas del arbitraje hubiesen sido igualmente determinadas de antemano. Previamente, las partes deben suscribir un nuevo acuerdo –el compromiso arbitral– en el que precisan los alcances de su controversia y la colocan expresamente en manos del árbitro». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubklowky. Lima: Editorial Cuzco, p. 549.

rápido posible a las Indias Orientales, habría que hacer la ruta del Cabo si se puede hacer la del Canal de Suez?⁶

Fue, precisamente, en razón de esta inutilidad manifiesta que la cláusula compromisoria, junto con todos y cada uno de los artículos referidos al tema arbitral, fue derogada del Código Civil de 1984 a sólo ocho años de su vigencia.⁷ La realidad demostró muy pronto

⁶ Sin embargo, hay algunos autores que justifican esta «ruta decimonónica» de la cláusula compromisoria. Humberto Briseño sostiene que la cláusula compromisoria tendría su razón de ser en –y por increíble que parezca– ¡la facilitación del arbitraje! Y esto porque, según él, es el momento más adecuado para que converjan voluntades a favor del arbitraje y se evite así ahuyentar a las partes con la determinación detallada de todos los requisitos y circunstancias que son necesarios cumplir para que éste se configure en la realidad. BRISEÑO SIERRA, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zublowsky. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 43. Por supuesto que no compartimos las justificaciones de Briseño para con la pertinencia de la cláusula compromisoria. No vemos qué dificultad puede haber en –si se quiere realmente que los problemas derivados de un contrato determinado se resuelvan por un arbitraje– contratar en el mismo contrato principal la suscripción a la jurisdicción estatal y especificar la jurisdicción arbitral a la que se someterá el hipotético conflicto, así como el procedimiento por el cual se designarán los árbitros, que son básicamente los requisitos necesarios para contratar un arbitraje. Es más, muy por el contrario de facilitar un arbitraje como sostiene Briseño, la cláusula compromisoria lo aleja. De Trazegnies explica por qué: «[...] como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral –contratar el arbitraje–, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, [...] No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia [...] hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje [...]. De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 549.

⁷ Todo el Título XI del Código Civil –Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral, artículos 1906 a 1922– fue derogado por la Primera Disposición Final de la Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935, promulgada el día 7 de noviembre de 1992 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 10 de diciembre de 1992). Posteriormente, el Decreto Ley n.º 25935 fue dero-

el extravío jurídico –por seguir a pie juntillas los puntos y comas de una doctrina obsoleta– que significaba consagrar, para llegar al arbitraje, el desvío de la cláusula compromisoria.

Un asunto que dentro del anacronismo de la cláusula compromisoria como objeto de estudio merece un comentario, es el tremendo error de un sector de la doctrina que le atribuye a esta cláusula el efecto más importante cuando de contratar un arbitraje se trata: la sustracción de la jurisdicción estatal. Como hemos dicho en el capítulo precedente, el arbitraje es el contrato por el cual las partes de una relación jurídica se sustraen de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia para someterse a una privada creada o designada por ellas. Varios autores señalan sin embargo que esta característica propia del arbitraje, esto es, el acuerdo de voluntades que le da vida jurídica, es también propia de la cláusula compromisoria.⁸

gado por la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572, promulgada el día 3 de enero de 1996 y publicada por el Diario Oficial El Peruano el día 5 de enero de 1996). Simplemente para ilustración del lector, decía el artículo 1906:

Artículo 1906.- «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

⁸ Lohmann señala por ejemplo que «La cláusula compromisoria –conocida también como convenio preliminar– puede, pues, conceptuarse como acuerdo o estipulación autónoma por la cual dos o más partes interesadas en una relación jurídica existente y determinada, deciden someter a arbitraje sus posibles diferencias futuras que surjan de tal relación. Esto supone, en primer lugar, que el convenio estatuye sobre previsiones que pueden o no realizarse. En segundo lugar, implícitamente equivale a decir que si la hipótesis se presenta las partes se sustraen de la jurisdicción estatal». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 79 y 80. Dante Barrios escribe en el mismo sentido, aduciendo que la cláusula compromisoria determina la necesidad del arbitraje, ya que las partes no tienen la libertad para recurrir ante los tribunales, en el supuesto que surja un conflicto entre ellas; así, «en principio deben comprometer; o sea que están bajo la imposición de acudir al arbitraje». BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de

Como resulta obvio, si la cláusula compromisoria tuviera el efecto de sustraer a las partes de una relación jurídica de la jurisdicción estatal, estaríamos frente a un puro y simple acuerdo de arbitraje. Es más, el arbitraje quedaría constituido allí mismo de pleno derecho, y por ende, no se necesitaría de un contrato posterior para constituirlo, lo que significaría un contrasentido, toda vez que la cláusula compromisoria es doctrinariamente el contrato preparatorio o preliminar para la celebración de aquél con el que se da vida al arbitraje, esto es, a la sustracción de la jurisdicción estatal a efectos de resolver un conflicto de intereses que normalmente se resolvía en la Judicatura.

Así pues, el hecho de un contrato preliminar cuyas características y efectos serán los mismos que los del contrato final, es un completo sinsentido.

Un sinsentido es también que la cláusula compromisoria pueda ir contra el objeto mismo del arbitraje, a saber, solucionar un conflicto jurídico fuera del dominio del Poder Judicial. Y tal situación puede llegar a producirse. Metafóricamente podríamos resumirla así. *Señor juez: Nos, una de las partes de este contrato principal, hemos acordado en su momento con la otra, a través de una cláusula compromisoria, nuestro deseo de jamás pisar este juzgado. Pero el incumplimiento de este deseo por mi contraparte nos obliga a hacer lo que no queríamos hacer. Exigimos pues a usted, su señoría, sentencie a mi contraparte a cumplir su compromiso de desear conmigo no pisar esta sala para cuyo efecto deberá contratar*

Montevideo, 1956, p. 36. En este mismo error caen Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú cuando, deduciendo las características de la cláusula compromisoria afirman que: «a) En primer lugar, es un pacto por el cual las partes acuerdan sustraerse de la intervención del Poder Judicial», para luego decir lo mismo del compromiso arbitral –contratar el arbitraje–, del que afirman que «a) En primer lugar, es un pacto mediante el cual las partes acuerdan sustraerse del Poder Judicial». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 113 y 114.

un arbitraje. Por ser de justicia que espero alcanzar. Firmado: La parte burlada. Cuatro años después, con mucha suerte, puede que el juez sentencie a favor de *parte burlada*, y obligue a la otra a celebrar un arbitraje. Pero si el objeto de éste era precisamente no perder el tiempo en un largo proceso judicial, a todas luces aquí hay un contrasentido. Pues, al tiempo que demora un arbitraje habrá que sumarle lo que demora el proceso judicial que ordene su celebración. Sin duda, la peor de las soluciones posibles.

Suficiente hasta aquí con la devaluada doctrina de la cláusula compromisoria que, como hemos visto, es el contrato que por sí mismo no genera jurídicamente jamás un arbitraje, aunque sea éste su más vivo deseo.

¿Qué contrato, pues, da vida al arbitraje? En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como *cláusula arbitral*. Esta cláusula es pues un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica⁹ existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la

⁹ Silvia Gaspar precisa que, por relación jurídica se debe entender una situación de poder y deber concretos en la que resultan vinculados determinados sujetos. Esto implica que alguno de ellos se halle facultado por el ordenamiento jurídico a exigir a otro una conducta que deberá cumplir este último. Comentando la legislación española, Gaspar sostiene que las relaciones jurídicas pueden ser contractuales o no, por lo que no sólo los conflictos surgidos como consecuencia de los contratos son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, sino también las controversias que se produzcan respecto de las obligaciones que tienen su fuente en la ley, los cuasicontratos, o el ilícito penal o civil. Ver: GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 62.

Nuestra Ley General de Arbitraje en su artículo noveno adopta la posición de que las relaciones jurídicas arbitrables pueden ser contractuales o no.

vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte. De ahí lo de «cláusula», que en tanto estipulación de un contrato principal, siempre es accesoria.

El objeto de la cláusula arbitral es pues, según esto, la solución de un hecho que en tanto probable se encuentra en el dominio del futuro y la incertidumbre: la controversia. Las partes la prevén pero no la desean, aunque su ocurrencia puede producirse por la misma voluntad de las partes.¹⁰ Así pues, en tanto es la controversia un hecho probable de incierta ocurrencia en el futuro, no puede haber en la celebración de la cláusula arbitral alcance alguno sobre la materia controvertida. No existe materia controvertida en este tipo de contratación arbitral pues la controversia no ha surgido. Si puede, por el contrario, haber «materia arbitrable» que no será otra que la que las partes señalen sobre el contrato principal, siempre y cuando no esté reñida con la ley.¹¹ Así, todo el contrato principal puede ser materia arbitrable, es decir, todos los conflictos que puedan suscitarse de éste. Pero también puede ser materia arbitrable sólo alguna o algunas estipulaciones del contrato principal, o lo que es lo mismo a decir, los conflictos resultantes de alguna o algunas estipulaciones del contrato principal.

Ahora bien. Si ha quedado perfectamente claro que la cláusula arbitral implica la celebración de un contrato en toda regla, esto es, que el arbitraje ha sido contratado, no menos cierto es que para que la obligación de ese contrato sea exigible –dar solución a un conflicto de intereses entre las partes de un contrato principal a través

¹⁰ Hemos sido cautos en no calificar como hecho *futuro e incierto* a la controversia que deberá ser objeto de solución. Y esto porque para la doctrina de los contratos un hecho *futuro e incierto* es aquel cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes. Por el contrario, la controversia no necesariamente es excéntrica a esta voluntad, lo que no quita que en la contratación arbitral expresada en la cláusula, su ocurrencia tenga características futuras –porque no se ha producido en el pasado ni en el presente– e inciertas –porque nadie puede tener la certeza de que se produzca–.

¹¹ Sobre el problema de «materia arbitrable» ver el Capítulo IV de este libro.

del arbitraje–, tiene que producirse ese conflicto de intereses. En otras palabras, la controversia es la condición lógica para que el contrato llamado cláusula arbitral se cumpla.

Así pues, aunque celebrado el contrato, si la condición lógica no se cumple la obligación no es exigible. Si no hay conflicto de intereses, si no hay materia controvertida, no hay nada que arbitrar aunque el arbitraje esté contratado.

En este orden de ideas es pertinente preguntarse cuándo se extingue el arbitraje contratado a través de la cláusula arbitral. En primer término se extinguirá cuando, de no haberse producido ninguna controversia, se extinga el contrato principal del que el arbitral es accesorio. También, y aunque sólo en homenaje a la teoría, si la cláusula tuviera alguna estipulación de plazo para su cumplimiento, esto es, que el arbitraje contratado estuviera sometido a un determinado plazo antes del cual o después del cual no sea posible recurrir al arbitraje. Se extinguirá contractualmente entonces el arbitraje contratado cuando se extinga el plazo acordado para su imperio. Finalmente, cuando de haberse producido la materia controvertida o controvertidas, sea o sean éstas resueltas a través del arbitraje contratado en la cláusula arbitral. Es decir, cuando la obligación de resolver una controversia por jurisdicción ajena a la del Poder Judicial sea satisfecha. Y aquí cabe hacer una digresión.

A lo largo de este capítulo hemos hablado de contratar *el arbitraje*. Porque, lo que en efecto se contrata es la obligación de que dos o más sujetos de Derecho se sustraigan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado para resolver a través de una jurisdicción privada los conflictos de intereses nacidos de una relación jurídica determinada. Así pues, el arbitraje en términos contractuales no termina necesariamente con la solución de *una* controversia resuelta a través de *un arbitraje o proceso arbitral*. Pues controversias pueden haber varias en el marco y en el tiempo de vigencia de un contrato principal con cláusula arbitral. Por tanto, varios pueden ser también los procesos arbitrales que les den solución dentro del

arbitraje contratado en la cláusula. Y que uno de los arbitrajes feneza por haber cumplido su fin, no implica que se extinga la obligación contratada en la cláusula arbitral o contratos de arbitraje.

Contratado pues el arbitraje a través de la cláusula arbitral y cumplida la condición para que la obligación sea exigible, es decir, producida la controversia que impele a las partes a resolverla arbitralmente, se suceden en el tiempo una serie de contratos en estrecha relación con el arbitral y cuyos propósitos son, precisamente, que la obligación asumida por las partes en la cláusula arbitral quede satisfecha. En otras palabras, para que el arbitraje contratado se materialice, se revele en los hechos, son necesarios otros contratos accesorios a su vez al celebrado en la cláusula arbitral o contrato de arbitraje.

Así pues, ¿cómo se contratan los árbitros? ¿Cómo al eventual presidente del tribunal de justicia privada? ¿Cómo las reglas que regirán el proceso? Ciertamente no a través del contrato arbitral celebrado en la cláusula como muchas veces, sin hacer distinción alguna, se confunde. Porque una cosa es la relación contractual entre las partes de la que sólo puede derivar el contrato arbitral, y otra muy distinta la relación contractual de las partes con terceros que, eventualmente, contribuirán ejerciendo una función jurisdiccional para que ese contrato arbitral celebrado exclusivamente entre las partes se cumpla.

La relación entre las partes y los terceros que tendrán participación jurisdiccional en el proceso arbitral se manifiesta, en nuestro criterio, a través de dos modalidades contractuales nominadas: la locación de servicios y el mandato. La primera, necesaria. La segunda, no.

En efecto. Surgida la controversia, las obligaciones derivadas del arbitraje contratado deben cumplirse. Así, para que se cumpla con el objeto del arbitraje que no es otro que dar solución a una controversia de Derecho por medios privados, se hace necesario el árbitro,

pues no hay arbitraje posible sin árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia ya determinada sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.

Ahora bien, el reseñado es el caso de un arbitraje simple ejercido por una sola persona. Pero puede que las partes quieran, para mayor seguridad, que su controversia sea resuelta por un tribunal arbitral que, en nuestro medio, lo constituyen por lo general tres árbitros, uno de los cuales presidirá el Tribunal.¹² Tres son pues los árbitros que deben ser contratados para brindar el servicio de arbitraje y ejercer la función arbitral. Sin embargo, en nuestra tradición arbitral la designación de uno de ellos, el presidente, implicará además un contrato de mandato.

Y aquí cabe una aclaración. Mucho se ha escrito en la doctrina sobre la naturaleza contractual del arbitraje definiéndola como un mandato. Los árbitros, se dice, tienen un mandato otorgado por las partes a través del convenio que da vida al arbitraje para poder juzgar una controversia determinada.¹³ Esto no es así. Y no lo es por-

¹² Sobre este particular dicen Cantuarias y Aramburú que: «[...] En caso de no existir pacto, las leyes suelen establecer que el número de árbitros será impar, normalmente tres.

[...] A falta de acuerdo entre las partes, la Ley suele establecer mecanismos supletorios de nombramiento, siendo el más común aquél por el cual cada parte nombra un árbitro y estos dos designan al tercero que presidirá el Tribunal Arbitral». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *Op. cit.*, pp. 132 y 133.

¹³ En esa línea están Garsonnet y Cézar-Bru quienes consideran que los poderes de los árbitros sólo pueden deducirse de un contrato de mandato. Merlin sostiene lo mismo, a saber, que la actividad de los árbitros deriva del ejercicio de un mandato otorgado a través de un compromiso. VARGAS GARCÍA, Fernando.

que el mandato es en el Derecho Civil el contrato en virtud del cual una parte denominada mandante le encarga a otra, el mandatario, la celebración de actos jurídicos por su cuenta e interés. El asunto es que la labor jurisdiccional de los árbitros no es un acto jurídico porque ninguna función jurisdiccional puede serlo.

Ahora bien. En el caso que nos ocupa, esto es, el de la constitución de un tribunal arbitral, sí existe un mandato. Pero no para juzgar una controversia, sino para que aquellos dos árbitros que ya han celebrado con las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y representación de esas partes, invistan a su vez a un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral. Las partes, pues, mandan a sus respectivos árbitros para que éstos busquen y nombren a un tercero que los presidirá. He ahí, aparejado con la locación del servicio de arbitraje, el contrato de mandato. Concluido el nombramiento del presidente del tribunal arbitral, concluye también el mandato otorgado a los otros dos árbitros. Si acepta el encargo de éstos, el designado presidente podrá entonces a su vez celebrar su contrato de locación de servicios con las partes.

Hemos dicho hasta aquí que la relación jurídica entre las partes y los árbitros está constituida por contratos sucesivos y accesorios a la contratación del arbitraje en la cláusula arbitral. No ha sido necesario aclarar que dichos contratos sucesivos y accesorios, a saber, la locación de servicios y en su caso el mandato, se celebran en la medida de que existe un consentimiento. Sí es pertinente, sin embargo, determinar dónde se formaliza dicho consentimiento. Lo habitual sería que éste se hiciera en un instrumento específico donde se contratara la locación de servicios y, en otro similar, el mandato. Sin embargo, para el caso del arbitraje, en nuestra tradición arbitral y jurídica, esto no es así. No existe un documento independiente donde conste la celebración de ambos contratos.

«Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil». Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 36.

¿Dónde pues se celebran éstos? ¿Dónde quedan formalizadas las aceptaciones de la locación de servicios y el mandato? ¿Dónde las condiciones para la prestación del servicio? ¿Dónde las remuneraciones de los árbitros? ¿Dónde –finalmente– las reglas mínimas que habrán de regir el proceso arbitral que se avecina?

Es precisamente con la absolución de estas preguntas en donde se manifiesta en toda su plenitud la compleja naturaleza dual del arbitraje, a saber, la contractual y la procesal. Pues es en un instrumento absolutamente *sui generis* donde, paradójicamente, los contratos que ocupan nuestra atención quedan sancionados con toda formalidad. En efecto, es en el *acta de instalación* del tribunal arbitral donde quedan formalizados todos los contratos sucesivos y accesorios al de la cláusula arbitral. Es allí donde consta que los árbitros aceptan prestar sus servicios personalísimos para dirimir privadamente una controversia. Es allí donde se verifica el cumplimiento del mandato otorgado por las partes a quienes debían encontrar y nombrar a un árbitro presidente del tribunal que allí mismo se está constituyendo. Es allí que quedan formalizados los honorarios de los miembros del tribunal en cierre. Es allí donde quedan establecidas las reglas que regirán el futuro proceso. Es allí, en ese instrumento legal donde se confunden naturaleza contractual y jurisdiccional –pues allí no sólo se formalizan contratos sino que también se instala un tribunal, acto que es en sí mismo parte de toda función jurisdiccional– donde, en un mismo tiempo, termina el dominio contractual y empieza el jurisdiccional.

Con lo dicho terminamos el estudio de la contratación arbitral más común que es, en nuestra realidad y en muchas otras, la cláusula arbitral. Empero existen otras modalidades para contratar el arbitraje. Real la una, teórica la otra, pero minoritarias ambas. Son pues dos.

La primera, que le roba a la teoría algunos casos concretos, es aquella que se celebra para resolver, a través de una jurisdicción

privada, una controversia derivada de una relación jurídica generalmente contractual en la que no se previó una cláusula arbitral.

En otras palabras. Existe un contrato en que las partes no suscribieron accesoriamente la contratación de un arbitraje a través de una cláusula arbitral. Por ende, las controversias que de ese contrato *X* pudieran derivarse, deberán ser resueltas directamente por las partes o en su defecto en el Poder Judicial. Obvio, en tanto que en el contrato *X*, las partes no se han sustraído a través de una cláusula arbitral a la jurisdicción de los tribunales de justicia del Estado.

Sin embargo, ocurrida la controversia, esa sustracción que no se previó en el contrato *X*, puede producirse en otro contrato absolutamente independiente de aquél que da origen a la controversia. De este modo, las mismas partes que celebraron el contrato *X*, celebran otro contrato en el cual acuerdan un arbitraje cuya materia es la controversia surgida del contrato *X*. Ese pacto, convenio o acuerdo es un contrato principal de arbitraje en toda regla. No vemos ninguna razón pues para no denominarlo por la especificidad de su nombre, a saber, *contrato de arbitraje sobre controversia producida*.¹⁴

Es cierto que la cláusula arbitral también es un contrato de arbitraje, pero su especificidad nominativa es la de una cláusula accesoria. Y aquí, no está de más recordar, la diferencia con el contrato de arbitraje sobre controversia producida es que mientras en éste la controversia existe porque pertenece a la tercera dimensión del pre-

¹⁴ Hemos utilizado el ejemplo de una controversia surgida de una relación jurídica contractual por ser ésta la más común de las que se arbitran. Empero, nada obstante para que el contrato de arbitraje sobre controversia producida se refiera a la controversia de una relación jurídica no contractual, como sería el caso, por citar un ejemplo, de dos vecinos –sin vínculo contractual que los une– entre quienes surge una controversia sobre la propiedad de la pared que divide ambos predios.

sente, en la cláusula la controversia es aún inexistente y su probabilidad, una mera concesión al futuro y la incertidumbre.¹⁵

Una segunda modalidad de contratación arbitral ajena a la de la cláusula es aquella en que dos o más sujetos de Derecho celebran un contrato por el cual se obligan a someter a arbitraje cualquier conflicto que pudiera sobrevenir de todas o algunas de sus relaciones jurídicas, tanto existentes como futuras. Esto es pura teoría y sin embargo es posible. Lo que aquí sucede es una sustracción generalizada a la jurisdicción estatal de las relaciones jurídicas entre dos sujetos de Derecho determinados. En otras palabras, las partes contratan que los tribunales ordinarios no son competentes para dirimir conflictos derivados de la universalidad de sus relaciones jurídicas, en la medida de que la ley lo permita.

Característica de esta modalidad contractual es su autonomía, esto es, su calidad de contrato principal. En efecto, el arbitraje así contratado no es accesorio a ninguna relación jurídica entre las partes, toda vez que incluso es posible que las relaciones jurídicas entre las partes no se hayan producido. La otra característica esencial es su universalidad, en la medida de que son todas o casi todas las relaciones jurídicas entre las partes contratantes del arbitraje, las que serán materia arbitrable.

Somos pues de la opinión que este es un *contrato universal de arbitraje* y así hemos dado en llamarle.

En lo que atañe a la relación contractual entre las partes con los terceros que ejercerán la función jurisdiccional, tanto en el contrato de arbitraje sobre controversia producida como en el contrato uni-

¹⁵ Una excepción a esta regla es la poco frecuente posibilidad de que una vez producida una controversia en una relación jurídica contractual en la que no se previó cláusula arbitral alguna, las partes inserten en el contrato principal una cláusula arbitral, contratando así un arbitraje para una controversia en curso.

versal de arbitraje, aquélla es la misma que como hemos visto para la cláusula arbitral, se formaliza, llegado el momento, en el acta de instalación del tribunal arbitral.

En síntesis, podemos afirmar que dos son las modalidades para contratar un arbitraje que se pueden aprehender en mayor medida de la realidad: La cláusula arbitral, que es el pan de todos los días en el tema de arbitraje; y el contrato de arbitraje sobre controversia producida, cuyos casos son menos comunes aunque en ascenso. La tercera modalidad, a saber, el contrato universal de arbitraje pertenece al reino de lo posible aunque por el momento no de los hechos.

Ahora bien, como podrá atestiguar cualquiera que tenga algún conocimiento del tema arbitral, ningún manual o tratado de arbitraje consignará los nombres de estas tres modalidades para contratar un arbitraje. Somos pues los primeros. Y el mérito de esta propuesta está, si alguno tiene, en que se le llama al pan, pan y al vino, vino. Y esto porque la doctrina, enredada prisionera de conceptos que no se siguen de la realidad ni de los usos y costumbres que son su magma –de ahí que hayamos suscrito en el capítulo precedente la Teoría Realista del Arbitraje–, se niega a llamar por su nombre a un arbitraje que se contrata a través de una cláusula (cláusula arbitral), y lo que es peor, se niega a utilizar para todos los efectos el término «contrato de arbitraje» cuando debe hacerlo.

En efecto, todo parece indicar que para la doctrina tradicional, el término contrato está proscrito en el tema arbitral, aun para ese sector de la doctrina que suscribe la naturaleza contractual del arbitraje. Acuerdo, pacto, convenio, compromiso; todo menos contrato.¹⁶

¹⁶ El tratadista Dunshee, por ejemplo, utiliza como sinónimos acuerdo arbitral, pacto arbitral o convenio arbitral, a los que califica como género de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, que son las especies. La palabra contrato no figura para nada y poco sabemos con esta clasificación cuáles de

En lo que respecta a nuestra historia arbitral cuyo origen data del Código Civil de 1984, como hemos dicho, el «contrato de arbitraje» estaba edulcorado con el nombre de compromiso arbitral que se celebraba cuando la controversia entre las partes ya se había producido.¹⁷ Esto, en nuestro lenguaje nacido del sentido común de la realidad, no es otra cosa que un contrato de arbitraje sobre controversia producida.

Derogadas las normas sobre arbitraje del Código Civil, tanto en la antigua Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935) como en la Ley General de Arbitraje vigente (Ley n.º 26572), se acuña el concepto de *convenio arbitral*. Este convenio arbitral viene a sustituir, para todos los efectos, los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral legislados en los artículos 1906 y 1909 del Código Civil. La Ley General de Arbitraje lo define así en su artículo nueve: «El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».¹⁸ Y el artículo diez de la misma ley esboza tímidamente la modalidad que puede adoptar el convenio arbitral afirmando que:

todos estos eufemismos son contratos de arbitraje, o si se prefiere, a través de cuál se contrata un arbitraje. Ver: DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El acuerdo arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, pp. 7 y 8.

¹⁷ Cantuarias y Aramburú, comentando el artículo 1909 del Código Civil, sostienen que entre las características del compromiso arbitral está: «b) En segundo término, este acuerdo debe celebrarse necesariamente una vez haya surgido un conflicto entre las partes. Como consecuencia de esto, la ley exige que se precisen los términos exactos de la controversia». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

¹⁸ Cantuarias y Aramburú señalan que «En muy simples palabras el término ‘convenio arbitral’ no hace más que reconocer que la suscripción de un acuerdo de arbitraje celebrado tanto antes como después de que surja la controversia, es suficiente para que las partes puedan recurrir al arbitraje directamente sin necesidad de otorgar ningún otro contrato». *Idem*, p. 128.

«[...] Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. [...].»

El hecho es que el así llamado convenio arbitral nada nos dice a quienes estamos imbuidos en el quehacer cotidiano de los arbitrajes. Nosotros afirmamos que el convenio arbitral de acuerdo a la doctrina y la legislación expuesta no es más que un contrato de arbitraje en toda regla al que, para variar, se le escamotea el nombre de contrato de arbitraje. Cuando éste «adopta la forma de una cláusula incluida en un contrato» no estamos más que en presencia de una cláusula arbitral a través de la cual se contrata un arbitraje. Cuando el susodicho convenio se expresa mediante un «acuerdo independiente», bien podemos estar ante un contrato de arbitraje sobre controversia producida en el caso de un conflicto de intereses *ex ante* el contrato de arbitraje, o bien ante un hipotético contrato universal de arbitraje. Las cosas pues por su nombre, o al menos, por el que mejor exprese su realidad.

Con esto damos fin a este capítulo en el cual hemos tratado de develar el complejo dominio contractual del arbitraje, exorcizando una vieja doctrina plagada de entelequias a través de la claridad de las posibilidades que nos señala el mundo real.

Capítulo IV

¿QUÉ ARBITRAR?

El problema de la validez del arbitraje.— Una pregunta clave.— El Estado responde.— Un concepto discutible: «materia arbitrable».— ¿Pueden arbitrarse «materias»?— Los derechos tienen mucho que decir.— La suprema palabra de la ley.— Criterios de la ley: Positivo y negativo.— Positivo: Un saludo a la bandera.— Negativo: Qué arbitrar.— Lo que dice la Ley General de Arbitraje.— Derechos de libre disposición y arbitraje.— Qué no arbitrar: Cuatro prohibiciones.— Un paréntesis: ¿Existen derechos inarbitrables por naturaleza?— Una respuesta positivista.— Cerramos paréntesis.— Exégesis de las cuatro prohibiciones.— Ambigüedad de las cuatro prohibiciones.— El sentido de la ambigüedad: Las excepciones.

Nada de lo que hemos visto hasta aquí, esto es, las disquisiciones teóricas sobre la naturaleza y la definición del arbitraje tendrían ningún sentido práctico si es que se soslayara el tema de su validez. Y el eje de ésta es, sin duda, la respuesta a la pregunta: qué arbitrar. Pues el ejercicio del sentido común nos dice que no todo es arbitrable en la medida de que si todo lo fuese —hablando con propiedad, si todos los conflictos suscitados o por suscitarse entre los miembros de una sociedad dada lo fuesen—, estaríamos ante el impresionante espectáculo de un Estado sin función jurisdiccional alguna. Y de ser tal situación posible, lo sería solamente bajo un nuevo concepto de Estado que hoy se nos escapa.

De ahí que, para determinar la validez y eficacia del arbitraje como medio de solución legal de controversias en la sociedad, es de necesidad vital esclarecer qué tipo de conflictos pueden sustraerse a la jurisdicción soberana del Estado. Y es aquí donde se manifiesta todavía, en todo su poder, el papel del Estado en la institución arbi-

tral. Pues, como ya lo hemos dicho en los capítulos precedentes, el arbitraje como medio de solución de controversias existe por obra y gracia del Estado. Es el Estado el que permite la sustracción de los particulares a su jurisdicción y es el Estado el que determina a través de la ley las hipótesis bajo las que esa sustracción es válida, así como las hipótesis en que aquélla no lo es.

Son esas hipótesis el objeto del presente capítulo, son esos conflictos que la ley discrimina –ya sea en pro del arbitraje ya sea a favor de la jurisdicción estatal– el problema que deberemos resolver aquí. Un problema que desacertadamente la doctrina conoce como «materia arbitrable».

Y decimos desacertadamente porque, ¿qué cosa es materia arbitrable? ¿Son acaso las grandes clasificaciones que el Derecho hace sobre ciertos temas? ¿Se refiere quizás el término a las ramas del Derecho? ¿Al Derecho de Familia, al Derecho Civil, al Derecho Penal, al Derecho Administrativo o a los así llamados Derechos Humanos que de acuerdo al mandato de la ley caerían o no bajo la órbita del arbitraje? ¿Alude tal vez a que la materia del arbitraje son los conflictos o controversias? ¿Es posiblemente el objeto de un conflicto? En buena cuenta y cerrando el párrafo con la misma interrogante de su inicio, ¿qué cosa es materia arbitrable?

Puestas así las cosas, materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca –el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión–, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta qué arbitrar y qué no.¹

¹⁹ Sobre el desacertado concepto de materia arbitrable y a propósito del comentario de la Ley de Arbitraje española, la profesora Silvia Gaspar dice que

Así pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras. La ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.²

«[...] el término ‘materia’ [...] debería interpretarse en el sentido de constituir un complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible. Pero, en sentido estricto, la posibilidad de disponer debe predicarse de cada uno de los derechos que integran la materia de que se trata». Asimismo Gaspar señala que si bien la expresión «materia» no es adecuada para indicar el objeto de la facultad de disponer, tampoco resulta apropiada para referirse al objeto de un conflicto, en la medida de que las cuestiones litigiosas se presentan propiamente en relación con derechos concretos. Agrega que el erróneo término utilizado por la Ley de Arbitraje española se manifiesta en su artículo 2.1,b), que establece que no pueden ser objeto de arbitraje «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición», en la medida de que resulta inverosímil que exista una materia que pueda estar unida a otra materia distinta. Lo que sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes. GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 90.

² En efecto, hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no. Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988 que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*». Afirma Gaspar que «la locución ‘conforme a derecho’ no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad –teniendo en cuenta su carácter variable– no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado». Por tal razón, Gaspar considera acertadamente que «la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta deter-

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional –y no de la doctrina jurídica– saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.

Ahora bien. Aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, y por tanto, es menester aquí estudiar nuestra Ley General de Arbitraje,³ no menos cierto es que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar que establece dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo. Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento

minante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución». GASPAR LERA, Silvia. *Idem*, p. 89. (La cursiva es nuestra).

³ Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Izaga, comentando la dificultad del tema de la materia arbitrable, señalan que éste es «[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe país en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 189 y 190. Creemos que esta apreciación es un tanto extrema, ya que si no existiese ninguna legislación que haya podido determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje y cuáles no, simplemente no podrían haber arbitrajes. Y esto porque cualquiera podría impugnar la validez material de un arbitraje. De otro lado, ¿cuál sería el sentido de las leyes de arbitraje en el mundo si no pudieran determinar «qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía?».

de revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.⁴

A nadie escapa pues que es el criterio negativo el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje. Y esto porque sin criterio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable y en consecuencia, no tendría ningún sentido la función jurisdiccional del Estado.

Dicho esto, ahora sí estamos en situación de comprender mejor qué dice nuestra Ley General de Arbitraje sobre los derechos que pueden y que no pueden ser objeto de arbitraje. El criterio positivo

⁴ En relación a los criterios positivo y negativo Juan Guillermo Lohmann dice que «Respecto [...] a los temas o controversias arbitrables –*criterio positivo*–, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas –*criterio negativo*–, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrarse». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 61-68. Como fluye del comentario de Lohmann, este profesor parecería adherir la tesis de un poder decisorio y de una autonomía de la voluntad que existiría allende la ley, fundada en una suerte de «naturaleza transaccional» de bienes y derechos. Lo cierto es que no existen derechos de libre disposición por naturaleza, como se verá más adelante. Es la ley la que determina el grado de libertad de disposición de los derechos sobre los bienes en un orden jurídico determinado. Finalmente, en el caso del arbitraje, es la ley la que determina cuánto afloja su monopolio jurisdiccional.

se encuentra claramente expresado en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley que dice: «Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: [...].».

No vamos a hacer aquí la ociosa exégesis literal que explica muchas veces, sino todas, lo obvio en una disposición legal. Diremos sí que, en primer término, no son en nuestro criterio las *controversias* sobre las que las partes tienen la facultad de libre disposición. Porque, ¿cómo se puede disponer de una controversia? De lo que se puede disponer es de derechos y, en todo caso, del derecho de llevar una controversia (sobre determinados derechos) a un tribunal arbitral. De ahí que, nosotros creemos que la facultad de libre disposición a la que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de la ley bajo comentario, sólo puede aludir a derechos. Así pues, la redacción del texto legal ha sido aquí desafortunada. Hubiera sido más propio, en todo caso, expresar que «Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre derechos que las partes tienen la facultad de *disponer libremente*...».

Los efectos jurídicos de someter a arbitraje controversias sobre derechos que las partes pueden disponer a su guisa son evidentes si nos atenemos a la norma. Extinguen o previenen la posibilidad de procesos judiciales ordinarios.

Ahora bien, la pregunta de fondo es obviamente cuáles son esos derechos sobre los que las partes tienen la facultad de libre disposición y que, llegado el caso de una controversia, podrían ser llevados a arbitraje. Y aquí nada más cierto que aquello de que la excepción hace la regla. Pues sin la excepción, a saber, las cuatro prohibiciones explícitas que el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje contiene sobre los derechos que no pueden ser sometidos a arbitraje bajo ninguna circunstancia, no estaríamos en capacidad de saber que *todos* los derechos –menos los que caen en la esfera de los cuatro ve-

tos— pueden disponerse libremente y por ende ser sometidos a arbitraje, dado un conflicto sobre ellos.

Así pues, es la excepción la que define la regla. Y las excepciones son, utilizando el equívoco concepto de «materia» a que se aviene la ley, las siguientes:

«1. Las —materias— que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin previa autorización judicial.

2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejercicio, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

3. Las que interesan al orden público o las que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».

El criterio negativo pretende definir pues explícitamente, a través de las cuatro prohibiciones, qué derechos pueden arbitrarse en el Perú en caso de conflicto.

Ahora bien. No puede escapar al ojo perspicaz de nuestros lectores, el hecho de que tras estas cuatro prohibiciones de lo que no se puede arbitrar en el Perú, hay, implícito, un argumento de fondo. El de la equivocada idea de que existirían determinados derechos que son, por sí mismos, inarbitrables. Es decir, que la naturaleza misma, ya sea ésta humana o jurídica, impide su libre disposición, y por ende, su arbitrabilidad.

Así, que no sean derechos arbitrables los que versan sobre el estado y la capacidad de las personas, por ejemplo, tal como lo sanciona la primera prohibición de nuestra Ley General de Arbitraje, obe-

decería filosóficamente al argumento de que algunos de tales derechos participan de los así llamados derechos de la personalidad, y por tanto, propios de la «naturaleza humana».⁵ Luego, al pertenecer a la humanidad de la que forma parte la persona humana y no a los individuos de carne y hueso como se suele afirmar sin más trámite, éstos no podrían disponer de algo que no les pertenece. De ahí que los conflictos que sobre estos derechos se susciten, no puedan ser objeto de arbitraje.⁶

⁵ Sobre este tema es indispensable consultar la excelente tesis del joven profesor peruano Mauricio Novoa Cain: *La Defensoría del Pueblo: Aproximaciones a una institución constitucional*. Dice Novoa que «Los derechos humanos, fundamentales o subjetivos, es decir, aquellos que implicaban una serie de facultades de un sujeto frente a otros y frente al Estado, eran una novedad en el derecho de Occidente, que tuvo pretensión histórica al derecho romano. En el mundo antiguo no existía un concepto que otorgara al individuo facultades especiales frente al orden público u otros individuos. En el ordenamiento romano, *ius* quería decir lo justo, el orden judicial socialmente admitido, formulado por aquéllos que sabían de lo justo, los *iuris prudentes* [...] La posición de la persona en la cristiandad fue debatida nuevamente por la Iglesia católica, esta vez en las juntas de teólogos convocadas por los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, a inicios del siglo XVI. Las juntas pretendieron determinar la naturaleza de los habitantes del mundo recién descubierto por Europa. Se concluyó en declarar no sólo la pertenencia de los indígenas al género humano sino su protección y amparo contra cualquier abuso. La titularidad de estos derechos no residía en una norma sino simplemente en su condición de hombres, *iura innata*. Las leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de 1542, [...], parecían confirmar estos derechos. Sin embargo, los que se otorgaba al indígena no eran abstractos o metafísicos, sino concretos y objetivos: debían ser instruidos en la fe y ser tratados como personas libres y vasallos, no se les podía hacer esclavos por causa alguna y el rey debía ser informado de cualquier caso de incumplimiento. De todas formas se reafirmó la idea de que el individuo podía ser origen y fuente de derechos. NOVOA CAIN, Mauricio. *Defensoría del Pueblo: Aproximaciones a una institución constitucional*. Colección Tesis. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 2003, pp. 88 y 89. En otras palabras, la «naturaleza humana» y otros conceptos circundantes, no son más que conceptos histórico-culturales.

⁶ He aquí una de las grandes paradojas de esta figura filosófica que hace al individuo origen y fuente de derechos en tanto tal, porque ya que es el individuo origen y fuente de derechos, lo que le permitiría disponer de ellos, no

Las mismas líneas argumentales sirven para justificar las tres prohibiciones siguientes de la Ley General de Arbitraje, que están destinadas a resguardar la soberanía del Estado-Nación. Así, es porque existirían cosas que sólo el Estado debe hacer, funciones que sólo el Estado debe cumplir porque pertenecen a su «naturaleza», que no se deben contradecir privadamente. De este modo, atentaría contra la soberanía del Estado que sus súbditos dispongan sobre derechos que no les pertenecen por «naturaleza» y que por el contrario, pertenecen a la «naturaleza» del Estado. La tutela jurisdiccional es uno de ellos.⁷

Lo cierto es que esto es muy discutible, sino falso. La propiedad, pues es ésta la que justifica en última instancia la facultad de disponer o no de un derecho determinado, es ella misma un derecho, y los derechos –cualquier derecho– sólo existen por la ley. Es la ley, y no la naturaleza entendida como se quiera entender,⁸ la que sanciona quiénes tienen derecho a hacer qué cosa en un orden jurídico determinado. Luego, es la ley la que determina quiénes pueden disponer de lo que es suyo o propio, entendiendo que lo que es suyo o propio lo es porque la ley dice que lo es.

Tan es cierto que no existen –jurídicamente hablando– funciones, atribuciones, facultades o derechos «naturalmente propios» de las cosas, que algunas de las mismas cuatro excepciones a lo libremente disponible están plagadas a su vez de excepciones. El arbitra-

puede hacer lo que podría cualquier otro propietario, esto es, precisamente, disponer de ellos.

⁷ Lo cierto es que antes que afirmarse en un derecho, considérese éste natural o constitucional, la tutela jurisdiccional del Estado se asienta exclusivamente en su poder de hecho. En efecto, la tutela jurisdiccional del Estado es efectiva porque se sostiene en el monopolio de la fuerza del que goza el Estado. Es ese poder de facto el que haría del Estado el supremo árbitro de las disputas entre sus súbditos y, sobre todo, el que puede hacer valer con la fuerza, de ser necesario, sus resoluciones.

⁸ Sobre la evolución histórica del concepto de derecho natural, Ver: NOVOA CAIN, Mauricio. *Op. cit.*, pp. 88-93.

je mismo es una excepción legal a lo que se suele considerar uno de los derechos propios de la «naturaleza» del Estado, a saber, su función jurisdiccional.

Por lo tanto, en nuestro criterio, no existen derechos que por sí mismos sean arbitrables o inarbitrables. En ambos casos, lo serán porque la ley sanciona que lo sean. Y esto no es un asunto que tenga que ver con la dogmática jurídica, pues ésta puede decir cualquier cosa sin que ello afecte lo que diga la ley. Así pues, es éste un asunto de exclusivo dominio de la política jurídica que cada Estado implemente en su legislación nacional.

Llegados a este punto, es útil advertir lo poco de jurídico que pueden tener los comentarios que generalmente se estilan en las obras y tratados legales sobre el arbitraje, en lo que corresponde al análisis del criterio negativo de la mal llamada materia arbitrable, es decir, de lo que está prohibido arbitrar en un orden jurídico dado. En efecto, cuando se emite un juicio de valor sobre la pertinencia o impertinencia, sobre la razón o sin razón, sobre lo correcto o lo incorrecto de alguno o todos los contenidos de los criterios negativos, cuando el jurista se pronuncia a favor o en contra de su procedencia total o parcial, lo hace emitiendo una opinión de política jurídica y no una de Derecho, como tal vez, el mismo jurista suele creer.

No es una opinión jurídica encontrar al Estado más o menos competente para tomar conocimiento exclusivo sobre tales y cuales temas, o mejor dicho, sobre tales o cuales derechos controvertidos. Tampoco lo es encontrar más o menos conveniente que los particulares decidan sobre esto o aquello.

Pues es poco, en verdad, lo que de Derecho se puede decir allí; tal vez, apenas, las concordancias legales que apoyan tácita o explícitamente tal o cual prohibición en los cuerpos legales vigentes. Pero casi nada más. En este sentido, y dadas las pretensiones jurídicas de este capítulo, diremos lo poco que hay que decir de Dere-

cho sobre el criterio negativo adoptado por la Ley General de Arbitraje.

La atingencia jurídica fundamental es, en nuestra opinión, la ambigüedad que destilan las cuatro prohibiciones, teniendo en cuenta que, precisamente, su claridad es requisito indispensable para determinar el criterio opuesto, a saber, el positivo por el que se permite arbitrar todos los derechos que no estén especificados en las cuatro prohibiciones y que, por tanto, se supone de libre disposición. Resulta para nosotros bastante obvio que el sentido de la ambigüedad es dar margen a las excepciones, haciendo de las prohibiciones una coladera por donde lo que se supone son derechos inarbitrables, pueden terminar en la jurisdicción arbitral.

En la primera prohibición, por ejemplo, es jurídicamente relevante preguntarse qué es o qué se entiende concretamente por «el estado o la capacidad civil de las personas», que generarán derechos sobre los cuales no cabe arbitraje posible según la Ley.⁹ Nada dice la Ley General de Arbitraje. La Constitución dice algo más al especificar las atribuciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC.

En efecto, el artículo 183, segundo párrafo de la Constitución, establece que «El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes [...] Mantiene el registro de

⁹ Con relación a los derechos que tienen su sustento en el estado o la capacidad de las personas, Lohmann entiende que esta prohibición está referida «al status y posición o condición jurídica del sujeto [...] Por medio del Poder Judicial y con la jurisdicción común como herramienta, el Estado se reserva tutelar directamente las circunstancias relativas a los individuos, bien porque ellas son base del ejercicio de derechos ciudadanos (mayoría de edad, interdicción, etc.), bien porque se les reputa fundamento social (el matrimonio, por ejemplo)». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 61 y 62.

identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad [...].».

Como puede verse, el problema con esta norma constitucional es que no distingue explícitamente qué cosa es estado civil y qué cosa identidad. Es más, parece que los confunde. Decimos esto porque los estados de familia resultantes de la filiación (nacimiento) y del matrimonio, están estrechamente relacionados con la identidad de las personas, esto es, el nombre, el sexo, la edad, la nacionalidad y hasta la vecindad.

Entonces, ¿cómo reconocer jurídicamente aquello que no está claramente especificado como debería? ¿Por el sentido común, por los usos y costumbres, por el Documento Nacional de Identidad,¹⁰ por los tratados internacionales, por lo que dice la doctrina, acaso? Sea como fuese, la discrecionalidad es aquí la ama y señora de la situación.¹¹

Ahora bien. Si asumimos la hipótesis de que en una sociedad el estado civil y la identidad de las personas son en realidad jurídicamente indesligables,¹² tal como parece sugerir nuestra Constitu-

¹⁰ Si nos atenemos estrictamente a lo que consigna el Documento Nacional de Identidad peruano, el estado civil de las personas hace referencia exclusiva a la situación de si el titular tiene o no tiene lazos matrimoniales.

¹¹ Esto queda claro en la misma norma constitucional que estatuye las atribuciones del RENIEC, cuando en el segundo párrafo del artículo 183 bajo comentario, se establece que además de la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios y defunciones, el RENIEC también está facultado para inscribir «otros actos que modifican el estado civil». ¿Cuáles son esos «otros» actos?

¹² En realidad y aunque admitimos resulta redundante decirlo, la identidad de una persona sólo puede ser concebida en sociedad. Es en ésta donde se hace necesario identificar a todos y cada uno de sus miembros. Es en ésta donde tienen sentido los nombres y los apellidos y, por consecuencia, la relación jurídica que les dio origen. Es en ésta donde cobra relevancia el sexo. Es en ésta donde la nacionalidad tiene interés para el Derecho. Así pues, fuera de la so-

ción, hacemos notar que la identidad es un derecho fundamental, de acuerdo a su artículo 2, numeral 1. No es pues cualquier derecho sino uno humano sobre el que no cabe disposición posible. De ahí se explicaría ideológicamente por qué, a su vez, el estado civil de las personas sería una «materia» indisponible, y por tanto inarbitrable. ¿Pero lo son también los derechos consecuencia del estado civil? Es decir, ¿aquellos derechos que no podrían concebirse sin la existencia o inexistencia del estado civil? Aquí empiezan pues a pulular las excepciones, aquí pretende el arbitraje arrancarle a la jurisdicción del Estado la exclusividad de sus «materias».

Por ejemplo, que por típico el mejor. ¿Es inarbitrable o arbitrable la controversia sobre los derechos gananciales que sobre un bien pudiesen tener dos cónyuges que quieren romper su estado matrimonial? Sabemos que al menos jurídicamente hablando no es posible un divorcio extrajudicial. ¿Pero es también imposible, en caso de controversia, una liquidación y adjudicación extrajudicial de bienes conyugales, antes del divorcio?

Como se aprecia, esto es sumamente opinable. Si nos atenemos a la tesis de que todo aquello que tiene un carácter patrimonial es arbitrable porque es disponible por «naturaleza», entonces los derechos sobre los bienes del régimen patrimonial del matrimonio se-

ciedad, la identidad de las personas no tendría ninguna razón de ser. Sin embargo, es aceptado sin mayor discusión que la identidad de las personas es un derecho humano, esto es, que uno debe tener identidad por el solo hecho de ser hombre. Esta tesis tiene su asiento en la filosofía liberal que pretende que los hombres pueden concebirse individualmente, es decir, en el así llamado ‘estado de naturaleza’. De ahí que en tanto individuos tendrían ciertos derechos que son propios a su naturaleza individual.

Lo cierto es que concebir al hombre individualmente no es más que una abstracción, una fantasía, pues tal hombre, si existe, sólo puede ser el Robinson Crusoe de la novela de William Dafoe. En la realidad, no existe el hombre solo, el individuo, y por lo tanto, no se puede filosofar al amparo de esa premisa y, mucho menos, fundar derechos, pues, ¿para qué necesitaría derechos un hombre solo? En todo caso, bienvenido sea el debate.

rían arbitrables.¹³ Si por el contrario asumimos que es el estado civil del matrimonio el que dio origen al régimen patrimonial, y que el estado civil del matrimonio sólo puede modificarse –en este caso disolverse– por un procedimiento judicial, luego no es ilógico afirmar que este régimen patrimonial deba seguir para su liquidación y la consecuente adjudicación de bienes, el mismo procedimiento que la ley establece para la liquidación del matrimonio, esto es, el judicial. Jurídicamente hablando este argumento parece el más sólido, pues prescinde de la premisa ideológica naturalista que funda el carácter transaccional de los bienes patrimoniales, luego su disponibilidad y su arbitrabilidad.

En todo caso, cualquier partido que se tome por la pertinencia o impertinencia de esta prohibición al arbitraje, que implica respon-

¹³ Ésta es la posición de Lohmann quien dice que «En el área de Derecho de Familia vinculado al estado civil, también hay que matizar la declaración legal. Efectivamente, en el libro III del Código se regulan asuntos a los que no parece apropiado el arbitraje. Así, no se ve razón poderosa para estimar prohibido el pacto arbitral entre cónyuges para determinar la posible condición de ganancial de un bien, o la forma de liquidar y adjudicar los bienes en caso de separación o divorcio». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 61 y 62. En relación con este tema se ha pronunciado la jurisprudencia española. Al respecto, en la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de junio de 1944, se determinó que las consecuencias patrimoniales del estado civil son susceptibles de transacción, por no atentar éstas ni al interés ni al orden público. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de octubre de 1966. Ver: GASPAR LERA, Silvia. *Op. cit.*, p. 97. Sobre estas respetables posiciones, podemos decir que pareciera que el profesor Lohmann no ha contemplado los principios de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y que no hay que distinguir donde la ley no distingue. En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo español, éstas confirman precisamente que la ley y nada más que la ley es la suprema fuente de aquello que se puede o no arbitrar en una sociedad. Y esto porque se basa en que las consecuencias patrimoniales del estado civil son arbitrables porque no atentan contra el «orden público», que nosotros suponemos el orden jurídico. ¿Qué otro orden público podría haber que no sea el orden jurídico? En cuanto al «interés público», éste no es otro que el del interés político estatuido a través de las normas jurídicas, porque es la política la que decide finalmente qué es de interés público en una sociedad.

der a la pregunta de por qué el Estado es el mejor tutor y garante jurisdiccional del estado civil de las personas y de los derechos que de éste se deriven, es un asunto de índole política y no jurídica.

Queda por ver, en el marco de esta primera excepción a la regla general de arbitrabilidad sancionada por la Ley General de Arbitraje en su artículo primero, el caso de la capacidad civil de las personas como «materia» inarbitrable. Desde un punto de vista jurídico, esta prohibición a arbitrar la capacidad civil de las personas tiene un claro fundamento constitucional. En efecto, creemos que éste se encuentra en el artículo 33 de la Constitución que se refiere a la suspensión del ejercicio de la ciudadanía, que conlleva, para muchos efectos, el de la capacidad civil. Porque es la condición de ciudadano la que en buena cuenta es la fuente principal de esta capacidad.

Dice el artículo en mención: «El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1. Por resolución judicial de interdicción.
2. Por sentencia con pena privativa de la libertad.
3. Por sentencia con inhabilitación de derechos políticos».

Así pues, si jurídicamente el ejercicio de la ciudadanía sólo puede suspenderse por un órgano jurisdiccional del Estado, la capacidad civil –que es una de sus más importantes consecuencias– sólo puede ventilarse judicialmente. Aquí no hay nada más que especular.

Finalmente, la Ley abre una puerta para el arbitraje cuando se trata de bienes (patrimonio) y derechos de incapaces –no por nada habíamos adelantado que las prohibiciones están bombardeadas de excepciones–. Establece la norma que ello es posible, aun tratándose de una «materia» referida a la capacidad civil de las personas –y por tanto, en principio inarbitrable–, sí y sólo sí existe una previa autorización judicial.¹⁴ Esto porque el incapaz, siéndolo para la ley

¹⁴ Entendemos que esta autorización nada tiene que ver con el sentido que deberá tener el eventual laudo arbitral, lo cual sería un absurdo.

y la sociedad, está legalmente impedido de decidir por sí mismo sobre sus bienes y, por tanto, de someter el derecho sobre éstos a arbitraje en caso de una controversia con cualquiera. Para hacerlo, tiene que recurrir a la autorización de quien legalmente declaró su incapacidad, esto es, la justicia ordinaria. Y ello a través de quien sea su representante legal.¹⁵

Jurídicamente, que es lo que aquí nos interesa, creemos agotado el análisis de la primera prohibición a arbitrar.

La segunda prohibición que establece el artículo primero de la Ley General de Arbitraje se refiere a aquellas controversias sobre las que ha recaído resolución judicial firme. No será muy extenso el análisis jurídico de esta prohibición porque no hay mucho que decir ni menos que especular. En efecto, este segundo voto se funda, a su vez, en la prohibición constitucionalmente sancionada de revivir procesos que tienen sentencias con calidad de cosa juzgada. Así lo establece sin posibilidad de duda el artículo 139, numeral 13 de la Ley de Leyes:

Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

13. La prohibición de revivir procesos feneidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».¹⁶

¹⁵ Esto se da tanto para los incapaces que tienen discernimiento como para los que no lo tienen. En este último caso, se supone jurídicamente que la voluntad del incapaz está representada por su representante legal.

¹⁶ Cabe señalar que la resolución judicial firme adquiere la calidad de cosa juzgada material. En este sentido, la cosa juzgada material implica que la sentencia ha sido emitida tomando en cuenta los fundamentos de fondo de la controversia, por lo que la resolución pone fin –con carácter definitivo– al conflicto. Hay que decir que para que se configure la cosa juzgada material es necesario que ésta adquiera el carácter de definitiva, lo cual puede producirse, bien por el agotamiento de los medios impugnatorios, es decir cuando el caso concreto se halla en última instancia; o bien porque las partes renunciaron

Por lo tanto, luego de una sentencia judicial de esas características, no cabe arbitraje posible. No hay pues más vueltas que darle al asunto.

Ahora bien, esta segunda prohibición a arbitrar no es absoluta. También lleva su excepción bajo el brazo. Se refiere ésta a las consecuencias patrimoniales que surjan del ejercicio de la sentencia, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del fenecido proceso.

Jurídicamente, esto supone una hipótesis: la falta de claridad de las sentencias. En efecto. Asumiendo que el juez debe pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos en el proceso, puede suceder que algunos de ellos relacionados con derechos patrimoniales, no estén lo suficientemente claros que deberían estar en la sentencia. Aquí, la lógica jurídica y la ley¹⁷ indican que, ya que el juez dictó la sentencia, sea él mismo quien esté mejor capacitado para aclarar lo que patrimonialmente quedó obscuro en el fallo. Sin embargo, la aclaración y corrección de resoluciones están sometidas a plazos

voluntariamente a emplear los medios impugnatorios pertinentes, por lo que la sentencia queda consentida. En cambio, la cosa juzgada formal se configura cuando un conflicto concreto queda resuelto sin que el juez se pronuncie en torno a la cuestión de fondo, sino por aspectos meramente formales. Este tipo de cosa juzgada se produce, por ejemplo, con la excepción de representación insuficiente del demandado, contemplada en el artículo 446, numeral 3 del Código Procesal Civil, la misma que una vez consentida tiene como efectos legales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 451, numeral 5 del citado Código, la anulación de todo lo actuado y la conclusión del proceso. Cabe señalar que la cosa juzgada formal puede –cómo no– poner fin de manera definitiva a un proceso. En este sentido, en algunos casos, como por ejemplo en la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, la cosa juzgada formal no eliminará la posibilidad de que las partes puedan iniciar un nuevo proceso, claro está ciñéndose a las disposiciones legales pertinentes; y en otros casos como, por ejemplo, en la excepción de litispendencia o desistimiento de la pretensión, la cosa juzgada formal pondrá fin al proceso.

¹⁷ Los artículos 406 y 407 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, regulan los recursos de aclaración y corrección de resoluciones judiciales por el juez.

procesales. Vencidos éstos, o rechazados por el juez los recursos que las solicitan, las sentencias causan efecto, esto es, son inamovibles. Pero, ¿qué sucede si la duda subsiste? ¿O si recién se presenta a la hora de ejecutar la sentencia? Aquí, como el juez ya no puede pronunciarse, serán las partes las que deban necesariamente interpretar las dudas surgidas sobre las consecuencias patrimoniales del fallo judicial. Y esto puede hacerse de dos formas. La primera, poniéndose las partes de acuerdo directamente sobre cómo interpretar la duda. La segunda, recurriendo a un arbitraje que absuelva la duda en caso de que las partes no hayan logrado por sí mismas un acuerdo sobre su interpretación.

Queremos creer que ha sido esta última hipótesis la adoptada por la Ley General de Arbitraje al permitir arbitrar sobre las consecuencias patrimoniales que surjan del ejercicio de las sentencias firmes, y no el discutible argumento pseudo jurídico de que los asuntos de carácter patrimonial tienen una «naturaleza» disponible y por tanto arbitrable.

Hasta aquí todo lo que de derecho puede decirse sobre la segunda prohibición a arbitrar.

La tercera prohibición a la regla general de arbitrar tiene que ver con las controversias sobre derechos que interesan al orden público o las que versan sobre delitos o faltas. Aquí, como habíamos adelantado, revolotea una vez más la ambigüedad conceptual que es el abono perfecto para justificar cualquier posible excepción a la prohibición.

En efecto. Porque, ¿qué cosa es orden público? ¿En qué norma jurídica se le define? ¿Dónde se encuentra un significado indubitable? Lo único cierto sobre el orden público es que precisamente su entendimiento queda, bajo ciertos parámetros de la tradición jurídica occidental, al albedrío de su eventual intérprete. Porque doctrinariamente es un concepto plurisignificativo y, al menos en el Perú, no se encuentra definido en ninguna ley.

Esto nos da pues margen a especular, pero a especular científicamente, con lógica jurídica. Así pues, en Derecho, el orden que es público, esto es, que ordena al público y que es o debe ser conocido por él –o sea, por todos los miembros de una sociedad–, no puede ser otro que el que estatuyen las normas jurídicas. Para todos los efectos, el orden público es, en realidad, el orden jurídico mismo que en tanto ordena, es imperativo. De ahí que los particulares no estén autorizados a contradecir el orden público, o mejor dicho, a decidir actuar privadamente sobre la procedencia o improcedencia de las normas o sus contenidos. De ahí, por supuesto, que sea jurídicamente imposible someter a arbitraje derechos cuya controversia es con el orden público. Es el mismo orden jurídico el que estatuye las reglas para su contradicción en caso de que un particular se sienta vulnerado por sus normas y, afirmamos, por ser una contradicción al orden público, importa que ésta sea asimismo pública, en los tribunales de justicia ordinarios, y no privada o extrajudicial. Porque importa a toda la sociedad el resultado de una contradicción legal al orden público y no sólo a los particulares con directo interés.

Quien contravenga al orden jurídico o público allende las reglas que éste mismo haya estipulado para su contradicción, comete un delito o falta que el orden jurídico sanciona. Y es porque es ésta una sanción pública, un escarmiento de la sociedad toda representada por su Poder Judicial, que tampoco tiene lógicamente cabida la justicia privada a la hora de castigar una conducta fuera de la ley.

Ésta es pues la explicación jurídica de la tercera prohibición a arbitrar. Como las anteriores, sin embargo, tiene sus bemoles. Y como siempre éstos vienen por el flanco patrimonial. En efecto, el artículo 2, inciso 3 de la Ley General de Arbitraje que prohíbe arbitrar sobre delitos o faltas establece que «sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme». Lo primero que salta a la vista aquí es la descuidada redacción de esta norma que asocia inoportunamente los delitos o faltas con la responsabilidad civil extracontractual. Nada tie-

ne que ver una cosa con la otra. Un delito o falta puede importar, penalmente, una reparación patrimonial al sujeto de derecho agraviado por ese delito o falta. En este caso, con la reparación se resarcen, en la medida de lo posible, las consecuencias de la infracción penal. Pero esta reparación, para ser sancionada en una sentencia, debe ser pedida en la denuncia penal. Si es pedida, el juez no puede dejar de pronunciarse sobre su cuantía. Siempre lo hará.

Otro es el problema de la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual de alguien. Aquí, la afectación patrimonial del civilmente responsable no es consecuencia de una infracción penal, sino del principio del Derecho Civil que establece que el que produce un daño a otro debe indemnizarlo.

Así pues, no se entiende por qué la Ley General de Arbitraje relaciona en su artículo 1, inciso 3, los delitos o faltas con la responsabilidad civil, admitiendo que la cuantía de ésta, en la medida de que no hubiera sido fijada por resolución firme, puede ser materia de arbitraje. ¡Pues claro que puede ser materia de arbitraje! Esto es una verdad de Perogrullo, porque aquí no se está en desacuerdo sobre si existe o no responsabilidad civil, sino sobre la cuantía, esto es, sobre qué cantidad del patrimonio del responsable civil está en juego para reparar un daño ya declarado. Y si no hay sentencia firme sobre el particular, y por lo tanto, no se vulnera el artículo 1, inciso 2 de la Ley General de Arbitraje, entonces, no hay razón para que el desacuerdo sobre una cuantía no pueda llevarse a arbitraje.

Pasando a otro tema, la Ley también declara arbitrables las nulidades de los actos jurídicos. He aquí otra excepción a la tercera prohibición, habida cuenta de que las sanciones de nulidad son en cualquier parte del mundo un asunto de orden público.

En efecto. El orden jurídico establece para la existencia –y por tanto para la validez– de determinados actos, una serie de requisitos

contra los que no cabe pactar privadamente. Es decir, los requisitos son una orden imperativa de la ley. El desacato acarrea la nulidad del acto. Toda vez que lo que se desacata es la ley, esto es, el orden público, no es a los particulares a quienes corresponde sancionar la nulidad, sino al Estado, públicamente en los tribunales de justicia.¹⁸

Sin embargo la Ley General de Arbitraje dispone lo contrario. Haciendo tabla rasa de la tercera prohibición contenida en su artículo 1, establece en su artículo 14 la expresa arbitrabilidad de la nulidad de los actos jurídicos. Dice la norma que «la existencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar,

¹⁸ Una atingencia interesante al carácter absoluto de la inarbitrabilidad de la nulidad de los actos jurídicos ha sido formulada por el profesor Alfonso Rebaza González quien dice que: «Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que si se aceptase el principio por el cual la nulidad de un negocio jurídico no es materia arbitrable, éste sería en todo caso un principio relativo. A manera de ejemplo, el artículo 1411 del Código Civil establece que: *«se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito, es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad»*. Esta norma permite que las partes, en ejercicio de su autonomía, pacten de manera privada supuestos en que el contrato sea nulo, pero no por haber atentado contra normas de carácter imperativo, sino por haber infringido las reglas pactadas por las partes para regular situaciones jurídicas entre ellas. Ante este escenario, el buen sentido nos indica que las mismas partes podrían modificar tales reglas, dado que son ellas –y no el Estado– quienes se autoimponen dicha carga». REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. «Laudando sacrílegamente: consideraciones en torno al carácter arbitrable de la nulidad del acto jurídico». En *Derecho & Sociedad*, n.º 21, año XIV, 2003, p. 306.

Una respuesta a esta atingencia es que esas formas que las partes convienen en adoptar anticipadamente por escrito, son requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad, porque es el artículo 1411 del Código Civil –norma imperativa de orden público– el que lo estatuye. Así, pactar en contra de esas formas particulares que validan el acto jurídico es pactar contra el artículo 1411.

inclusive, sobre la inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral».

De este modo, la Ley General de Arbitraje consuma, explícitamente, la procedencia de la vía extrajudicial del arbitraje para declarar la nulidad de los actos jurídicos, arrancándole al orden público representado por la administración de justicia, la exclusividad para sancionar un asunto de su competencia. Aquí sólo cabe añadir aquello de que *dura lex set nata lex*.

Terminamos este capítulo analizando la última de las cuatro prohibiciones a la regla general de arbitrabilidad contenida en el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje. Se refiere ésta a la exclusión de la vía arbitral para todos aquellos conflictos directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público.

Aquí como en las otras prohibiciones existe un problema de ambigüedad, no con el precepto, que es claro, sino con los términos que lo integran. Porque la norma –ninguna norma de nuestro orden jurídico en realidad– no define qué es el *ius imperium*. Así, todo dependerá una vez más del alcance que se dé al concepto de *ius imperium*, lo que determinará las funciones o atribuciones del Estado que pueden o no ser objeto de arbitraje. Sin embargo, esto no debe llamar a error. Existen atribuciones y funciones sobre las que, por el momento, no hay ambigüedad posible. En efecto, por el momento y hasta esta etapa del devenir histórico, sólo el Estado puede declarar la guerra y firmar la paz, sólo el Estado puede imponer cargas impositivas, sólo el Estado puede nombrar a sus funcionarios, sólo el Estado puede intervenir y dirigir la política internacional, sólo el Estado puede promulgar o derogar normas jurídicas, sólo el Estado puede declarar estados de excepción, sólo el Estado puede convocar a elecciones generales. Todas estas son atribuciones y funciones que –incidimos, por el momento– sólo el Estado tiene constitucionalmente y que, en tanto se suponen hechas en nombre de toda la sociedad, no son susceptibles, en caso de generar

una controversia entre los particulares y el Estado, de ser ventiladas privadamente, fuera de los tribunales del propio Estado. Y esto porque, según la filosofía política dieciochesca, son éstas las funciones y atribuciones que el Estado recibe del pueblo, pues según estas viejas doctrinas, el poder del Estado emana del pueblo, tal cual lo recoge el artículo 45 de nuestra Constitución.

Otro cantar es el supuesto del Estado actuando como un simple particular más, con los derechos y deberes de cualquiera de sus súbditos. En estos casos, los conflictos derivados de los contratos que el Estado-ciudadano celebre con otros ciudadanos sí podrán someterse a arbitraje. La misma Ley General de Arbitraje se encarga de no dejar campo a especulación alguna cuando en su artículo 2 prescribe que «Pueden someterse a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes.– Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.– Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional».

Más claro ni el agua. Así pues, hemos llegado al final de este capítulo en el que hemos tratado de dilucidar jurídicamente, dejando la política en el tintero, una de las preguntas fundamentales de la institución del arbitraje: ¿Qué arbitrar? Esperamos haber cumplido con nuestro propósito.

Capítulo V

LA FAMILIA ARBITRAL

El problema de las clasificaciones en el arbitraje.— Fronteras difusas.— Insuficiencia de la clasificación por binomios opuestos.— Nuestra propuesta.— De binomios opuestos a unidades.— Clasificación espacial del arbitraje: Nacional e internacional.— El punto de referencia: Un Estado.— Domicilio de las partes y sede territorial.— Combinaciones.— Complicaciones.— Excepciones.— Ley Nacional en arbitraje internacional.— Clasificación por el fundamento de los laudos: Derecho y conciencia.— Arbitraje de derecho y juicio ordinario: Semejanzas.— Diferencias.— Ventajas arbitrales.— La soberanía de la conciencia.— Problemas que plantea.— Peligros.— Arbitraje de conciencia y *common law*.— Conciencias imperfechas.— Clasificación según el fundamento procesal: Arbitraje *ad-hoc* y arbitraje administrado.— Un proceso a la medida: Mitos.— Ventaja de los centros de arbitraje.— Clasificación según la libertad de elección del arbitraje: Voluntario y forzoso.— ¿Arbitraje forzoso? — Respuesta y solución.

En realidad, si fuera éste un libro tradicional sobre arbitraje, el presente capítulo no podría tener otro nombre que «Clases de Arbitraje». Así se estila, por lo general, en ese tipo de tratados. Sin embargo, esta nomenclatura ortodoxa tiene, como se verá, un problema de percepción. Porque «clases» podría evocar en el lector una idea asaz desafortunada en la comprensión y aprehensión del tema que pretendemos aquí abordar. En efecto, nada más lejos de nuestro propósito de clasificar al arbitraje en sus distintas modalidades, que el de sugerir comportamientos estancos o células autárquicas como objetos de estudio. Todo lo contrario. Pues si bien como en toda clasificación hay diferencias que justifican, precisamente, la clasificación, sucede de común que muchas de estas diferencias se engarzan a su vez en otras, o lo que es lo mismo, una «clase» se integra a otra, lo que, en vez de mostrarnos hojas lanzadas al viento, nos de-

muestra más bien la frondosa existencia de un árbol cuyas ramificaciones tienen por sino la familiaridad. De ahí que hayamos escogido el presente título, en tanto consideramos que, por ejemplo, la «clase» así llamada «arbitraje de Derecho» no se agota allí, sino que siempre cruzará ese estrecho límite para integrarse a la del «arbitraje doméstico» o a la del «arbitraje internacional», los que a su vez bien pueden pertenecer a la clase del «arbitraje administrado», cuya lejana relación con la clase «arbitraje forzoso» es un secreto a voces. Así pues, cuando hablamos de clases de arbitraje, estamos hablando en realidad de una gran familia: La Familia Arbitral. Era ésta una primera observación necesaria a realizar.

Una segunda atingencia, antes de entrar de lleno en la materia, es la arbitrariedad de las clasificaciones. No existen ni existirán jamás clasificaciones absolutas aunque muchas veces la tradición nos haga pensar ello. Por lo tanto, dependerá del clasificador y sus propósitos el resultado final presentado al público. La tradición suele clasificar al arbitraje como un juego de opuestos, esto es, como binomios en que una clase de arbitraje cobra sentido en oposición a otra. Así por ejemplo, el arbitraje de Derecho se opone al arbitraje de conciencia o de hecho; el arbitraje doméstico, interno o nacional está en los antípodas del arbitraje internacional; el arbitraje *ad hoc* contrasta con el arbitraje institucionalizado o administrado y, finalmente –porque aquí la tradición para de contar los binomios arbitrales–, el arbitraje forzoso polemiza con el voluntario.

El problema con esta propuesta de clasificación –que en términos generales es correcta–, es que resulta insuficiente porque no cumple con el objeto de la ciencia jurídica que es aprehender el conocimiento expresado, en la medida de lo posible, en su unidad. En otras palabras, mientras más integrado esté el conocimiento, más fácil nos será comprender los fenómenos. De ahí que nuestro propósito es aquí reclasificar los binomios en unidades que cobren sentido por sí mismas y no en conceptos que se expliquen en oposición con otros.

Aunque no es ocioso recordar que no estamos descubriendo la pólvora, proponemos pues cuatro grandes clasificaciones de arbitraje que integran a las ocho ya conocidas. Una clasificación espacial, en donde convergen los arbitrajes doméstico e internacional; otra por el fundamento de los laudos, en los que cobran sentido los arbitrajes de Derecho y de conciencia; una tercera por el fundamento procesal, en los que se explican el arbitraje *ad hoc* y el institucional; y una cuarta clasificación por la libertad de elección de este mecanismo extrajudicial de solución de controversias, que agruparía al arbitraje forzoso y al voluntario. Esto, sin desmedro de la interacción que, como mencionamos al inicio de este capítulo, se produce entre las clasificaciones.

Empezamos pues. Como toda actividad humana, la administración de justicia, y por ende el arbitraje, se realiza en un tiempo y en un lugar determinado. Sin embargo, para efectos de la actividad arbitral, es decir, para efectos de administrar justicia arbitralmente, el tiempo no es un factor relevante. Y no lo es porque no hace o no produce ninguna diferencia que obligue a alguna clasificación importante teniéndolo como eje central. Caso muy distinto es el del lugar donde el arbitraje se realiza o se imputa que se realiza o, mejor dicho, bajo cuyas leyes se realiza.

En efecto. Todavía a principios del siglo XXI, y pese a las enormes transformaciones políticas, culturales, jurídicas y económicas vividas en el mundo tras la caída del comunismo y la aparición del fenómeno de la globalización, los Estados-Nación aún siguen siendo una realidad, aunque su continuidad histórica sea materia ya de debate. Sea como fuere, mientras existan los Estados-Nación, la administración de justicia no podrá más que realizarse en ellos o en organismos que ellos han instituido para tal efecto y a los que reconocen esa atribución. De ahí que el arbitraje, en tanto forma *sui generis* de administración de justicia, sólo pueda ser nacional o internacional con relación al espacio donde tiene lugar.

Paradójicamente, la «nacionalidad» del arbitraje nada tiene que ver con la nacionalidad, por lo menos de quienes buscan justicia a

través de este medio extrajudicial de solución de controversias. En efecto, para determinar que espacialmente un arbitraje es nacional, es irrelevante saber de qué nacionalidad son las partes. El factor relevante para el reconocimiento de un arbitraje nacional es el domicilio de las partes. Así, independientemente de la nacionalidad que tengan, si las partes están ambas domiciliadas en el Estado cuya ley se aplicará al arbitraje, entonces, en principio,¹ éste será un arbitraje nacional. Esto es lo que se interpreta, al menos, de nuestra Ley General de Arbitraje que, finalmente, es la que recoge el consenso doctrinario en esta materia y la que importa para efectos de saber si un arbitraje es –teniendo como referencia el orden jurídico peruano– nacional o internacional.

Efectivamente. Nunca debemos perder de vista que la clasificación espacial del arbitraje tiene que tener como punto de referencia un ordenamiento jurídico estatal determinado. Es a partir de allí que se puede empezar a hablar de arbitraje nacional o internacional con relación al ordenamiento jurídico base del análisis. Tampoco debemos olvidar, como advertimos al principio de este capítulo, la estrecha interrelación de las clasificaciones y que éstas se definen por oposición, aun encontrando –como hemos hecho– la unidad en un factor común. Ha sido pues de esta oposición que a partir de la Ley General de Arbitraje peruana se ha interpretado, como requisito fundamental de un arbitraje nacional, interno o doméstico, que las partes deben estar domiciliadas en el Perú, Estado bajo cuyas leyes el arbitraje tendrá lugar. Es pues porque según el inciso 1 del artículo 91 de nuestra Ley General de Arbitraje, un arbitraje es internacional si las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes, que, *contrario sensu*, un arbitraje será nacional cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en un solo Estado, el peruano, y que el arbi-

¹ Decimos *en principio* porque como se verá más adelante, existen excepciones sancionadas en la Ley.

traje se realizará al amparo de sus leyes. Nada más hay que decir sobre la «nacionalidad» del arbitraje.

Árbol más frondoso para la disertación es el del arbitraje internacional regulado *in extenso* en la Sección Segunda de la Ley General de Arbitraje, artículos 88 a 131. Como hemos destacado anteriormente, la «internacionalidad» de un arbitraje está íntimamente relacionada con la nacionalidad desde la cual esa «internacionalidad» es definida jurídicamente. En otras palabras, un arbitraje no es internacional *per se*, sino para y por un Estado concreto. Así, un arbitraje será internacional para el Perú, porque su ordenamiento jurídico lo estipula como tal en tanto el Estado peruano participe del arbitraje como sede territorial. Esa es la premisa que estatuye el artículo 90 de la Ley General de Arbitraje cuando supedita toda la Sección Segunda, que regula el arbitraje internacional –excepción hecha del reconocimiento y ejecución de laudos y del así llamado arbitraje de Estado–, a la realización de éste en el Perú.

En efecto, dice la citada norma que «Las disposiciones de la presente Sección, con excepción de los artículos 92, 127, 128, 129, 130 y 131, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de la República».

De este modo, es el artículo 90 el cauce por el que deberá discutir la interpretación del artículo 91 que determina cuándo estamos en presencia de un arbitraje internacional. Así, un arbitraje será internacional para el ordenamiento jurídico peruano cuando, descontado que el arbitraje tenga lugar en el territorio de la República, «Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o [...].».

Esto significa que, o bien las partes pueden tener sus domicilios en Estados diferentes entre ellas y también diferentes al Perú (por ejemplo que esté domiciliada una en el Principado de Mónaco y la otra en el Reino de Tailandia), o bien que una de ellas domicilie en el Perú y la otra en un Estado diferente. En ambos supuestos, para

que el arbitraje sea internacional para el orden jurídico peruano, tendrá que pactarse su realización o simplemente realizarse el arbitraje en el Perú.

El artículo 91 también considera que un arbitraje es internacional si:

«[...] ;o,

2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral;

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha. [...].».

En relación con el literal a) del numeral 2 del artículo bajo comentario, éste sólo tiene sentido en la medida de que alguno de sus supuestos no está contemplado en el numeral 1 del mismo artículo. En efecto, la hipótesis de aquél es que las partes domicilian fuera del lugar donde se realizará el arbitraje, esto es, para todos los efectos del artículo 90 de la Ley General de Arbitraje, el Perú. Así, o bien las partes domicilian ambas en un mismo Estado que no es el Perú (por ejemplo el Reino Unido), supuesto no recogido en el numeral 1 del artículo 91, o domicilan en Estados distintos entre sí, ninguno de los cuales es el Perú (el Principado de Mónaco y el Reino de Tailandia), hipótesis ya contemplada en el numeral 1 del artículo 91.

El primer supuesto, esto es, que las partes domicilien en un mismo Estado rompe la generalidad de que un arbitraje es internacional cuando las partes domicilian en Estados diferentes según lo establecido en el numeral 1 del artículo 91. Sin este supuesto, no tendría ninguna razón de ser el literal a) del numeral 2 del referido artículo, en tanto que el Perú como lugar del arbitraje internacional, está ya contemplado en el artículo 90 de la Ley bajo análisis, mientras que la tesis del domicilio en Estados diferentes lo está, como hemos visto, en el artículo 91, numeral 1.

El caso del literal b) del numeral 2 es un poco más complejo. En el primer supuesto, la Ley considera que estaremos en presencia de

un arbitraje internacional cuya sede territorial será el Perú, si las partes del arbitraje domicilian en Estados diferentes al lugar en donde se dará cumplimiento a la obligación principal de la relación jurídica. Esto implica que, o bien las partes domicilan en Estados diferentes entre sí (Mónaco y Tailandia), o bien en un mismo Estado (el Reino Unido), pero que en cualquiera de los dos casos, el cumplimiento de lo pactado se realizará en un Estado diferente al del domicilio de las partes, o sea, ni en Mónaco, ni en Tailandia, ni en el Reino Unido de ser los casos, sino, por ejemplo, en el Sultanato de Omán.

Ahora bien. ¿Puede ser acaso posible que aquel mismo Estado en donde las partes bien pueden domiciliar sea el Perú? ¿Estaríamos en tal caso en presencia de un arbitraje internacional o de uno nacional? ¿Qué prima aquí para considerar internacional el arbitraje, el domicilio de las partes o el lugar de cumplimiento de la obligación? Si bien cualquier respuesta sobre esta hipótesis es discutible, creemos que en tanto la Ley establece específicamente que la «internacionalidad» del arbitraje está, en este caso, en función del lugar donde habrá de satisfacerse la obligación principal, el mismo que tendrá que ser distinto al del domicilio de las partes, es irrelevante para estar frente a un arbitraje internacional que éstas tengan su domicilio en el territorio de la República si el cumplimiento de la obligación de la relación jurídica está pactado fuera del territorio peruano. Es ésta otra excepción al principio general de que el domicilio de las partes en un mismo Estado importa la existencia de un arbitraje nacional, interno o doméstico.

Lo que no tiene sentido es que el Perú sea uno de los domicilios de las partes mientras que la otra domicilie en un Estado diferente, por ejemplo, en el Gran Ducado de Luxemburgo, porque, en este caso, lo irrelevante para la «internacionalidad» del arbitraje es el lugar del cumplimiento, en la medida de que el solo hecho de que las partes domicilien en dos Estados diferentes, ya está dándole al arbitraje el estatus de internacional.

De otro lado, para que se verifique la hipótesis de un arbitraje internacional en función del cumplimiento de la obligación teniendo al Perú como lugar de ese cumplimiento, es necesario que el Perú no sea domicilio de ninguna de las partes del convenio arbitral, según el primer supuesto del literal b) del numeral 2 del artículo 91.

En todos los casos estudiados, no hay que olvidar nunca que tiene que concurrir, sin excepción, el requisito de que el arbitraje debe realizarse en el Perú para que califique como internacional.

El segundo supuesto que contempla el literal b) del numeral 2 del artículo 91 para definir el carácter internacional de un arbitraje según el ordenamiento jurídico peruano, es el que establece que las partes del arbitraje domicilien en Estados distintos al Estado en el que el objeto del litigio tiene una relación más estrecha. Tres hipótesis se perfilan aquí. La primera que una parte domicilie en el Perú y la otra en un Estado diferente, digamos en el Emirato de Kuwait, siendo que el objeto del litigio tiene estrecha relación con el Principado de Liechtenstein. Aquí, el hecho de que las partes domicilien en Estados diferentes y que hayan estatuido al Perú como lugar del arbitraje, otorga ya la calificación de internacional al arbitraje, por lo cual cualquier otra consideración en ese sentido es inútil.

La segunda hipótesis tiene el mismo corolario. Aquí, una de las partes ya no domicilia en el Perú sino en el Imperio del Japón, mientras que la otra sigue domiciliada en Kuwait. Como basta que las partes domicilien en Estados diferentes para que un arbitraje convenido a realizarse en el Perú sea internacional, poco interesa el asunto de que el objeto del litigio no deba tener relación estrecha con el domicilio de las partes, a saber, Japón y Kuwait, sino, por ejemplo, con el Reino de Nepal.

Sólo una tercera hipótesis en que las partes domicilian ambas en un mismo Estado dota de sentido a este segundo supuesto del literal b) numeral 2 del artículo 91. Pues, como ya hemos visto, esta

hipótesis choca contra el principio general de que un arbitraje es internacional si las partes domicilian en Estados diferentes. Sólo cobra relevancia para establecer la «internacionalidad» de un arbitraje que el objeto del litigio tenga una relación más estrecha con un Estado diferente al del domicilio de las partes, cuando este domicilio es en un mismo Estado. El caso extremo es que ese Estado en el cual pueden domiciliar ambas partes sea el Perú. Creemos que en este caso no estaríamos en presencia de un arbitraje nacional, sino de uno internacional, precisamente porque aquí la «internacionalidad» del arbitraje no está definida en función de si las partes domicilian en Estados diferentes, sino del lugar con el que el objeto del litigio se relacione más estrechamente y que no puede ser el mismo que el del domicilio de las partes.

Una última cuestión que nos parece pertinente abordar, es el sentido de aquello que hemos venido repitiendo a lo largo de todo el análisis de la normativa peruana sobre el arbitraje internacional, a saber, que éste deba realizarse en el Perú. Esto no puede tener otro significado racional que el que este arbitraje esté sometido, en principio, a nuestro ordenamiento jurídico. Pero no a toda nuestra legislación, por supuesto. En efecto, apenas si a la Sección Segunda de nuestra Ley General de Arbitraje que regula, precisamente, el arbitraje internacional en fondo y forma. Lo cierto es que según esta misma Ley, las partes tienen la plena facultad para indicar la ley aplicable para la solución de la controversia (artículos 99 y 117), la misma que no necesariamente tiene que ser la ley peruana, excepción hecha de la propia Ley General de Arbitraje en su Sección Segunda.

Hasta aquí todo lo referente a arbitraje internacional y a la clasificación espacial del arbitraje.

El arbitraje también puede clasificarse por el fundamento de sus laudos, esto es, por si el contenido de los laudos tiene una justificación en la ley o, por el contrario, en el leal saber y entender de quienes lo han emitido. En el primer caso estaremos ante un arbi-

traje de Derecho. En el segundo frente a un arbitraje de hecho o de conciencia.

De este modo, un arbitraje de Derecho es aquel en el cual el árbitro o los árbitros de un tribunal están obligados a la aplicación estricta del ordenamiento legal de un Estado determinado, por lo que el contenido de sus laudos debe obedecer a una motivación jurídica,² tal como lo señala el artículo 50, numeral 5 de nuestra Ley General de Arbitraje.³

Siendo ese el caso, un laudo de Derecho de un tribunal arbitral sólo se diferencia de una sentencia o resolución judicial por la privacidad del primero y la publicidad de la segunda. En efecto, es en el arbitraje de Derecho donde se puede apreciar con mayor claridad la semejanza con la función jurisdiccional del Estado, en tanto los árbitros, al solucionar a través de un laudo una controversia de acuerdo a Derecho, esto es, de conformidad con una determinada legislación aplicable,⁴ desempeñan privatamente lo que aquellos funcionarios públicos llamados jueces hacen públicamente por medio de sus sentencias. Aquí, árbitro y juez sólo pueden distinguirse por eso⁵ ya que incluso, por resolverse conforme a de-

² Como el lector sutil puede apreciar, una cosa es el contenido de los laudos y otra el laudo en sí mismo como instrumento material que pone fin a una controversia. Esta distinción obedece a que todos los laudos –así como las sentencias o resoluciones judiciales– tienen una justificación en la ley, existen por la ley y su poder emana de esta misma ley –que por lo general no es otra que la Constitución–. Así pues, en sentido estricto, los laudos tienen una justificación legal. No así, necesariamente, sus contenidos, que pueden ser de Derecho o de conciencia.

³ Artículo 50.- «Contenido del laudo de derecho
El laudo de derecho debe contener:

[...] 5. Fundamentos de hecho y de derecho en que se sustente la decisión; [...].»

⁴ El artículo 3 de la Ley General de Arbitraje establece que el arbitraje es de Derecho: «Artículo 3.- [...] cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable [...].»

⁵ «El arbitraje de Derecho obliga a los árbitros a emitir un laudo conforme a las disposiciones legales de fondo y ciertas mínimas de forma, teniendo inclu-

recho tanto laudos como sentencias, árbitros y jueces tienen que ser abogados.⁶

Sin embargo, no sería correcto ir más allá y afirmar –dada la semejanza entre la sentencia y el laudo en función de que ambos se

so presentes la jurisprudencia, la costumbre y los usos. Son jueces privados en el más estricto y sano sentido. No les está dado prescindir de la ley y, como los jueces, a falta de norma legal expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto los principios generales del Derecho». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, p. 69.

⁶ Artículo 25.- «Calificaciones legales de los árbitros

[...] El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados [...]. Sin embargo, algunos juristas opinan que en los arbitrajes de Derecho, los árbitros no tendrían por qué ser, necesariamente, abogados. Tal es el caso de Cantuarias y Aramburú, que afirman que «Siendo que tanto en los arbitrajes de Derecho como en los de Equidad los árbitros deben resolver aplicando siempre las normas imperativas del foro, ¿por qué en un caso se exige que los árbitros sean abogados y en otro que sea cualquier persona?

Parecería que se ha olvidado por completo lo dispuesto es el artículo 195 de la Constitución de 1979, el que establece que ‘la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial’. [...] Como bien explican Rubio y Bernales, [...] la [...] publicación de la ley es una garantía a favor de la población, a fin de que conociéndola pueda estar informada de la materia cuya vigencia y cumplimiento obligatorio se impone a todos’.

Pues bien, si publicada una norma legal o de menor jerarquía en el Diario Oficial El Peruano ésta es de conocimiento y de obligatorio cumplimiento por «todos» y no solamente por los abogados, debemos entender que un ingeniero, agricultor, médico, etc., que participe como árbitro también deberá aplicar las disposiciones legales (que se presume *iure et iure* conoce), salvo cuando estemos ante un arbitraje de Equidad, donde podrá dejar de aplicar las normas legales dispositivas.

Dentro de este contexto, somos de la opinión que tanto en los arbitrajes de ‘Derecho’ como en los de ‘Equidad’ deberían participar como árbitros cualquier persona mayor de 18 años que goce de sus derechos civiles, ya que [...], en cualquiera de esos supuestos los árbitros deberán resolver el conflicto de conformidad con las disposiciones imperativas de la ley que nuestra Constitución presume su conocimiento *iure et iure*». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 365-367.

fundan en el Derecho— que un arbitraje de Derecho es exactamente lo mismo —ni siquiera parecido— que un proceso judicial, pero en el ámbito privado. Nada más equivocado. Desde el mismo momento que en el arbitraje las partes tienen la facultad de elegir la ley aplicable mientras que las partes de un proceso judicial no, desde que las partes de un arbitraje tienen la libertad para establecer su propio procedimiento para administrar justicia⁷ y quienes se sientan ante un magistrado del Estado no, ya existen diferencias sustanciales.

Pero es precisamente porque el arbitraje de Derecho tiene, por lo general, en tanto arbitraje, todas las ventajas que no tienen los procesos ordinarios (celeridad, idoneidad de quienes administran justicia, etc.) y además, como éstos, no puede apartarse del ordenamiento jurídico, que resulta, a nuestro modo de ver, el tipo de arbitraje más perfecto.

De suyo va que esta perfección brilla aún más cuando de resolver asuntos de pleno Derecho se trata, asuntos que son el objeto *par excellence* de este tipo de arbitrajes. En efecto, sería imposible que una controversia en la que haya que resolver complejos problemas jurídicos como la existencia de un contrato, la validez o la nulidad de un acto jurídico o la ley aplicable a una relación jurídica determinada, lo sea por un arbitraje que no sea el de Derecho. Sólo un especialista en la materia, esto es, un abogado, puede resolver satisfactoriamente este tipo de casos.

Disentimos de este parecer, pues dentro de tal orden de ideas, los analfabetas, que en la realidad de la vida no puede ni entender ni conocer la ley porque no la pueden leer ni el décimo sexto día ni ningún otro, estarían plenamente calificados como árbitros de Derecho.

⁷ Artículo 33.- «Libertad de regulación del proceso

Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización [...].»

Esto no quiere decir, como se suele creer, que el arbitraje de Derecho sólo sirva para resolver «controversias jurídicas». Lo cierto es que todas las controversias, sin excepción, son jurídicas, en la medida en que lo controvertido sea siempre el derecho que alguien alega sobre un bien y que otro le disputa. Así, cualquier controversia, en realidad, puede resolverse por un arbitraje de Derecho.

Aunque parezca paradójico, sin embargo, el arbitraje de Derecho es, según nuestra Ley General de Arbitraje, una excepción. En efecto, es precisamente porque estas controversias jurídicas de «pleno Derecho» no son la norma en el mercado de las controversias jurídicas, que la Ley, abocada a difundir lo más posible el mecanismo arbitral como medio de solución de controversias, y considerando que una exigencia de arbitrajes de Derecho para resolver cualquier controversia podría resultar demasiado onerosa para el sistema arbitral, en la medida de que disuadiría a sus potenciales usuarios de su elección, ha establecido con razón en su artículo 3 que «[...] Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia [...].».

Así pues, dejamos el estudio de la excepción para pasar a la generalidad que rige el fundamento de los laudos en nuestra legislación, a saber, la conciencia de los árbitros en el arbitraje.

Un arbitraje es de conciencia cuando el o los árbitros designados por las partes resuelven la controversia sometida a su juicio según les parece «lo que es justo». Esta justicia que en el Derecho positivo está siempre en la ley, aquí puede prescindir de ella,⁸ emanando –la justicia– de la conciencia, esto es, de acuerdo a lo que saben y entienden sobre el caso el o los árbitros.⁹ Así pues, el arbitraje de con-

⁸ Esta prescindencia se halla, empero, autorizada por la misma ley.

⁹ Este tipo de arbitraje es conocido también como arbitraje de equidad porque el árbitro soluciona los conflictos *ex aequo et bono*, es decir, a verdad sabida y buena fe guardada. Ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 13.

ciencia, si bien es el principio general por el que se fundamentan los laudos, también es, a su vez, una excepción al inestimable principio general de la justicia positiva, pilar de cualquier sociedad civilizada.

En efecto. En el Derecho positivo, la ley es la garantía de la justicia, es el faro que la ilumina y la anuncia, de tal modo que mientras más lejos esté el bajel de nuestras pretensiones de ese faro, más lejos estaremos de la justicia, y mientras más cerca de su luz, más próximos también a sus beneficios. Lo que queremos decir pues es que, siendo la ley conocida de todos la referencia de la justicia, no hay lugar al capricho a la hora de hacer justicia. La confianza en la ley suple aquí la desconfianza en quienes la administran porque, aun con todas las carencias que pudieran tener los jueces, queda el consuelo de que por lo menos no podrán apartarse de la ley cuando sentencien. Por eso, más allá de la especialidad de que se trate, es indiferente quién sea el juez. Esa es la razón de la justicia positiva.

Muy distinto es el caso de una justicia allende la ley como la del arbitraje de conciencia. Aquí, es la conciencia la garantía y la medida de toda justicia. Por ende, es quien la administra el depositario personal de una confianza absoluta por parte de aquellos que recurren al ejercicio de su conciencia. El árbitro de conciencia es Dios, pero con todas las imperfecciones de un ser humano. Porque al ser elegido un árbitro de conciencia, también se eligen con él sus conocimientos, convicciones religiosas, morales, políticas, sus peculiaridades psicológicas, sus características sociológicas y su sello cultural. Es decir, todo aquello que forma su conciencia. El arbitraje de conciencia es pues una apuesta de todo o nada por la subjetividad, con todos los riesgos que esto puede conllevar en la administración de justicia. Por ello este tipo de justicia fundada exclusivamente en la calidad personal de su administrador sólo es concebible en el arbitraje, en tanto la libertad de elección del juzgador es el pilar de este mecanismo de solución de controversias.

Para cualquiera que no esté lo suficientemente informado sobre la cultura jurídica, podría parecerle que el arbitraje de conciencia se asemeja mucho a la administración de justicia del sistema del *common law* por la cual, el juez, utilizando su conciencia en la interpretación de la ley, «crea el Derecho» con sus sentencias. Tal apreciación sería, por supuesto, errada. Primero porque en el *common law* no se prescinde de la ley como sí puede ocurrir en el arbitraje de conciencia.

En efecto, en el *common law* la ley sigue siendo la referencia bajo la que el juez juzga. Lo que sucede es que, a diferencia de nuestro sistema romano germánico en el cual el juez está obligado a resolver de acuerdo a lo que estipula literalmente la ley, en el *common law* los jueces la interpretan, obviamente, según su conciencia. De ahí que, unas sentencias así emitidas hagan el Derecho, tanto como lo hace la ley. En el arbitraje de conciencia, en cambio, está permitido que la conciencia no tenga más referencia que la persona del árbitro.

También es errada la comparación entre el juzgamiento en el *common law* con el arbitraje de conciencia porque éste, a diferencia de aquél, no crea ningún Derecho, si por tal se entiende un orden jurídico válido y exigible para todos los miembros de una sociedad. Y no lo crea en tanto que, por ser privado, los laudos no sientan precedente alguno en el orden jurídico, como sí lo hacen, por ser públicas, las sentencias del *common law*. Éstas se suman al Derecho, aquéllos no.

Llegados a este punto, no podemos dejar de preguntarnos qué tan excéntrica puede ser la conciencia de un árbitro con relación al Derecho en un arbitraje de ese tipo. En buena cuenta, ¿apartarse del Derecho es lo mismo que ir contra el Derecho? ¿El contenido de un laudo fundado en la conciencia puede apostrofar la ley?

Éste es uno de los problemas más debatibles que plantea el arbitraje de conciencia. Ciertamente no resulta lógico ni deseable so-

cialmente que los particulares resuelvan sus problemas contra la ley. Tal perspectiva no es otra que la del delito en cualquier rincón del mundo, y su felizmente negado imperio, la fuente de las más atroces injusticias, en tanto que caída la luz de la ley, levántase la terrible sombra de la selva. Ahora bien, toda vez que el arbitraje es un medio de solución de conflictos, resulta aplicable a éste la misma lógica, a saber, la solución de un conflicto no debería pasar por pisotear la ley.

Podría argumentarse en contra, sin embargo, con una interpretación extrema, que ello es posible si la misma ley así lo permite en el caso específico del arbitraje de conciencia. En otras palabras, que la ley firma su propia sentencia de muerte al permitir, no que la dejen de lado, sino que la atropellen.¹⁰ Incluso en abono de esta tesis podría esgrimirse que, dado que el arbitraje es una excepción al principio de la función jurisdiccional del Estado, las probables violaciones a la ley en las que se sustenten los laudos de conciencia, en tanto son cuantitativamente exiguos, no afectarán ni la credibilidad ni la majestad de la ley, pues nadie más que las partes y los árbitros se enterarán en virtud de su privacidad, y por tanto estas violaciones serían socialmente inocuas.

Consideramos que tales argumentos tienen precarios cimientos. Lo cierto es que si, por lo menos en nuestra realidad, el orden jurídico nacional busca a través de la Ley General de Arbitraje difundir lo más posible la institución arbitral como medio alternativo de solución de controversias, y que esta voluntad de difusión se refleja en que la Ley prefiere los arbitrajes de conciencia –más asequibles

¹⁰ Ésta parece ser la posición del profesor Álvaro Aliaga, para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dicten, por lo que no están obligados en sus procedimientos y en sus laudos a lo establecido en otras reglas, sino únicamente a lo que las partes hayan determinado en el acuerdo arbitral. Ver: ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17-21.

al público— que los de Derecho —más sofisticados—, entonces no resulta coherente que el orden jurídico dé carta blanca para su violación generalizada a través de la difusión legal del arbitraje de conciencia. Esto, por supuesto, bajo la controvertida hipótesis de que la conciencia del árbitro está autorizada a decidir en el laudo incluso contra la ley.

El otro argumento que alude a la privacidad del laudo y por tanto a la inocuidad social de sus posibles violaciones legales, no resiste ningún serio análisis. Se podría decir también que todos los delincuentes actúan siguiendo esa misma lógica.

Así pues es bastante dudosa la posición de que el orden jurídico permite que los laudos de los arbitrajes de conciencia puedan ser contrarios a la ley. En efecto, si según la Ley General de Arbitraje no se pueden arbitrar las controversias que interesan al orden público, mucho menos, como puede comprender cualquiera, se puede laudar contra el orden público que representa la ley. Por lo pronto si ningún arbitraje de conciencia puede ir ni contra la constitución Política ni contra la Ley General de Arbitraje que lo regula proceduralmente,¹¹ ¿por qué podría pues ir contra cualquier otra ley?

¹¹ Briseño Sierra aclara un aspecto importante en torno a la relación que debe existir entre el arbitraje de conciencia y el procedimiento respectivo. Dice que sin importar el nombre que se otorgue a este tipo de arbitraje, lo cierto es que la calificación como tal atañe al pronunciamiento y no a la actividad jurisdiccional, en la medida de que no tendría sentido afirmar que el árbitro rechazaría la demanda, admitirá las excepciones, concederá plazos y fijará las audiencias según su leal saber y entender, pues esto atentaría contra la justicia misma que el Derecho cautela con los procedimientos. Para Sierra pues, que distingue en el arbitraje *ex aequo et bono* entre procedimiento de Derecho y pronunciamiento de conciencia, la ley contra la que no se puede ir es la procesal, sea ésta la general de los códigos procesales, sea la particular de las leyes de arbitraje. Ver: BRISEÑO SIERRA, Humberto. «Procedimiento Arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1990.

Distinto es el caso de aquellos laudos de conciencia que, no confrontando la ley, tampoco la siguen a la hora de dar solución definitiva a un conflicto determinado. Nos encontramos aquí en la hipótesis de una solución heterodoxa frente a la ortodoxa que representa la sentencia de ley. El problema con esta interpretación es de orden práctico, porque obviamente, para que una decisión de conciencia no vaya contra la ley, para que el árbitro por decirlo pedestremente le «saque la vuelta a la ley», se requiere de una persona cuyo saber y entender se asienten en el conocimiento profundo de la ley. Y no es esto lo que busca, precisamente, el arbitraje de conciencia.

Estamos pues, en realidad, ante una paradoja enojosa que plantea teóricamente el arbitraje de conciencia según esta interpretación. Que la conciencia no afrente la ley, pero que la conozca tanto para no afrentarla, desdibujando así el objeto de ese arbitraje.

Así las cosas, y sea cual fuere la interpretación a la que puedan los lectores adherirse, nos encontramos frente a una de las más opinables modalidades de arbitraje en función del fundamento de sus laudos.¹²

No obstante ello, el arbitraje de conciencia es el pilar en el que se asienta la democratización del arbitraje en tanto institución para administrar privadamente la justicia. Y con todos los problemas que pueda plantear la conciencia como fuente de justicia, el arbitraje, en tanto mecanismo de solución de conflictos en el que participan directamente todos los involucrados desde su origen hasta su fin, es

ción Iberoamericano y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 30.

¹² Una excepción a esta perfectible modalidad de arbitraje, es el caso de los arbitrajes de conciencia realizados por abogados. En éstos, los letrados buscan, en la mayoría de los casos, armonizar su conciencia con el Derecho. Y esto porque su prestigio como abogados depende en los arbitrajes, no de su conciencia –cuyo ejercicio puede dar como resultado una solución bastante pedestre a la controversia sometida a su consideración como árbitro– sino del manejo que haga del Derecho.

superior a la caduca administración pública de justicia. Porque en el arbitraje de conciencia cobra pleno sentido el aforismo de que más vale un juzgador honesto que un juez «ilustrado» pero deshonesto. Sobre este tema ni una palabra más.

Como en toda administración de justicia, el procedimiento del arbitraje debe estar sometido a una reglamentación. Así pues, podemos distinguir en función de ello que el procedimiento arbitral puede estar reglamentado libremente por las partes, o bien por las normas estatuidas por alguna institución dedicada a ofrecer servicios de arbitraje. En otras palabras: O la administración del arbitraje la realizan las partes estableciendo sus propias reglas de juego, o la hace un Centro de Arbitraje a través de un reglamento. En el primer caso estaremos ante un arbitraje libre o *ad hoc*. En el segundo, de cara a un arbitraje institucionalizado.¹³

En principio, existe el mito de que la razón de ser de un arbitraje *ad hoc* está en que con éste las partes tienen el poder de controlar directa y efectivamente el desenvolvimiento de un proceso que ellas mismas han estatuido. En teoría esto podría ser así, pero la práctica es siempre la medida de toda teoría. Y por lo menos, nuestra realidad nos dice que ello no es de los colores con los que las disquisiciones doctrinarias suelen pintar el cuadro del arbitraje *ad hoc*.

En efecto. Contra lo que se suele creer de este tipo de arbitraje, no son las partes las que, en maratónicas y engorrosas discusiones, se sientan a negociar contractualmente los puntos y comas de unas reglas que regirán el proceso de un arbitraje para controversias potenciales o controversias ya existentes. Sólo en la leyenda teórica existen esas partes con vocación legisladora que se inventan sus propios procesos *ad hoc*. En la vida común y corriente las partes

¹³ Al arbitraje institucionalizado se le suele designar también como arbitraje administrado. Creemos que esta última denominación es errónea en tanto todo arbitraje es administrado. La cuestión está en quién lo administra, si las partes o alguna institución.

son las menos interesadas en perder su tiempo en este tipo de afanes. En todo caso, quienes se encargan de ese asunto son los árbitros designados, que simplemente se ponen de acuerdo en reglas procesales muy simples a las que las partes suelen adherirse sin mucho trámite al momento de la instalación del tribunal arbitral.

Es más, según nuestra legislación, las partes ni siquiera tienen que ir a esa audiencia de instalación y entonces, de ser el caso, el tribunal ya instalado tiene la facultad de establecer las reglas del proceso que regirán el arbitraje, las mismas que no pueden ser contrarias a las normas imperativas de la Ley General de Arbitraje y a las eventuales reglas mínimas que las partes pudieron haber establecido en el contrato arbitral, a menos que las propias partes estén de acuerdo en modificarlas.¹⁴ Todavía más. Es muy frecuente que el o los árbitros suelan decidir que las reglas del proceso sean las de algún Centro de Arbitraje determinado.

¹⁴ Dunshee considera que en el arbitraje *ad hoc* es necesario distinguir en el acuerdo arbitral tanto los elementos comunes como los variables. Son comunes la identificación completa de las partes y su respectivo domicilio, la manifestación de voluntad de someter el conflicto a arbitraje. Son variables el lugar, que puede ser el país o la ciudad de arbitraje, la ley aplicable a la cláusula arbitral o al fondo del asunto, la determinación respecto a si el arbitraje es de derecho o de equidad, la forma del procedimiento arbitral, el idioma o idiomas que se emplearán en el desarrollo del procedimiento y en la preparación del laudo, el plazo en que debe ser pronunciado el laudo y, finalmente, el acuerdo en torno a los honorarios del o los árbitros, así como las costas del procedimiento. Precisamente Dunshee entiende que estos elementos son variables porque su omisión –de uno o varios– no acarrea la nulidad del contrato arbitral, toda vez que los árbitros son los competentes para suprimir las omisiones. De esto se sigue que en realidad los únicos elementos necesarios para constituir un arbitraje *ad hoc* son los comunes a todos los arbitrajes, esto es, nombre y domicilio de las partes y la voluntad de someter el conflicto a arbitraje –no habiéndose designado una institución que lo administre–. Ver: DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El Acuerdo Arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, pp. 11-14.

Así las cosas, es muy razonable contratar un arbitraje institucionalizado que tiene la virtud de no solamente simplificarle la vida a las partes de una controversia potencial o real, al brindarles un procedimiento probadamente eficiente en el quehacer cotidiano, sino, además, el uso de los servicios administrativos del Centro de Arbitraje, léase infraestructura y asesoría.

Finalmente, no está de más señalar que para que un arbitraje sea institucionalizado, debe existir necesariamente un acuerdo entre las partes que contratan el arbitraje. Así, en el convenio arbitral se deberá pactar expresamente que las partes se someterán a la administración del proceso por parte de un Centro de Arbitraje determinado.

Llegamos pues a la última clasificación de arbitraje que tiene como eje la libertad de elección de este mecanismo extrajudicial de solución de controversias. En función de esto el arbitraje podría ser voluntario o forzoso.

En principio, al ser el arbitraje una excepción legal a la exclusividad y unidad de la función jurisdiccional del Estado, esto es, a su obligatoriedad como mecanismo de administración de justicia, la libertad –permitida por la ley– resulta la esencia de cualquier otro medio alternativo de solución de controversias. Tal es el caso del arbitraje.

En efecto, si la obligatoriedad define la función jurisdiccional del Estado, sería doctrinariamente un despropósito que el arbitraje también pudiera ser obligatorio. Tal situación no tendría ningún sentido, en la medida de que si la excepción a esa obligatoriedad –o sea el arbitraje– se convierte en regla, tendría que desaparecer el Poder Judicial cuya obligatoriedad es, precisamente, esa regla.

Así las cosas resulta bastante heterodoxa, por decir lo menos, aquella posición doctrinaria que considera posible la existencia de un arbitraje forzoso, esto es, del «[...] que nace de la decisión del

legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones».¹⁵

A nuestro modo de ver, la única manera de salvar este *impasse* lógico es determinar, precisamente, esas «cuestiones». Y ciertamente no es tarea difícil, como podría pensarse. En efecto, cuando esas cuestiones se interpretan sólo en función al sujeto que será obligado a recurrir al arbitraje –y nunca a la materia de su objeto–, es posible concebir de alguna forma el arbitraje forzoso, paradójicamente, sin afectar el principio de libertad de elección del arbitraje.

No se necesita ser muy zahorí para saber que ese sujeto sólo puede ser el Estado, en la medida de que el Estado es libre de obligarse a sí mismo a someter sus controversias a arbitraje. Ciertamente que tiene el poder para obligar a toda la sociedad en ese sentido, pero si lo hiciera, el arbitraje perdería la libertad de elección que constituye su esencia y se convertiría en la administración jurisdiccional del Estado. Así pues, con esta interpretación, la libertad de elección del arbitraje queda incólume, pues tanto Estado como particulares la ejercen.

En el Perú, el así llamado arbitraje forzoso tiene una puerta abierta en el artículo 2 de la Ley General de Arbitraje, que deja abierta la posibilidad de que «[...] Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta puedan acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidas a arbitraje nacional».

Lo dispuesto por esta norma ha sido hecho obligatorio por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM.¹⁶ Podría objetarse teóri-

¹⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁶ Esto se halla regulado en el artículo 274 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establece:

camente que, en este caso, si bien es cierto que se conserva el principio de libertad de elección del arbitraje, al elegir libremente el Estado obligarse a someter a este medio de solución de controversias las que se pudieran derivar de todos sus contratos con particulares, también es cierto que no se respetaría la libertad de elección de esos particulares que quieren contratar con el Estado. Y esto porque estarían siendo obligados a someterse en caso de conflicto a una administración de justicia que tal vez no quieren: el arbitraje.

Pero tal objeción no es lícita. Por lo menos en teoría. Porque nadie obliga a los particulares a contratar con el Estado. Y si lo hacen es porque libremente han considerado conveniente hacerlo en los términos ofrecidos por el Estado, que incluye la solución arbitral de los eventuales conflictos.

De este modo damos fin a este capítulo, esperando haber presentado convenientemente al lector, a la familia arbitral.

Artículo 274.- «Convenio arbitral

[...] Si las partes no cumplen con incorporar al convenio arbitral correspondiente para desarrollar un arbitraje *ad-hoc*, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto:

‘Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado’. [...].»

Capítulo VI

ÁRBITRO

Implicancias de la administración de justicia privada en el mundo de las ideas.— ¿La justicia emana del pueblo?— Un contraejemplo.— Origen de la función arbitral.— El contrato de locación de servicios.— ¿Cuándo, cómo y dónde se perfecciona?— La importancia del acta de instalación del tribunal arbitral.— Investidura e inicio del proceso.— La parte aguafiestas: ¡No consiento!— El papel del «tercero» en la elección y contratación del árbitro.— El papel del juez.— Árbitros: ¿Quiénes?— Index.— Algunos más que deberían estar en el Index.

No hay arbitraje sin árbitros. Es ésta una conclusión que, a diferencia de aquéllas que necesitan la precedente alianza de poderosos argumentos, se impone por su propio peso. El árbitro es el astro rey del arbitraje sin cuya luminosa actividad esa institución sería imposible de concebir, pues, a fin de cuentas, el arbitraje es la actividad de los árbitros. Autorizados por la ley, en sus manos ponen aquellos que malician de la justicia ordinaria del Estado, una controversia de Derecho. Dirimirla, esto es, poner fin a un conflicto diciendo quién tiene derecho y quién no, es la función del árbitro. Administrar justicia: ése es su trabajo. Y aunque parezca ésta una verdad de Perogrullo, sus implicancias son de primer orden en el mundo de las ideas.

En efecto. Se suele dar por sentado, como si fuera una verdad absoluta cuya validez está fuera de toda discusión, que la justicia, o mejor dicho, que la potestad de administrar justicia emana del pueblo. Sin embargo, ésta no es más que una teoría política que, con más de doscientos años de antigüedad, pretende justificar la soberanía popular frente a cualquier otra.

No vamos aquí a hacer un juicio de valor sobre esta tesis dieciochesca, en el entendido de que como cualquier tesis puede ser materia de escrutinio. Pero lo que no puede pasar desapercibido es que el árbitro, como administrador de justicia, es un poderoso contraejemplo al principio ideológico de que la administración de justicia emana del pueblo. Pues la potestad del árbitro no emana de ningún «pueblo», sino de un simple y llano contrato entre particulares autorizado por la ley. Así pues, su potestad de administrar justicia se funda no en la voluntad popular y general, sino en la individual y particular. Y esto en la hipótesis de admitir que en ambos casos esa potestad surge de un contrato, «social» uno y privado el otro, con la diferencia de que el así llamado «contrato social» más parece ser una ficción –¿cuándo y dónde todos nosotros lo hemos suscrito y con qué derecho rige para quienes no sólo no están de acuerdo, sino para las generaciones futuras que ni siquiera han participado en su elaboración?–, mientras que el privado que inviste a los árbitros es una realidad tangible e indiscutible.

Cierto es que el arbitraje, en tanto institución jurídica, existe en virtud de la ley que lo autoriza, y por tanto, que autoriza la actividad de los árbitros. Pero la certeza de que esta ley se funde a su vez en un contrato de características sociales es, precisamente, bastante discutible. Existe sí la ley, eso es un hecho, pero el «contrato social» no pasa del reino de las hipótesis, de una cuya prueba, como a Godot, todavía muchos siguen esperando.

Así las cosas, el árbitro sigue la misma suerte que el arbitraje como institución, a saber, nace de un contrato entre particulares autorizado por la ley. Su naturaleza, en cuanto a su designación como un tercero imparcial involucrado en una controversia entre dos o más partes que se someten a su juicio jurídico o de conciencia para resolvérla, es estrictamente contractual. Y son las partes de esa controversia quienes hacen y deshacen al árbitro. En otras palabras: el árbitro existe porque las partes lo quieren, por su voluntad, aun cuando en ciertos casos, esa voluntad se pretenda expresada –y esto

será materia de discusión en este capítulo— en la designación a través de un juez ordinario.¹

Ahora bien, si el árbitro existe por un contrato, es capital preguntarse de qué contrato se trata. Nosotros hemos sostenido ya en el capítulo III que este contrato no es otro que el de la locación de servicios. En efecto. Quienes demandan una justicia allende la judicatura, contratarán los servicios de una persona que dirima la controversia que los enfrenta. De este modo, el servicio que prestará esa persona es el de administrar justicia de acuerdo a la ley aplicable o a su conciencia, según sea el caso, servicio que terminará con el pronunciamiento de un laudo.

Este servicio, remunerado por las partes y sometido a los parámetros de su voluntad a través de ciertas reglas que el árbitro debe respetar, es una actividad jurisdiccional. Tan es así que para su ejercicio, el árbitro debe respetar, obligado por la ley, el debido proceso que es la columna vertebral de la función jurisdiccional, de donde se sigue que el proceso que el árbitro dirige como parte de sus servicios, tiene un carácter jurisdiccional. Este es el postulado de nuestra Teoría Realista del Arbitraje expuesta en el tercer capítulo de esta obra.

Dilucidado entonces el servicio contractual que prestará el árbitro y la naturaleza del mismo, queda por saber cuándo y cómo se

¹ Dante Barrios de Angelis define que el «Árbitro es una persona designada por las partes, solas o en colaboración con el juez, o por éste exclusivamente, a los efectos de producir un arbitraje». En concordancia con esto sostiene que «[...] el árbitro es hechura de la voluntad de las partes: aun en el arbitraje necesario y en la hipótesis más inquisitoria, los jueces deben esperar que las partes agoten las posibilidades de acuerdo. Y la designación oficial no da a los árbitros así nombrados más autoridad, poderes u obligaciones que los elegidos, directa y privadamente, por las partes». BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956, pp. 68 y 83.

perfecciona el contrato de locación de servicios, es decir, cuándo y cómo este tercero imparcial involucrado en un determinado conflicto, llamado por dos o más partes de ese conflicto para dirimirlo, se convierte para todos los efectos, en árbitro.

Lo que debe quedar claro es que ese tercero ajeno a una controversia entre dos o más partes, no se convierte en árbitro de la misma por el solo hecho de decirle a esas partes que solicitan sus servicios para resolver el conflicto, sí quiero, *io voglio, je veux, I agree*. El mero consenso no basta aquí para convertirse en árbitro; apenas si es parte de las tratativas precontractuales.

Al menos en nuestra interpretación un árbitro nace en un acto solemne: el acta de instalación del tribunal arbitral. Es en ese momento y así como se perfecciona el contrato de locación de servicios entre los «conflictuados» y el virtual «dirimente», que queda investido e instalado como árbitro. Es recién aquí que nace la obligación del árbitro de prestar sus servicios jurisdiccionales a quienes lo han contratado, convirtiéndose a su vez en parte de ese contrato de locación de servicios. Porque es en el acta de instalación del tribunal arbitral donde se produce el acuerdo de voluntades sobre todas las condiciones del servicio a ser prestado por el árbitro. Aquí quedan acordados formalmente los honorarios profesionales, las causas para su eventual reajuste y las modalidades del pago. También y por supuesto el objeto del servicio, esto es, el laudo, así como la forma de prestar el servicio que, en tanto involucra una actividad jurisdiccional, implicará la determinación de las reglas que lo regirán y que no son otras más que las procesales. Así pues, en el acta de instalación del tribunal arbitral no sólo nace el árbitro con el perfeccionamiento solemne de su contrato de locación de servicios, sino que, paralelamente, nace también el proceso arbitral, consecuencia de ese contrato –por la actividad que desarrollará el árbitro– y de uno anterior, a saber, aquél en que las partes manifestaron su voluntad de acudir al arbitraje. Sin acta de instalación no hay nada, ni árbitro contratado para prestar servicios, ni proceso jurisdiccional alguno. De este modo, el devenir de un arbitraje –contratación de árbitro y

proceso subsecuente— sin acta de instalación del tribunal, es la nulidad.

Ahora bien. No resulta ociosa la cuestión en torno a qué sucede cuando, en efecto, hay un acta de instalación del tribunal arbitral, pero que carece de la manifestación de voluntad que expresa el consentimiento de alguna de las partes. ¿Se formaliza en esa hipótesis el contrato de locación de servicios? ¿Existen árbitros que arbitren? ¿Hay o no hay jurídicamente proceso arbitral?

Cualquier respuesta que se dé a estas interrogantes tiene que ser muy cuidadosa. Esto porque, como veremos, la discusión teórica que estas respuestas aparejan, podría ser deformada en interés de quienes, en algún caso concreto, busquen sabotear un arbitraje. Y nada más lejano de nuestros propósitos. Sin embargo, no por eso el debate doctrinario debe acallar su voz en desmedro de cualquier oportunismo. Veamos pues el problema que presenta la realidad a la doctrina.

Suele suceder en el quehacer del mundo de los arbitrajes, que éstos se desarrollen cuando, aun instalado el tribunal arbitral, el acta suscrita para tal efecto no da fe del consentimiento de alguno de quienes deben participar en el proceso. En este caso, el de una de las partes en conflicto. Así, incluso sin su consentimiento expreso en el acta de instalación del tribunal arbitral y sin posteriores actos que manifiesten de manera tácita la convalidación del acta que no suscribió, el arbitraje, en tanto proceso, se desarolla hasta su fin, esto es, con la emisión del laudo.

Uno de los problemas teóricos que este hecho plantea es si ha habido o no contratación de árbitros. En otras palabras, si es posible que en un contrato —como sostengamos que es el de locación de servicios de los árbitros que se perfecciona solemnemente en el acto de instalación del tribunal arbitral— esté ausente una de las manifestaciones de voluntad.

Todo parece indicar que esto no es posible. Lo contrario implicaría el absurdo de que en un contrato de locación de servicios de arbitraje, no es necesario el consentimiento del locador, esto es, de quien requiere el servicio, y que apenas basta con el consentimiento del locatario. Es tan absurdo como la figura inversa, a saber, que es irrelevante el consentimiento de quien debe prestar el servicio, en este caso el árbitro, y que sólo cuenta la voluntad del locador. Y en efecto, si vemos claro que no puede existir árbitro –ni proceso arbitral– si el propuesto por las partes para tal efecto no expresa su consentimiento contractual en el acta de instalación del tribunal arbitral, no entendemos por qué no debería quedar igual de claro que tampoco existirá árbitro si no es contratado por quien o quienes buscan sus servicios, negando su consentimiento expreso en el acta de instalación del tribunal arbitral.

Ahora bien, esto nos plantea otro hecho que debe ser visto a la luz de la doctrina. Tal es el caso de que una de las partes pretenda sabotear el arbitraje pactado en el convenio arbitral, negándose, llegado el momento, a contratar los servicios del árbitro o de los árbitros, frustrando así la instalación del tribunal arbitral. Este acto de rebeldía lleva muchas veces a la desesperación de afirmar que para salvar el arbitraje bastaría el consentimiento de una de las partes en conflicto para que, expresado éste en el acta, quede celebrado el contrato de locación de servicios con el árbitro o los árbitros según sea el caso y arranque así el proceso arbitral. Teóricamente, esto no es posible. Pues los servicios de uno o más árbitros no son requeridos sólo por una de las partes en conflicto, sino por ambas. Son ambas las que deben investir e instalar el tribunal de su confianza. Y por lo tanto, si un mismo servicio es requerido por las partes en conflicto, el consentimiento debe ser de las partes y no de una sola de ellas.

Sin embargo, sería un exceso afirmar, tal como veremos en las líneas siguientes, que cualquier acta de instalación de un tribunal arbitral que no contenga el consentimiento expreso del locador y el locatario del servicio a prestar, sólo probaría en tanto acta que no

hay árbitro, no hay por tanto instalación de tribunal alguno y, por supuesto, que no hay proceso arbitral.

En efecto, ello no es necesariamente así. Existen casos donde teóricamente es posible que el consentimiento para contratar los servicios del árbitro se suponga acordado de antemano, no directamente a la persona del futuro árbitro, sino a quienes las partes han encomendado su elección. También, aunque ello es más discutible, a quien la ley que regula la institución arbitral señale para tal efecto. Tales son los casos de un tercero –en los que puede incluirse a los árbitros de parte– y del juez.

Terceros son aquellos que según la Ley General de Arbitraje pueden ser personas naturales o jurídicas que, en este último caso, incluyen a las instituciones o centros de arbitraje.² En esta hipótesis, las partes depositan su confianza en el tercero, consintiendo, antes de que se produzca, en la elección del árbitro a cargo de ese tercero y en la contratación de sus servicios.

Caso similar es el de aquellos terceros que tienen la característica de potenciales árbitros elegidos directamente por las partes –y que por lo general serán los árbitros de parte– a los que éstas les encomiendan la elección de un tercer árbitro o de los necesarios para que el número de árbitros que integrarán el futuro tribunal sea, como la Ley lo exige, impar.³ Aquí también, las partes han de-

² Artículo 20.- «Nombramiento

Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada [...].

³ Artículo 24.- «Número de árbitros

Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres. Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral». Como es obvio, la lógica del número impar de

positado su confianza en los potenciales árbitros elegidos por ellas y consentido así en la posterior elección y contratación del tercer árbitro o los que hagan falta para conformar el tribunal.

En estos casos de elección indirecta de árbitro, el acuerdo de las partes en la contratación de la persona consecuencia de dicha elección, está confirmado por la lógica. En efecto, de no seguirse que las partes consienten por anticipado en la elección y contratación del árbitro a través de quienes ellas han elegido a su vez directamente para tal fin, este procedimiento de elección por interpósita persona sería inútil y absurdo. En primer lugar, porque, a fin de cuentas, si las partes, de todas maneras, tienen que consentir directamente en la elección de la persona que hacen aquellos a los que las mismas partes le han confiado su elección, entonces no tiene sentido el mecanismo de elección indirecta. Y, en segundo término, porque tampoco tiene ningún sentido que se consienta en la elección de los árbitros, pero no se consienta en su contratación.

Esta hipótesis sugiere, entonces, que bajo este mecanismo de elección indirecta de árbitro, el consentimiento de las partes al momento de contratar sus servicios en el acta de instalación del tribunal arbitral, ya está manifestado expresamente a través de aquellos que lo eligieron. Queda, por supuesto, para que exista contrato de locación de servicios, el consentimiento del o de los elegidos en esa misma acta.

El caso del juez es distinto al de los precedentes. Aquí, no son las partes las que eligen al juez para que éste, a su vez, elija al árbitro o al tribunal arbitral. Es la Ley General de Arbitraje la que manda al juez a elegir árbitro o árbitros cuando las partes, los terceros a secas, o los terceros árbitros de parte designados por éstas, estén en

árbitros obedece a que es la única forma de que si no se produce un laudo por unanimidad, se produzca por mayoría y no se frustre así el laudo, que es el objeto del arbitraje.

incapacidad de hacerlo.⁴ Los motivos de esta incapacidad —que aquí tomamos en el sentido coloquial del término— son irrelevantes para la Ley. El hecho es que por alguna razón no pueden hacerlo en el lapso prescrito por la Ley y de este modo, están frustrando la manifestación de voluntad de las partes de acudir a la institución de arbitraje en caso de un conflicto, contenida en el contrato de arbitraje o convenio arbitral. Así, lo que la Ley busca es que esa obligación sea cumplida cuando llegue el momento de cumplirla y el arbitraje pactado en caso de controversia, se haga realidad. Y ella no se frustrará, precisamente, por falta de árbitro.

Una primera hipótesis que se perfila para explicar el desarrollo de un proceso arbitral cuando una de las partes no designó ni contrató árbitros directamente ni por interpósita persona, es que cuando las partes suscriben un contrato de arbitraje o convenio arbitral, se someten a la Ley que regula esta institución y aceptan que, de darse el caso, un juez ordinario elija y designe al árbitro en su nombre. Sería pues en virtud de este consentimiento previo a la

⁴ Artículo 21.- «Libertad de procedimiento de nombramiento

[...] Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez.

En el arbitraje con árbitro único, cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros (sic) se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido (sic) diez días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez [...].

Artículo 22.- «Incumplimiento del encargo

Si el tercero a que se refiere el artículo 20, encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considera que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito.

A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de el o los árbitros».

hora de celebrar el contrato de arbitraje o convenio arbitral con el que se someten a la Ley, que hipotéticamente podría suscribirse en el acta de instalación del tribunal arbitral el contrato de locación de servicios. La designación por el juez equivaldría en este supuesto al consentimiento de las partes y el elegido tendría que consentir también.

Reforzaría esta hipótesis el hecho de que esta elección de árbitro que hace el juez en nombre de las partes, no es en absoluto arbitria, sino que se asentaría en la confianza de ellas. Pues, en nuestra legislación, las partes tienen un papel activo en el proceso judicial de elección de árbitro. En efecto, el juez elige árbitro de una lista propuesta por las partes. Es más, el juez insta en audiencia a quien corresponde a que, de esa lista propuesta por ellos mismos, «quien corresponda» elija al árbitro. Sólo en el caso de que «quien corresponda» siga incapacitado de elegir a sus propios propuestos, el juez elegirá al árbitro de la lista.⁵ Por eso el juez elige y designa árbitro

⁵ Artículo 23.- «Nombramiento por el Juez

[...] El juez procederá a la designación de acuerdo al siguiente trámite:

1. El interesado acompañará a su solicitud el o los documentos que contienen el convenio arbitral y propondrá los nombres de los árbitros en un número no inferior a siete (7).
2. El juez citará a las partes a una audiencia única la cual deberá desarrollarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.
3. Si el emplazado no concurre a la audiencia, en el acto de la misma, el juez resuelve designando al o a los árbitros, así como a uno o más suplentes, entre la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo [...].
4. Si el emplazado concurre a la audiencia, en el acto de la misma, el juez invitará a la parte emplazada para que proceda a designar al árbitro o árbitros que le corresponda. En caso el emplazado no designe al o a los árbitros que le corresponda, el juez designará al o a los árbitros que corresponda de la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo, nombrando a uno o más suplentes; [...] En caso se hubiere pactado el nombramiento conjunto de el o los árbitros a su designación por un tercero que no cumplió con el encargo, el juez invitará a las partes a ponerse de acuerdo en la designación. Caso contrario, el juez invitará a la parte emplazada para que proponga los nombres de los árbitros en un número no inferior

en nombre de la confianza de las partes. Pero la pregunta de fondo es si la elección y designación judicial importa igualmente la contratación del árbitro.

Consideramos que es bastante dudoso que se pueda llegar a esa conclusión, máxime si ésta es fruto de un rebuscado razonamiento jurídico. Lo cierto es que en la Teoría General del Derecho no se admite la posibilidad de que un funcionario contrate en nombre de un particular. En el caso que nos ocupa, esto se pone de manifiesto cuando, elegido y nombrado un árbitro por el juez, el proceso arbitral es impugnado favorablemente en el Poder Judicial por la parte que ni eligió, ni designó, ni contrató árbitro. Que la judicatura declare procedentes en las instancias respectivas, los recursos impugnatorios de la parte objetora del arbitraje, implica en primer término que la objeción era jurídicamente fundada y, por lo tanto, no caprichosa. Y en segundo lugar, que la pretensión de que no se contrató árbitro alguno cuando no se suscribió el acta de instalación del tribunal arbitral, era cierta. Luego, el juez no pudo haber contratado por la parte. *Contrario sensu*, denegados todos los recursos impugnatorios a la parte objetora del arbitraje y su proceso, se entienden contratados los árbitros por ambas partes, mas no por el juez.

Ahora bien, para elegir, designar y contratar árbitros es necesario preguntarnos quiénes pueden ser árbitros o, *contrario sensu*, quiénes no pueden serlo. Dos son los derroteros por los que transita la respuesta. Dependiendo de la clase de arbitraje de que se trate o, también, independientemente de cualquier clase de arbitraje.

a siete (7), entre quienes conjuntamente con la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo procederá a la designación, debiendo ésta recaer principalmente en aquellos árbitros cuyos nombres estén presentes en ambas listas. En caso la parte emplazada se niegue a proponer la lista de árbitros el juez designará al árbitro o a los árbitros que correspondan, como a uno o más suplentes de la lista indicada en el inciso 1) de este artículo; [...]».

En el primer caso, esto es, dependiendo de la clase de arbitraje que las partes quieran para solucionar su controversia, si es de Derecho, tendrá que estar calificado el árbitro como letrado. Es ésta una condición *sine qua non*.⁶ De otro lado, si el arbitraje es de conciencia, el árbitro puede ser un lego, aunque nada obsta para que sea también un letrado.

Independientemente del arbitraje de que se trate, están calificados para ser árbitros todas aquellas personas naturales nacionales o extranjeras mayores de edad que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, se entiende que en el Perú. También las personas jurídicas nacionales o extranjeras.⁷ En este caso, como en realidad sólo las personas naturales pueden emitir juicios de conciencia o de Derecho, se entiende al árbitro-persona jurídica sólo como el que nomina a la persona natural que emitirá un laudo.

Ahora bien, además de las personas naturales menores de 18 años y de aquéllas mayores pero privadas legalmente del ejercicio de sus derechos civiles, hay otras personas que, independientemente

⁶ Artículo 25.- «Calificaciones legales de los árbitros

[...] El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados [...]. Sin embargo, existe una excepción a este principio. Es el caso de los arbitrajes del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE– donde éstos sólo pueden ser de Derecho y, aun así, el Tribunal Arbitral puede estar integrado por legos, aunque no en su totalidad. Así lo refiere el artículo 278 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando señala que:

Artículo 278.- «Árbitros

[...] El árbitro único y el presidente del tribunal deben ser necesariamente abogados».

⁷ *Idem*. «Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de los derechos civiles [...]»

[...] El nombramiento de árbitros de derecho o de equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras.

Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, [...]».

del arbitraje de que se trate, están descalificadas para ser árbitro, al menos mientras exista legalmente esa descalificación. Son estas personas todas las contempladas en los supuestos del artículo 26 de la Ley, cuya infracción importa para el arbitraje, no sólo la nulidad del nombramiento del árbitro ilegal, sino la nulidad del laudo. Estas personas son una serie de funcionarios públicos cuyo impedimento pasaremos a analizar muy brevemente.

En primer término, están impedidos de ser árbitros los magistrados de la justicia ordinaria. Suponemos que la lógica de esta prohibición es que ni se prostituya la judicatura, ni que se prostituya el arbitraje con el desempeño de la misma función de administrar justicia, por la misma persona, en el ámbito público y en el privado. Se pretende pues, alejar de la mente del juez, algo que en la administración de justicia privada resulta válido, a saber, cobrar a las partes de una controversia por la emisión de un laudo. Un juez no puede vender sus servicios a las partes en un proceso ordinario ni, por supuesto, debería cobrarles por sus sentencias. Desempeñando la función de juez y de árbitro, podría, y eso es lo que no quiere la Ley, confundir los planos y considerar que lo que en uno resulta propio, en el otro también. Además, está el tema de la influencia que podrían tener sobre el juicio de los jueces en un proceso judicial las partes de un arbitraje que tuvo o tiene como árbitro a ese mismo juez, y que por otra controversia, tienen que véselas con él a la espera de justicia en la judicatura. Ello daría pábulo a una influencia indebida, pero legalmente avalada, si el juez puede ser también árbitro.

Están exceptuados de esta prohibición los jueces de paz, los fiscales, los procuradores públicos y los ejecutores coactivos. Los jueces de paz, *en tanto no pertenezcan a la carrera judicial*. Los fiscales, procuradores públicos y ejecutores coactivos, en tanto no adminis-tran justicia.

El impedimento para ser árbitro recae también en las personas del Presidente de la República y los vicepresidentes; los parlamen-

tarios y los miembros del Tribunal Constitucional. Suponemos que, en los dos primeros casos, esta prohibición se funda en el principio ideológico de la separación de poderes. En efecto, si el Presidente de la República y los vicepresidentes están constitucionalmente impedidos de administrar justicia, si el Poder Ejecutivo no puede invadir las funciones y prerrogativas del Poder Judicial, tampoco debe administrar justicia extra judicial. En otras palabras: Si no deben administrar la justicia pública, no hay razón para que sí deban administrar justicia privada. Porque, en ambos casos, sería someter al poder político la administración de justicia, configurando la hipótesis de una justicia política que el principio ideológico de la separación de poderes rechaza y condena. El mismo principio se aplica para el caso de los legisladores: quien legisla, no juzga y quien juzga, no legisla. Nada interesa que ese «juicio» sea público o privado.

El caso de los magistrados del Tribunal Constitucional es distinto. Ellos no deben administrar justicia privada, es decir, no deben ser árbitros, por la misma razón por la que no deben serlo los jueces ordinarios de la judicatura: porque aun sin pertenecer a la carrera judicial, los jueces del Tribunal Constitucional administran una justicia pública que eclipsa incluso a la ordinaria Suprema, porque atañe a la constitucionalidad que funda el Estado de Derecho. Por ello hubiera sido más coherente que esta prohibición estuviera con la de los magistrados.

Nótese que en las prohibiciones establecidas por la Ley General de Arbitraje, que atañen a estos personajes, que son altas autoridades de la República, no están ni los ministros ni los viceministros en lo que respecta al Poder Ejecutivo. Tampoco están impedidos de ser árbitros los Presidentes Regionales ni los alcaldes provinciales ni distritales. Es bastante debatible que quienes ejercen cargos políticos ejecutivos, como son los ministros de Estado y los viceministros, puedan administrar justicia, cualquiera que ésta sea. Porque si nos atenemos a que esta prohibición se funda en la teoría de la separación de poderes, que proscribe de la judicatura y del arbitraje, a la cabeza del Ejecutivo, no vemos por qué razón lógica los ministros y

viceministros que forman parte de ese Poder Ejecutivo con cargos y ejercicio político, sí puedan administrar justicia, al menos en el ámbito de la justicia privada. Por lo pronto –e independientemente de lo señalado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que sí les establece una prohibición y que analizaremos posteriormente–, habría que ver cómo se resolvería el problema de un árbitro ministro o viceministro cuando, en una controversia, una de las partes que somete a su arbitraje un conflicto, es el mismo Estado cuyos intereses debe cautelar como funcionario.⁸ ¿Podría pues como privado laudar contra el Estado mientras como ministro o viceministro debe proteger sus intereses? ¿O, precisamente, por ser ministro o viceministro se sentiría inclinado a laudar a favor del Estado? Y aun no fuera el Estado una de las partes, ¿qué sucedería si el conflicto a arbitrar fuese una «materia» del sector de su ministerio?

Lo cierto es que ya se ve por qué estos funcionarios deberían estar –como en efecto lo están para el ámbito del arbitraje relativo a la contratación pública– excluidos del ejercicio de la administración de la justicia privada cuando de por medio están los intereses del Estado.

Las prohibiciones establecidas por la Ley General de Arbitraje tampoco incluyen a los alcaldes ni a los presidentes regionales. A los primeros, suponemos, por la obsoleta teoría de que los alcaldes se eligen por el principio del «buen vecino» y que por lo tanto, no son políticos y no ostentan ni ejercen ese poder. A los segundos, es obvio que no se les incluyó en la prohibición porque no existían como autoridades al momento de ser promulgada la Ley General de Arbitraje. Sostenemos que ambos deberían estar impedidos de ser

⁸ Se podría argüir que el juez también es un funcionario. Pero el caso es distinto. Si bien el juez es un funcionario, la ley no le manda a cautelar los intereses generales del Estado, sino explícitamente sólo los de la justicia positiva de ese Estado.

árbitros porque son funcionarios públicos con un innegable poder político, poder que si puede distorsionar la justicia pública, con mayor razón la privada. Un árbitro alcalde o presidente regional, así como Presidente de la República o vicepresidente, sería un sujeto privado pero con todos los poderes inherentes de su cargo público en su haber –aun si no dispusiera de ellos–, lo que no guarda relación con la equidad y la justicia que se busca en un árbitro y en su laudo.

No obstante, al respecto, cabe señalar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, establece que se encuentran impedidos de actuar como árbitros en los casos que tengan que ver con contrataciones y adquisiciones del Estado, –entre otros– los ministros de estado y los alcaldes, precisando que en el caso de estos últimos, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen dichos funcionarios.⁹

Otros que están proscritos para ser árbitros son los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, con

⁹ Artículo 279.- «*Impedimentos*

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

- 1) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
- 2) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
- 3) Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
- 4) El Contralor General de la República.
- 5) Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.
- 6) El personal militar y policial en situación de actividad.
- 7) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
- 8) Los funcionarios y servidores del CONSUCCODE.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas».

la excepción de los profesionales asimilados. Aquí, la lógica es que constitucionalmente las Fuerzas Armadas no son deliberantes.¹⁰ Ni políticamente, ni legislativamente, ni judicialmente, a no ser que se trate de administrar justicia a los propios militares en el ejercicio de su función.¹¹ De aquí se sigue que si no pueden deliberar –y por consecuencia, dirimir– en la justicia pública, tampoco en la privada. Y es que un árbitro con el poder de las armas a sus espaldas no es árbitro, es un intimidador. Ahora bien, habría que precisar qué entiende la Ley por oficiales superiores, es decir, hasta qué grado del escalafón de oficiales, los militares están impedidos de ejercer como árbitros. En cuanto a la excepción de los profesionales asimilados, ésta es lógica en la medida de que estos oficiales no tienen mando de tropa, por lo que no tienen el poder de la fuerza armada, causa de la proscripción como árbitros de sus compañeros que sí lo tienen.

También están impedidos de ser árbitros los ex magistrados en las causas que han conocido. Aquí la norma está muy mal redactada, en la medida de que las causas que se ventilan en el Poder Judicial, nunca pueden ser las mismas fuera de éste. Es más, estrictamente hablando, las causas sólo existen en la judicatura. Así pues, un ex magistrado no podría ser árbitro de una causa que ya haya conocido en el Poder Judicial.

La norma se refiere entonces a un magistrado que conoce una causa en el Poder Judicial. Luego, ese magistrado deja de serlo, y deviene en árbitro de una controversia relacionada con la causa que conoció en la judicatura. Esa relación es la que lo veta como árbitro.

¹⁰ Así lo sanciona el artículo 169 de la Constitución: «Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional».

¹¹ Éste es el caso del fuero militar, también sancionado en la Constitución: Artículo 139.- «Principios y derechos de la función jurisdiccional
[...]»

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...].»

Ahora bien. Qué hay que entender por «conocer una causa». En sentido estricto, conocer una causa significa ser miembro del tribunal de dicha causa. En sentido amplio, significa simplemente haber tenido alguna relación incidental con ella. Creemos que, para evitar toda suspicacia, «conocer una causa» debe entenderse en este último sentido. No debe existir la menor relación entre el magistrado que ejerció como tal en una causa, y el ex magistrado que actuando como árbitro tiene la obligación de laudar en una controversia relacionada con su ex causa.

Finalmente, tiene incompatibilidad de actuar como árbitro el Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la institución que dirige. En otras palabras, ¿puede ser el contralor árbitro de una controversia en la que una de las partes, o ambas, están siendo auditadas por la Contraloría? Obviamente no, en razón del explícito conflicto de intereses que se sigue de allí.

Con esto hemos terminado de analizar los argumentos que, independientemente del arbitraje de que se trate, descalifican como árbitros a determinadas personas expresamente señaladas por la Ley. Con esto también concluimos la generalidad del tema de los árbitros, dejando para los subsiguientes capítulos, por ser de un interés especial, los específicos concernientes al de la ética de los árbitros, así como al de su recusación.

Capítulo VII

ÉTICA Y LA TESIS DE LA RELATIVIDAD MORAL DE LOS ÁRBITROS

Moralidad y justicia pública: Cortocircuito.— Una puerta de escape: El arbitraje.— La libertad de elegir al mejor.— Superioridad moral del arbitraje.— Una sombra absurda: ¿Deben realmente ser los árbitros imparciales e independientes?— La voz de América: La AAA y la ABA.— Jueces y árbitros: ¿Dos estándares morales?— ¿Árbitro de parte o procuradores de parte?— Una moral invertida.— Santa parcialidad y santa dependencia.— El «tercer árbitro».— Los pecadores eligen a un puritano.— Ética y sentido común.— El futuro del arbitraje.

Quizás una de las percepciones más arraigadas en el sentimiento popular de muchos países latinoamericanos, sobre todo en el Perú, es que el Poder Judicial no funciona, esto es, no imparte la debida justicia, porque la ética que debería regir la función jurisdiccional es muy precaria. En otras palabras: porque muchos jueces tienen una moral muy laxa durante el proceso y sobre todo a la hora de emitir sus fallos. Que la opinión pública haga suya, sin saberlo, la sentencia de Cornelutti de que «es preferible mil veces un juez que sea honesto a uno que sepa Derecho», revela la crisis moral del Poder Judicial en el Perú, cuya tragedia hemos relatado en el capítulo que da origen a este libro. Esta debacle de la moral en la administración de justicia explica el clamor popular de que el Estado elija para jueces a hombres honestos, pues para el pueblo, esa honestidad vale más que cualquier pretendido conocimiento jurídico.

De esto se sigue una conclusión fundamental en lo que atañe a la ética en la administración de justicia, a saber, que si a la ciudadanía no le queda más remedio que rogarle al Estado que elija a jue-

ces moralmente probos, en la medida de que aquella ciudadanía carece de todo poder de elección directa sobre esos sujetos y sus calidades morales;¹ de tener ese poder, esto es, de estar facultados para elegir a quienes harán justicia, lo harían por aquellos cuyos escrúpulos morales estén a la vanguardia de cualquier otra calidad personal.

Ese poder de elección, escatimado por el Estado para la justicia ordinaria, el ciudadano lo tiene en el arbitraje. Así pues, en el arbitraje se hace posible ese «sueño de los justos», ese clamor popular porque hombres que nosotros conocemos honestos y sin dobleces, arbitren y resuelvan nuestras pendencias mejor de lo que deberían hacerlo aquellos a quienes ni conocemos moralmente ni podemos elegir. Ciertamente, si alguna superioridad moral tiene el arbitraje sobre la justicia ordinaria, radica precisamente allí, en esa libertad de elección por la cual todo aquello que el hombre común busca de la persona que administre justicia, puede obtenerse: Conocimientos jurídicos según sea el caso y, lo más importante, moral.

Lo que no tendría ningún sentido es que mientras se reniega de los bajísimos estándares de comportamiento de los magistrados del Poder Judicial en cuya elección los ciudadanos no tenemos arte ni parte, por otro lado, cuando la tenemos –y en virtud de que la tenemos– se afirme que al árbitro no se le puede pedir el mismo estándar moral que el que debería tener un juez ideal. Y aunque parezca increíble, tal tesis existe y algunos juristas peruanos la ven con simpatía pues, de una interpretación bastante discutible, la tienen avalada por el código de ética para árbitros redactado en forma conjunta por dos importantes instituciones jurídicas norteamericanas, la American Arbitration Association (AAA) y la American Bar Association (ABA).²

¹ En el Perú, los jueces son elegidos, ratificados y destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura, una institución del Estado que representa, en teoría, a la sociedad a través de los Colegios Profesionales que eligen a un representante por cinco años. A la fecha de escribir estas líneas, este órgano corporativo está sumamente cuestionado.

² Este Código de Ética contiene siete cánones. Seis son aplicables a todos los árbitros en general. El séptimo, sin embargo, sólo a los árbitros de parte. Este

En efecto. Si todo el problema que plantea la ética en la administración de justicia pudiera resumirse en dos palabras, éstas serían imparcialidad e independencia. En buena cuenta, el ejercicio de ambos comportamientos por parte del eventual administrador de justicia, determina que ésta se haga, esto es, que la ley no se tuerza en detrimento de ninguna de las partes en conflicto y que la razón se dé a quien la ley ampara.

Es precisamente porque la judicatura, a través de sus jueces, no responde muchas veces a este anhelo de imparcialidad e independencia por razones que no viene al caso debatir aquí, que la alternativa a los poco éticos comportamientos parciales y dependientes de muchos jueces, es la de la honestidad de la mayoría de los árbitros. Algunos, sin embargo, no lo ven así, pues sostienen que la función jurisdiccional del Estado y aquélla que ejercen privadamente los árbitros tienen una ética distinta. En síntesis, que la exigencia moral para los jueces debe ser una, la de esa imparcialidad e independencia, mientras que para los árbitros otra, donde esa imparcialidad e independencia no estén sacramentadas por el incombustible sello de lo absoluto, sino que estén oreadas apenas por los aromas de lo relativo. Tal es la tesis expuesta para el debate académico por algunos juristas.³ Una tesis que a falta de mejor nombre, nosotros llamaremos de aquí en adelante, la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros.

Veamos pues de qué se trata. Fundamentada, como habíamos dicho, en el Código de Ética para Árbitros de la AAA y de la ABA, la

último canon es, en muchos casos, la puerta abierta a las excepciones que liberan a los árbitros de parte del cumplimiento de los seis cánones precedentes.

El Código de Ética de la AAA, *Code of Ethics or Ethic Code* de 1977, fue reemplazado por el *Revised Code of Ethics for arbitrators* de 2004.

³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, pp. 293-302.

tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros sostiene que este código –al que tiene como última palabra en cuestiones morales de administración de justicia privada– «[...] tuvo en cuenta al momento de su redacción dos hechos importantes, los cuales se describen en el preámbulo: [...] El primero, que si bien los árbitros tienen la capacidad de resolver controversias como los jueces, éstos últimos se dedican exclusivamente a su labor, mientras que los primeros usualmente tienen otras ocupaciones que los distraen parcialmente cuando aceptan la designación como árbitros. Y, el segundo, que debe reconocerse la existencia de ‘árbitros de parte’. Estos dos hechos determinaron que el Código de Ética reconociera la necesidad de establecer por un lado, estándares de comportamiento distintos a los que se exigen a los jueces y, por otro lado, reconocer que a los árbitros de parte no se les puede exigir que actúen con la misma imparcialidad que se espera del tercer árbitro o Presidente del Tribunal Arbitral».⁴ Este es pues el razonamiento para justificar una moral diferente en el ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces y los árbitros.

Vayamos por partes. ¿Qué tiene que ver que los jueces se dediquen a tiempo completo y dedicación exclusiva a administrar justicia y los árbitros no, para que a ambos no se les mida con la misma vara ética a la hora de desempeñar la función jurisdiccional? ¿Significa acaso que a los jueces se les debe exigir un comportamiento ético *full time* mientras que a los árbitros sólo uno a medio tiempo? ¿O sea que porque los árbitros ‘tienen otras ocupaciones que los distraen parcialmente cuando aceptan la designación como árbitros’, es que no deben o no pueden ser igual de imparciales e independientes que los jueces? ¿Porque de esos comportamientos estamos hablando cuando nos referimos a la ética de la función jurisdiccional, verdad?⁵ ¿Cuáles son pues aquellas ‘otras ocupaciones’

⁴ *Idem*, pp. 296-302.

⁵ En lo que respecta a la función jurisdiccional de los árbitros, la Ley General de Arbitraje es bien clara:
Artículo 18.- «Disposición General

que eximen a los árbitros de ser imparciales e independientes? ¿Acaso aquéllas impresentables que la ética también le prohíbe a los jueces? Pues no lo sabemos ni tenemos respuesta. Lo que sí sabemos es que no existe lógica alguna entre la premisa de que los jueces ejercen su oficio con exclusividad y los árbitros no, y la conclusión de esta tesis que reza que la valoración ética del oficio del juez debe ser distinta a la del oficio de árbitro. Esto no es más que una falacia, burda, para más señas.

Aun así, este absurdo sirve de base para otra proposición, a saber, que la existencia de árbitros de parte es la exemplificación de que jueces y árbitros deben tener temperaturas morales muy distintas. En efecto, la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros sostiene, en líneas generales, que los árbitros de parte, en tanto son elegidos por ellas, deben guardar para con su parte ciertos deberes que van más allá de resolver el conflicto sometido a su juicio con justicia, esto es, con imparcialidad e independencia. Más bien, deben guiarse a la hora de resolver por lo que la parte que los eligió árbitros entendía que era ‘lo justo’. De ahí que según esta tesis, se deba «reconocer que a los árbitros de parte no se les pueda exigir que actúen con la misma imparcialidad que se espera del tercer árbitro o Presidente del Tribunal Arbitral» que no ha sido elegido por las partes. Se asume pues, así, sin medias tintas, que ser árbitro de parte significa ser un árbitro parcializado con y dependiente de la parte electora, mientras que sólo el así llamado ‘tercer árbitro’, en tanto ha sido elegido indirectamente, debería guardar –como un juez ideal– la neutralidad en las controversias sometidas a su juicio.

La tesis del árbitro parcializado y dependiente de su elector tiene un abono de olor bastante fuerte. Desde cómo concibe esta tesis la

Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional [...].»

designación del árbitro de parte, a muchos nos provoca suspicacias. En efecto. «[...] ¿cómo es que las partes designan a su árbitro? –según esta tesis– [...] La parte interesada buscará entrevistarse con su potencial árbitro a fin de averiguar si podrá ejercer el encargo y el costo de sus honorarios, *pero sobre todo lo hará para tratar de indagar acerca de cuál es su opinión general sobre el caso*. De no sentirse cómodo el interesado, simplemente buscará otro potencial árbitro. [...] Obviamente estos contactos previos entre los potenciales árbitros de parte y sus contratantes, *así como lo razonable que significará el elegir a una persona que por lo menos en líneas generales se incline en favor de la posición de la parte que lo elija*, debe confrontarse con la figura del tercer árbitro».⁶

Como puede verse, aquí no hay lugar para la sutileza y, por lo tanto, para la especulación. Las cosas son tal cual están dichas. Porque, obviamente, qué independencia e imparcialidad se puede esperar de ese potencial administrador de justicia llamado árbitro que adelanta opinión sobre un caso aún no sometido formalmente a su consideración, en miras de ser contratado, en función de su respuesta, por quien le solicita esa opinión. Qué neutralidad se le puede pedir entonces al que ya tomó partido, antes de convertirse en árbitro, por la pretensión de una de las partes y le dijo después de discutir el caso: «Oye hermanito, no hay nada que hacer, en esta vaina tú tienes la razón. Yo soy tu árbitro».

Así las cosas, una pregunta pertinente es qué va a arbitrar un árbitro como ése, o mejor dicho, qué función arbitral va a desempeñar. Pues, a todas luces, aquél que ya comprometió su opinión en favor de una de las partes y fue elegido árbitro en tal ‘virtud’, no es realmente alguien que va a administrar justicia privadamente, sino un procurador de la causa de una de las partes en el tribunal. Estamos pues en presencia de un ‘árbitro bamba’, de un impostor,

⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y, Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *Op. cit.*, pp. 293-296. (La cursiva es nuestra).

de un farsante, de un fraude en toda la expresión de la palabra. Se llega así a la terrible conclusión de que el mejor abogado de uno de los litigantes es el propio árbitro. Y esto da pie, por supuesto, a una moral invertida en la administración de justicia privada, a una ética cancerígena y en metástasis de un arbitraje así concebido. Porque si seguimos este curso de razonamiento, lo reñido contra la ética sería más bien que los árbitros de parte fallaran en contra de la parte que los eligió, ‘deshonrando’ el principio por el que fueron designados para integrar el tribunal arbitral, a saber, «lo razonable que significaría el elegir a una persona que por lo menos en líneas generales se incline en favor de la posición de la parte que lo elija, [...].» Virtualmente el mundo al revés, donde ser imparcial e independiente en el ejercicio de la función jurisdiccional es, para los árbitros de parte, una inmoralidad.

Esta concepción bastante excéntrica de la ética para con los árbitros de parte, es explicada por la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros, como ya habíamos adelantado, en razón de la libertad de elección de quienes en el arbitraje van a administrar justicia. Refiriéndose a la regla ética que exige de quienes van a administrar justicia, según la opinión general y el sentido común, imparcialidad, independencia, discreción y autonomía funcional, la controvertida tesis bajo comentario sostiene que este canon «bien podría aplicarse a los jueces y magistrados, donde las exigencias como la absoluta imparcialidad o discreción se condicen con la forma como son nombrados y por la manera como un litigio llega a su conocimiento. Los jueces y magistrados son designados directamente por el Estado y se supone acceden al conocimiento de una controversia por mecanismos que impiden su elección por alguna de las partes. De esta manera, al no intervenir los interesados ni en el nombramiento ni en la elección del juez, es lógico exigir a este último absoluta imparcialidad y discreción».⁷

⁷ *Idem*, pp. 293-296. El texto citado por Cantuarias y Aramburú, es un comentario sobre el artículo 18 de la derogada Ley General de Arbitraje.

Creemos que esto desvela la poca comprensión que esta tesis tiene de lo que es administrar justicia. Porque, el sentido común de cualquiera de nuestros lectores concederá que la imparcialidad, la independencia, la autonomía funcional y la discreción, son premisas insustituibles para cualquier correcta y eficiente administración de justicia, nada interesa si ésta es pública o privada. Y es precisamente porque esas virtudes flaquean en la realidad cotidiana de la justicia ordinaria, que esta justicia es aborrecida por la opinión pública. Y que el arbitraje –donde los demandantes de justicia tienen la posibilidad de elegir directamente a quienes encarnen la imparcialidad, independencia, autonomía funcional y discreción que deberían tener los jueces pero que por desgracia muchos no tienen– es la gran alternativa legal a esta justicia-problema.

Pero la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros no lo ve así. No ve al arbitraje como una solución a la falla moral de la que adolece la justicia ordinaria, acaso porque considere, como Hobbes, que el hombre es el lobo del hombre y que la corrupción y la deshonestidad son intrínsecas a la naturaleza humana y no hay un solo justo en este mundo. Pesimista, más bien ve en el arbitraje la legalización de lo inevitable, de lo inexorable, de lo trágico, de aquel indeseable relativismo moral que corroe a la justicia ordinaria y que en el arbitraje tendría patente de corso, en virtud del derecho que nos asistiría de elegir a nuestros ‘propios jueces’ parciales, dependientes e indiscretos. Y es que para esta tesis los hombres no tenemos la más mínima capacidad de elegir la honestidad, aunque paradójicamente la busquemos.

Ahora bien. Como un arbitraje que hiciera virtudes de los vicios que padece el Poder Judicial, no puede, en la vida real, solucionar ninguna controversia, puesto que para ello se necesita por lo menos una persona imparcial e independiente que contrapese a los procuradores de las partes enmascarados como árbitros en el tribunal,⁸ la

⁸ Esto es obvio porque si consideramos a los árbitros de parte como procuradores o abogados de las partes, esto es, como veladores de sus intereses, jamás

tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros concede que en ese tribunal de favoritismo desembozado, haya alguien neutral. Ese alguien no es otro que el tercer árbitro, aquél que no ha sido elegido por las partes y que, por lo tanto, según esta tesis, ‘no se debe’ a ninguna de las dos.

Lo primero que hay que resaltar aquí, es el reconocimiento –entre líneas– de que cualquier solución de controversias que implique una función jurisdiccional, pasa necesariamente por la imparcialidad, esto es, por el ejercicio ético de la administración de justicia. De ahí que esta tesis hace agua cuando sostiene la parcialidad de los árbitros de parte en tanto no se entiende el porqué de su participación en esos términos en un tribunal, si se admite implícitamente que no son ellos los que van a dirimir nada, precisamente por estar parcializados, sino que lo hará aquél que no lo está, es decir, ese tercer árbitro presidente del tribunal. Como se ve pues, a la luz de esta tesis, los árbitros de parte salen sobrando.⁹

podría haber fallo alguno. Se requiere alguien que rompa el conflicto, dándole la solución que los árbitros de parte, por la naturaleza que le da esta tesis, no le pueden dar.

⁹ En efecto, comentando el artículo 41 de la derogada Ley General de Arbitraje, Cantuarias y Aramburú sostienen que «Esta aproximación completamente diferente que tienen las partes para con ‘sus árbitros’ y para con el ‘presidente’, conlleva una serie de consecuencias importantes. Una de éstas por ejemplo es la de reconocer en el tercer árbitro, mayores poderes. Así, por ejemplo, nuestra LGA establece expresamente en su artículo 41 que salvo acuerdo en contrario en los casos de empate dirime el voto del presidente [y si] no hubiera acuerdo mayoritario, decide el ‘presidente’. Si el sistema jurídico reconoce en los hechos, mayores poderes al tercer árbitro para dictar él solo el laudo arbitral en razón de su falta de vinculación con las partes, pues es válido afirmar que también debe reconocerse que los ‘árbitros de parte’ no tienen por qué ser lo imparciales o discretos como sí debe ser el Presidente del Tribunal Arbitral». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *Op. cit.*, pp. 293-296.

Entonces, volvemos a preguntarnos, ¿para qué sirven los árbitros de parte en un tribunal donde el tercer árbitro puede laudar él solo? Es más, el tercer árbitro, según esta tesis, siempre laudará solo porque los de parte tienen todo el derecho y hasta el deber de no ser imparciales ni independientes.

Una segunda consideración es que si se admite que el principio de la libertad de elección es el que funda, en el arbitraje, la parcialidad y dependencia de los árbitros de parte, no vemos por qué no deba fundar igualmente la adicción del tercer árbitro a una de las partes, por razones ajena a la justicia y que el lector ya podrá adivinar. Después de todo, por lo general, éste también es elegido libremente por los árbitros de parte. ¡Y vaya qué árbitros! Aquéllos que no ven ningún inconveniente moral en inclinarse desde antes incluso de su designación, por la pretensión de la parte que los eligió como tal. Además, si tenemos en cuenta la premisa que subyace a esta tesis que, dada la naturaleza humana, los hombres, puestos a elegir un juez, lo harán por uno que se incline ante ellos, no vemos por qué razón el tercer árbitro deba ni pueda ser imparcial e independiente. Como vemos, si seguimos los ‘principios lógicos’ de la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros, ningún árbitro puede, en verdad, ser el justo medio de la justicia.

Y sin embargo, para que la justicia funcione, esto es, para que sea eficiente, tiene que existir ese justo medio que la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros no puede deducir de sus propias premisas, aunque reconoce que sin justo medio, no hay arbitraje posible. Así pues, abandónase aquí la ‘lógica’, si alguna vez la hubo, para rendirse ante la fe, ante el milagro de que unos árbitros casquianos terminen, por iluminación del espíritu santo, eligiendo a un puritano para que los presida y haga posible el arbitraje. Explicitase entonces, en toda su magnitud, la relatividad moral de esta tesis que avala la heterodoxia moral para los árbitros de parte y se rasga las vestiduras por la ortodoxia ética del tercer árbitro electo por esos heterodoxos.

Porque, en efecto, como aquellos pecadores que para expiar sus culpas exigen de sus autoridades alas y aureola, al tercer árbitro esta tesis le pide poco menos que el ascetismo. Llega al extremo incluso de vetar toda relación de amistad personal y familiar, y todo vínculo social del ‘árbitro neutral’ con las partes, para que no queden dudas de su imparcialidad. Así pues, si ya es «inconveniente»

para ser elegido tercer árbitro ser amigo de una o ambas partes, o de algún miembro de sus familias, o ‘habitúes’ de un mismo salón de billar, y, aun así, es elegido tercer árbitro quien tiene estas ‘máculas’, la tesis de la Relatividad Moral de los Árbitros sostiene que lo propio es que el árbitro neutral –para demostrar que lo es– suspenda su comercio amical-personal, familiar y social con las partes, no sólo mientras dure el arbitraje, sino incluso bastante tiempo después.¹⁰

Se nos tendrá que conceder que esto es demasiado. No hay que olvidar nunca que lo pasajero es el arbitraje, no la amistad. Y que ser amigo o tener relaciones de amistad, familiares o sociales con las partes no tienen por qué suspenderse por un arbitraje, por la sencilla razón de que los árbitros no deben fallar en razón de la amistad, si no en razón de quien está amparado por la ley. Y aquello de que «soy tu amigo pero finjo no serlo hasta que se laude, así que no me toques la puerta de mi casa y si me encuentras en el bar no te atrevas a pasarme la voz por favor, que la imagen lo es todo, sobre todo cuando de relativismo moral se trata», ciertamente no merece más comentario que el silencio.

¹⁰ Comentando las normas aplicables al tercer árbitro del Código de Ética de la AAA y de la ABA, Cantuarias y Aramburú dicen que: «[...] Asimismo se puntualiza que una vez que los árbitros han aceptado el encargo y mientras lo ejerzan, deben evitar cualquier relación financiera, comercial, profesional, familiar o social con algunas de las partes que pudiera dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad. Esta obligación debe mantenerse por un tiempo razonable luego de que los árbitros hayan laudado.

Sobre esta última exigencia ética, el canon VII establece su inaplicación a los árbitros de parte –o sea que todo lo anterior sólo se aplica al tercer árbitro–. Esa situación obviamente se reflejará al momento de plantearse alguna recusación o cuando se intente anular el laudo arbitral, ya que las exigencias éticas serán mucho más estrictas para los árbitros neutrales que para los árbitros de parte». *Idem*, pp. 296-302.

Aquí no está de más recordar que un laudo arbitral, al menos en nuestra legislación, jamás puede anularse por imputaciones éticas. Los laudos sólo se anulan por cuestiones formales. Las imputaciones éticas son resueltas por la recusación de los implicados que sólo podrá actuarse antes o durante el proce-

Poco es lo que queda así por decir de una tesis rasputinesca¹¹ que para justificar la relatividad moral de un tipo de árbitros –qué otra cosa es lo que esta tesis entiende por ‘árbitros de parte’– pretende que el «tercer árbitro» sea elevado a los altares.

Nosotros sostenemos, por el contrario, que en el arbitraje no tiene por qué haber esa dicotomía esquizofrénica entre ángeles y demonios, pues los hombres, ni son unos ni otros. Un árbitro es un administrador de justicia cuya virtud esencial, por encima incluso de sus conocimientos, es la de ser honesto en el trabajo para el que ha sido contratado, a saber, el de impartir justicia. Y no hay otro modo de impartir justicia, esto es, de desempeñar a cabalidad la función jurisdiccional, que la evaluación de los argumentos de las pretensiones de las partes en el proceso, con imparcialidad e independencia de esas partes.¹² Y el arbitraje, en virtud del principio de libertad de elección de esos administradores de justicia, se erige, frente a la judicatura a la cual le es negado ese principio, en la mejor forma de obtener la honestidad –y lo que ella implica– de los hombres y mujeres llamados a dirimir una controversia.

Éste es el canon ético fundamental que permitirá a cualquier árbitro, no importa por quién haya sido elegido, conducirse correctamente en cualquier situación relacionada con la responsabilidad moral de administrar justicia. Quienes lo sigan, harán del arbitraje una institución cada vez más querida, respetada y sólida en nuestra sociedad, devolviéndole la esperanza en la justicia.

so, pero siempre hasta antes de la finalización de la etapa probatoria. Una vez finalizada esta etapa, es improcedente cualquier cuestionamiento ético al laudo en función de los árbitros, por la sencilla razón de que las partes tuvieron todo el proceso para efectuarlo y si no lo hicieron no hay razón para que lo hagan después.

¹¹ Rasputín, el monje ruso que selló la suerte de la dinastía Romanov, sostenía que para ser perdonado y salvo, había antes que pecar mucho. Así, mientras más pecador se era, mayor sería el perdón y la santidad.

¹² Sin embargo, no está de más recordar que en el laudo, los árbitros deben tomar partido por las pretensiones de una de las partes.

Capítulo VIII

RECUSACIÓN

Árbitros: ¡En ustedes confiamos!— Cuando la confianza se rompe.— Recusación.— Los recusados por descalificaciones legales.— Los recusados por descalificaciones éticas.— La recusación en los reglamentos arbitrales: Un espejo de la ley.— El caso del Reglamento Procesal de la Cámara de Comercio de Lima y su Código de Ética.— ¿Qué se entiende por imparcialidad e independencia?— Una respuesta lírica.— Supuestos y sospechas de las conductas contrarias.— El quid del asunto.— Deberes de declaración de los árbitros.— Cuándo su infracción es causal de recusación.— Exégesis.

El lecho por donde deben encausarse fluidas y cristalinas las aguas de un proceso jurisdiccional, nada importa si es éste público o privado, se llama confianza. Cuando, de pronto, lo que era una entusiasta travesía hacia la justicia empieza a turbarse, cuando las aguas ya no fluyen sino se estancan retenidas por cúmulos de desperdicios que no figuraban en el mapa, cuando de la hermosa transparencia del inicio no queda más que una ciénaga y nos sentimos návegando sobre un huayco, y los capitanes nada ven, nada oyen y nada hacen para cambiar de rumbo sino que por el contrario se solazan en el fango, entonces, el naufragio de la justicia se avecina porque la confianza en sus administradores no existe ya. Empero, no todo está perdido. Para salvar del hundimiento a quienes están embarcados en el proceso se requieren medidas extremas. La defenestración inmediata de los capitanes, jueces o árbitros según el caso, es un imperativo. La supervivencia de la justicia está en juego. Así pues, la ley permite, bajo ciertos límites causales, el rechazo de quienes en su calidad de directores del proceso han perdido, justificadamente, la confianza de las partes. De esto se trata la recusación.

De suyo va que aunque la desconfianza en el administrador de justicia es la razón de ser de la recusación como instrumento jurídico para restaurar la fe en el proceso, esta desconfianza tiene varios matices de los que dependerán las diferentes causales de recusación. En efecto. Si bien es cierto que la confianza es un acto voluntario y personal, esto es, que generalmente otro no confía por uno, sino que somos nosotros, con base en nuestra experiencia, los que depositamos o quitamos nuestra confianza en y a alguien, existen casos en que la ley desconfía por nosotros. Sí. La sociedad desconfía *a priori* de que determinados sujetos, independientemente de sus calidades personales y profesionales, puedan hacer justicia. Tal es el caso, en el arbitraje, de aquellas personas comprendidas en el inciso 1, artículo 28, de la Ley General de Arbitraje que regula las causales de recusación.¹

Este inciso, cuya aplicación en la realidad es escasa, asume como premisa que la sociedad no puede confiar en que aquellas personas a las que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley, puedan llevar un proceso arbitral libre de toda sospecha contra la justicia. Se presume así que no puede haber justicia arbitral idónea con quienes no tienen las calificaciones legales para ser árbitros o que, teniéndolas, están impedidos de serlo por una circunstancia transitoria, a saber, el cargo público que ocupan o han ocupado. De este modo, la sociedad de la que formamos parte, a través de la ley, veta la confianza en estas personas para desempeñar la función arbitral, sin que haya habido una experiencia real y directa de los interesados, es decir, las partes en un proceso de arbitraje, que dé origen a esa desconfianza. No obstante ello, la recusación contra estos protoárbitros debe producirse porque de lo contrario, así tuviesen las partes fe ciega en ellos, el arbitraje será nulo de acuerdo a ley, perjudicándose así el primordial interés de las partes: solucionar la controver-

¹ Artículo 28.- «Causales de recusación

Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causales siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26 [...].».

sia que las separa. Sea como fuere, es difícil que la experiencia registre recusaciones por esta causal en un proceso arbitral.

Todo lo contrario sucede con las hipótesis de recusación contempladas en los incisos 2 y 3 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje.² Referidos a la infracción de las normas reglamentarias sobre recusación a que las partes han querido someter el arbitraje y al incumplimiento real o aparente del deber de los árbitros de administrar justicia con independencia e imparcialidad, estos incisos – que se relacionan estrechamente como se verá – son los que registran las hipótesis más frecuentes de los casos que dan lugar a las recusaciones en el quehacer arbitral. Y están referidos casi con unanimidad a la idoneidad moral de los árbitros, o mejor dicho, a su falta de idoneidad moral que hemos expuesto metafóricamente en el primer párrafo de este capítulo, como ejemplo emblemático de una circunstancia que da lugar a una recusación. No es coincidencia pues que el tema de la recusación siga al de la ética. Porque por lo general, la experiencia enseña que se recusa a un árbitro fundamentalmente por cuestiones éticas.

En efecto. Para nadie que esté imbuido académica o profesionalmente en el tema del arbitraje es una sorpresa que las causales de recusación previstas en los reglamentos arbitrales se refieran expresamente a la conducta ética de los árbitros. Así pues, cuando el inciso 2 del artículo 28 de la Ley sanciona como causal de recusación de un árbitro su apartamiento del eventual reglamento arbitral al que está sometido el arbitraje, no hace más que expresar que ese apartamiento lo es, fundamentalmente, de la ética. Y la ética del comportamiento de un árbitro es la imparcialidad e independencia que éste debe guardar en su función jurisdiccional y sobre la cual

² Artículo 28.- «Causales de recusación

[...] 2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.

3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia».

no puede haber duda posible, tal como lo establece el inciso 3 de la norma bajo comentario.

Pruebas al canto. Uno de los reglamentos más utilizados en el Perú en lo que a arbitrajes se refiere, el Reglamento Procesal de la Cámara de Comercio de Lima, establece como causales de recusación dos hipótesis. La primera coincide plenamente con la del inciso 1 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje, esto es, aquella hipótesis que pocas veces se verifica en la realidad y que tiene que ver con las calificaciones legales de los árbitros y con las personas impedidas de actuar como tales en atención a la investidura pública de la que gozan o, según el caso, que han gozado.³ Ésta es la hipótesis de la falta de confianza social en estas personas para administrar la justicia arbitral y que permite su recusación.

La segunda hipótesis a la que alude el reglamento procesal de la Cámara es copia fiel del supuesto del inciso 3 del artículo 28 de la Ley. Palabra por palabra se declara recusables a aquellos árbitros que ponen con sus actos en tela de juicio su imparcialidad e independencia.⁴ En otras palabras, sujetos de recusación son los árbitros cuya conducta ética es dudosa. Esta hipótesis es la que incide en la experiencia concreta de las partes de un proceso arbitral que, por razones justificadas, han perdido la confianza en la actuación de los árbitros. De suyo va que aquellas ‘justificadas razones’ que no están en la Ley, sí están por lo general en los reglamentos arbitrales a los que las partes se encuentran sometidas. Específicamente se hallan legisladas en los códigos de ética, donde habrá que remitirse

³ En efecto. Dice el artículo 32 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que: «Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causales siguientes:

a) Cuando no reúnan los requisitos previstos en la Ley y en el Estatuto [...].»

⁴ Artículo 32.- «[...]

b) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Las partes no podrán recusar a los árbitros designados por ellas, a menos que la causal de recusación sea sobreviniente al nombramiento».

para saber cuándo existe en el derecho positivo razón suficiente para dudar de la imparcialidad e independencia de un árbitro y proceder legítimamente a solicitar su recusación.

Así pues, un problema que se plantea a estas alturas de nuestro estudio sobre la recusación y sus causales, es que, siendo las que se verifican abrumadoramente en la realidad de orden ético, la Ley no dice nada más allá de lo contemplado en el inciso 3 del artículo 28. En este sentido, para profundizar sobre estas causales de recusación, es menester analizar normas que no son ya de orden público, sino que su esfera pertenece al ámbito de lo privado, como es el caso de los reglamentos procesales de los centros de arbitraje y sus códigos de ética, que la Ley hace de cumplimiento obligatorio solamente si las partes se han sometido por un contrato voluntariamente a ellos.

No es nuestro interés hacer aquí una exégesis de todos los reglamentos y códigos de ética de los centros de arbitrajes que, por lo general, en cuanto a la recusación por estas razones se refiere, dicen cosas muy parecidas. Sin embargo, es imperativo para proseguir con nuestro estudio, analizar al menos uno de estos reglamentos y códigos privados, en virtud de que es allí donde nos remite la Ley. Debemos pues discriminar y elegir. No lo hacemos arbitrariamente. Hemos elegido los de la Cámara de Comercio de Lima en función de su importancia por lo difundido de su aceptación en tanto normas a las que las partes de un arbitraje suelen someterse, sean los arbitrajes administrados por la misma Cámara o sean éstos *ad hoc*. De otro lado, los supuestos de infracciones éticas que dan lugar a recusaciones a los que hacen referencia las normas reglamentarias de este centro arbitral, son los que se producen con más frecuencia en la realidad, y por lo tanto son una magnífica muestra representativa para nuestro estudio.

Como ya habíamos visto, el Reglamento Procesal de la Cámara nos remite, en su artículo 32, literal b), que regula las causales de recusación por falta de independencia e imparcialidad de los árbitros, al Código de Ética de la misma institución. Allí se especifica

qué se entiende por imparcialidad e independencia. También bajo qué supuestos se produce o se sospecha que se produce la parcialidad o dependencia de los árbitros en relación con una de las partes del arbitraje. De este modo, el artículo 5 del Código de Ética que se refiere a los deberes de declaración de los árbitros, y el artículo 6, que establece los elementos determinantes de la imparcialidad e independencia del árbitro, son los ejes para el estudio de las causales éticas para la recusación de los árbitros.

En realidad, el artículo 6, al tener una función meramente explicativa de lo que se debe entender por parcialidad y dependencia de los actos arbitrales, está sometido a la subjetividad de la interpretación.⁵ Por ello, para nosotros, es sólo una referencia complementaria a lo verdaderamente importante en lo que a causales de recusación se refiere, esto es, que estén explícitamente identificadas como tales en el reglamento al cual estén sometidas las partes. El artículo 5 del Código de Ética de la Cámara cumple a cabalidad con esta función. Por lo tanto es clave para determinar exactamente cuándo se puede recusar a un árbitro por cuestiones morales.

⁵ En efecto, este es un artículo meramente conceptual y señala el significado de parcialidad y dependencia, pero no dice en qué hipótesis concretas éstas se producen o se duda de que se producen, pese a la engañosa redacción de la norma.

Artículo 6.-

«6.1 Se produce parcialidad cuando un conciliador o árbitro favorece indebidamente a una de las partes o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia o litigio. La dependencia surge entre el conciliador o árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella.

6.2 Genera dudas sobre su imparcialidad si un conciliador o árbitro tiene interés material en el resultado de la controversia o del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobre la imparcialidad pueden quedar sotilizadas mediante la declaración prevista en el artículo 5 del presente Código [...].»

Ergo, el artículo 5 contiene los supuestos de las dudas objetivas sobre parcialidad y dependencia de los árbitros.

Como habíamos adelantado, el artículo 5 del Código de Ética de la Cámara sanciona el deber de declaración de los árbitros sobre hechos o circunstancias que, a juicio de la Cámara, importan para que sobre el arbitraje no quepa sombra de duda. Sin embargo, de acuerdo a esta misma norma, no todas las infracciones a estos deberes son causales de recusación. En efecto, sólo las producidas contra los seis supuestos contenidos en el numeral 5.3 del artículo 5, parecen dar pábulo a una recusación de árbitro. Esto queda claro en el párrafo final del numeral en cuestión cuando establece que «El no revelar tales hechos o circunstancias u otros similares dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para su descalificación –como árbitro–».

En otras palabras. Las ‘justificadas razones’ de las partes de un proceso arbitral para dudar o estar seguro de la falta de idoneidad moral de los árbitros se encuentran objetivadas en el incumplimiento, por parte de los árbitros, de estos seis deberes de declaración.⁶ Y, aunque hay más deberes de declaración que estos seis contenidos en el numeral 5.3 –específicamente aquellos del numeral 5.4 que también son seis–, sólo procederá inequívocamente la recusación de un árbitro por no haber revelado lo que establece el numeral 5.3. Y esto, porque los deberes establecidos en el numeral 5.4 del Código de Ética de la Cámara no aparejan al incumplimiento del deber, una sanción como es la de recusar al infractor. De este modo, quien recuse a un árbitro por infringir alguno o varios de los deberes de declaración contenidos en el numeral 5.3, está amparado por la misma norma reglamentaria para que su pretensión sea de-

⁶ Estos deberes se fundan legalmente en el artículo 29 de la Ley General de Arbitraje. Dice:

Artículo 29.- «Obligación de informar y dispensa

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que se haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión [...].».

clarada fundada. Esto no sucederá necesariamente si la recusación se funda en la violación de los deberes contenidos en el numeral 5.4.

Veamos pues por qué supuestos de silencio, antes o durante el proceso, un árbitro puede ser recusado al implicar ese silencio una duda razonable sobre su imparcialidad.

Dice el numeral 5.3 del Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima que «El futuro [...] árbitro deberá revelar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia. Enunciativamente deberán considerar, entre otros, los siguientes hechos o circunstancias: a) El tener relación de parentesco o dependencia con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores [...].».

Lo primero que hay que decir es que tal como está planteada la norma, una relación de parentesco o dependencia del árbitro con los mencionados en el literal a) de este artículo, no necesariamente descalifica al árbitro. Lo que lo descalificaría moralmente es que no declare la relación. Es este silencio el que sirve de base para recusarlo según el reglamento.

En efecto. Una relación de parentesco con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores no es razón suficiente como para recusar a nadie porque de esa relación no puede inferirse necesariamente otra de parcialidad con el pariente. El caso no es el mismo cuando estamos en presencia de una relación de dependencia. Aquí sí puede presumirse que quien depende de la hacienda de otro para cubrir sus necesidades en el mundo, necesariamente se verá inclinado a no contrariar los intereses de aquél de quien depende su suerte. Así pues, la dependencia, a diferencia del parentesco, sí implica parcialidad.

Por ello consideramos inadecuado que a ambas relaciones se les haya dado igual tratamiento. Porque, como hemos visto, un pariente

te puede ser árbitro en un proceso donde alguien de su parentela es parte o representante, abogado o asesor de ella. De ser el caso, la declaración oportuna de este parentesco sin que éste importe el rechazo de la otra parte a la función arbitral del declarante, supone su imparcialidad.⁷ En cambio, un dependiente jamás podrá ser árbitro porque la Ley exige en su artículo 18,⁸ precisamente, que el árbitro sea independiente de los otros actores del proceso. Y la declaración de dependencia no lo hará independiente. Aquí la dependencia es un hecho objetivo que lo inhabilita como árbitro y cualquier declaración sobre su existencia es absolutamente inútil si con ella se pretende ejercer la función arbitral en ese proceso determinado.

El segundo deber de declaración cuya inobservancia puede traer como consecuencia una recusación es «[...] b) El tener relación de amistad íntima o frecuencia en el trato con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores [...].».

Aquí nuevamente la norma no ha sido, en nuestro criterio, bien planteada. Veamos por qué. Es entendible cualquier suspicacia que pudiera producirse de la amistad íntima o trato frecuente entre un árbitro y una de las partes. Por eso no es descabellado suponer, como lo hace la norma, que la íntima amistad predisponga favorablemente al árbitro para con su amigo, parte del proceso. Sin embargo y como en el caso del parentesco, esto es una suposición y no una certeza. Por lo tanto, la norma hace bien cuando exige en el caso de la relación de amistad o trato frecuente entre el árbitro y alguna de las partes, la declaración de estos hechos por el árbitro en

⁷ En efecto. El artículo 29 de la Ley en su último párrafo dispone que «[...] Las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos».

⁸ Artículo 18.- «Disposición general
Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, [...].».

cierne. Ésta basta para demostrar su buena fe, la que será evaluada por la otra parte, la cual puede o no recusarlo legítimamente según su parecer.

Caso totalmente distinto es el de la relación de amistad íntima o trato frecuente del árbitro con alguno de los representantes, abogados o asesores de alguna de las partes del proceso. Es nuestro parecer que aquí el deber de declarar tiene un sentido bastante discutible, sino hasta frágil. Y ello porque el mundo de los arbitrajes en las sociedades latinoamericanas y sobre todo en el Perú, es por el momento muy restringido. De ahí que quienes actúan en él no sólo tienen un trato frecuente, sino que desarrollan amistades poderosas, de donde no es difícil hallar que en un proceso arbitral, todos los actores, con la probable excepción de las partes, o se hayan tratado frecuentemente o sean íntimos amigos entre sí. Lo que queremos decir con esto es que en un círculo cerrado como es por el momento el de la jurisdicción arbitral, la probabilidad de relaciones amistosas y trato frecuente entre árbitros, abogados, asesores y otros profesionales dedicados a la administración de la justicia privada, es muy alta. Ello hace que no tenga mayor sentido declarar algo que tiene probabilidad estadística elevada de ocurrir y que es parte de la realidad del arbitraje. Y nótese que la recusación por motivo de esta causa, independientemente de si se declara o no, implicaría en corto tiempo el desplome de la actividad arbitral, ante la desaparición de operadores jurídicos descalificados por amistad o trato frecuente. Por lo demás, la sospecha de falta de imparcialidad que pudiera sugerir la amistad íntima o el trato frecuente entre árbitros, abogados, representantes o asesores de alguna de las partes, no se funda en sólidas razones. Y esto porque el mismo hecho de que todos los involucrados mencionados se conozcan de tratos frecuentes o sean amigos, disuelve precisamente por ello, la probabilidad de parcialidad. En lo que atañe a este extremo de la norma, creemos que el Código de Ética de la Cámara ha reglamentado de espaldas a la realidad.

Un futuro árbitro también puede ser recusado por no declarar el hecho: «[...] c) –de– tener litigios pendientes con alguna de las par-

tes [...].» Este hecho es en sí mismo una causal de recusación de los jueces en todo proceso civil. Se entiende que las probabilidades de un juicio justo se desvanecen si el juez de una causa está en pleito judicial, como parte de otro proceso con una de las partes que eventualmente también está sometida a su jurisdicción. Obviamente cualquier pleito resiente voluntades y predispone a la animadversión. Con ésta, esfúmase la imparcialidad y la posibilidad de hacer justicia. Pero la pregunta es si la parte perjudicada va a esperar a que el juez declare tener un litigio pendiente con ella. Aquí lo más probable es que la parte advierta este hecho antes de cualquier declaración.

Por eso decimos que es el hecho de tener un litigio juez-parte el que es, en sí mismo, una causal de recusación del juez.

En el caso de los árbitros la razón analógica es la misma. Por ello, si bien el literal c) del numeral 5.3 establece que es la no declaración formal de este hecho la que da lugar a la recusación y, por tanto, no el hecho en sí mismo, lo cierto es que cualquier árbitro que se respete moralmente no tiene nada que declarar, sino simplemente inhibirse de aceptar el encargo de árbitro.

Ha sido un acierto de la norma no considerar el deber de declarar un pleito de patrocinio judicial o arbitral pendiente de los árbitros con los abogados o asesores de una o ambas partes en el proceso arbitral. Porque, en efecto y tratándose sobre todo de arbitrajes de Derecho, no son remotas las probabilidades de que el árbitro y los abogados, asesores o representantes de alguna de las partes en un arbitraje, tengan pendientes como patrocinantes, en otros procesos judiciales o arbitrales, «pleitos» entre sí como consecuencia del ejercicio de su profesión de abogados. Pues los abogados patrocinan causas y pelean jurídicamente por ellas con otros abogados. Ello es absolutamente normal y por tanto sería absurdo descalificar a un árbitro por este hecho. Después de todo, el árbitro va a hacer justicia a las partes, y no a sus representantes, abogados o asesores, con quienes podría tener un «pleito» de patrocinio en otro proceso, en

el marco del quehacer profesional. Demás está decir que si el pleito ha pasado la frontera profesional, hecho que bien podría darse, es al abogado, representante o asesor de una de las partes –y no al árbitro– a los que les correspondería alejarse del proceso arbitral, por el bien de los intereses de su patrocinado. En lo que toca a la moral, quedarían éstos como duques.

Ahora bien, ¿qué sucede si el árbitro de un proceso es parte de otro proceso, junto con los que fungen de abogados, asesores o representantes de la parte en el proceso del que es árbitro? Pues aquí también decimos que los que se deben retirar son, según el caso, los susodichos abogados, asesores o representantes. Y la razón es aquí que cualquier motivo de discordia la generan ellos y no el árbitro que es, no lo olvidemos, más importante que ellos en el proceso arbitral.

Así que, si se trata de irse para evitar problemas de parcialidad, tienen que hacerlo quienes pueden ser sustituidos o reemplazados más fácilmente en el proceso: los abogados, asesores o representantes.

El cuarto deber de declarar una circunstancia o hecho cuya omisión podría ser causal de recusación se refiere a «[...] El haber sido representante, abogado o asesor de una de las partes o haber brindado servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen u opinión o dado recomendaciones respecto del conflicto [...].»

Esta regla contiene dos supuestos. Empecemos por el último cuya lógica es patente. Puede ser recusado el futuro árbitro que no declare formalmente que con relación al conflicto que se pretende someter a su juicio arbitral, él ya tuvo una relación profesional diferente a la de árbitro. Pues brindó sus servicios profesionales asesorando, emitiendo dictámenes u opinando o simplemente recomendando algún curso de acción, respecto de ese conflicto, a una de las partes. Se supone por tanto que ya tiene una opinión formada sobre el caso antes del proceso arbitral, que lo descalifica para hacer

justicia allí. En nuestra opinión, es el hecho mismo el que lo descalifica, y no, como pretende la norma del Código de Ética de la Cámara, la falta de declaración.

Y ojo que aunque las mayores probabilidades para su descalificación como árbitro provengan de la parte a la que no brindó sus servicios o consejos profesionales, nada obsta para que aquella a la que sí se los brindó pueda también descalificarlo. Y esto porque el adelanto de opinión o simplemente la opinión que se formó durante la asesoría, pudo haber sido desfavorable a su cliente de entonces y del que hoy pretende ser árbitro.

Un error de la norma en este supuesto bajo comentario, ha sido personalizar el hecho del servicio profesional brindado por el futuro árbitro a una de las partes sobre el conflicto materia de arbitraje. Lo cierto es que tal atención profesional ajena al arbitraje tendría similares reparos si ésta hubiese sido brindada por la empresa o estudio de abogados del futuro árbitro, aun si éste no hubiere participado directamente. Aquí nos sería lícito suponer que el futuro árbitro está comprometido con los actos y opiniones de su centro de labores profesionales. Por tanto, que no puede desempeñar con imparcialidad ni independencia su función. Sin embargo, sobre este caso la norma no exige siquiera el deber de declaración. Habrá que recurrir al literal a) del numeral 5.3 del Código de Ética de la Cámara para poder tener la posibilidad de recusar al árbitro en atención a su relación de dependencia con el centro jurídico que brindó servicios a una de las partes. Consideramos que aquí también, no se debe esperar siquiera una declaración formal del futuro árbitro sobre este supuesto, sino que apenas conocida la identidad de las partes, por un mínimo de decoro, deberá rechazar el nombramiento.

El otro supuesto contenido en el literal d) bajo comentario es el del deber del futuro árbitro de declarar si alguna vez prestó servicios profesionales a alguna de las partes que pretenden someter su litigio a su arbitrio. Aquí no se habla del tiempo presente ni del futuro, esto es, si el potencial árbitro es abogado, representante o ase-

sor de una de las partes en otros litigios, o si lo será porque así lo estipula un contrato, aun cuando no haya llevado en los hechos todavía ningún asunto o caso de la parte. Porque cuando un letrado o un profesional cualquiera lleva casos o asuntos o se compromete a llevarlos en el futuro, establece una relación de dependencia con su cliente, por lo que no puede a la vez ser su árbitro en un proceso arbitral, aun si los asuntos o casos que lleva no tuviesen nada que ver con la controversia que origina el arbitraje. La descalificación aquí procede por la simple relación de dependencia.

Sin embargo, no existe una relación de dependencia ni necesariamente una disposición de parcialidad cuando en el pasado, el potencial árbitro brindó algún servicio profesional a alguna de las partes –que bien puede haber sido a ambas– del arbitraje. El supuesto nada dice de la frecuencia con que estos servicios profesionales se han producido, ni tampoco de su volumen. Puede haber sido prestado hace veinte años como anteayer, y puede haber sido un caso de poca monta como varios de mucha que han podido constituir la principal fuente de ingresos de la firma o de la persona natural que los prestó. Como las normas no pueden ponerse en el caso por caso para presumir cuándo hay mayores probabilidades de parcialidad hacia un antiguo cliente, dispone con acierto que en este supuesto debe declararse cualquier trato que haya habido y por lo tanto, dependerá de la voluntad de las partes evaluar esa situación. Pero adviértase que, de declararse este supuesto, no existiría ya una causal de recusación aquí, a no ser que nos zambullamos en la subjetividad de que «Las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento –de árbitro–, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza –¿cuál?– que puedan afectar la decisión del [...] árbitro», según lo dispone el numeral 6.4 del mismo Código de Ética de la Cámara.

Una observación pertinente es que ni ésta ni ninguna de las cinco normas cuya infracción de declaración podría, objetivamente, dar lugar a una recusación, se ponen en el supuesto de una relación –

ajena al parentesco— que podría existir entre el árbitro y un miembro de la familia de alguna de las partes, por ejemplo, un futuro árbitro que es abogado del padre de una de ellas. Lo que creemos es que para algunos casos que podrían estar en este supuesto, como el del ejemplo, el Código de Ética de la Cámara ha considerado la existencia objetiva de una relación de dependencia que por sí misma descalifica al futuro árbitro, independientemente si éste esté obligado o no a declarar tal relación. En otras palabras, que hay supuestos en que la declaración de una relación de dependencia es trascendente porque la relación de dependencia se asume de pleno derecho.

En efecto. Si al ejemplo enunciado aplicamos la regla del numeral 6.1 en su última frase que reza que «La dependencia surge de la relación entre el [...] árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella», podemos inferir que la relación padre-hijo es una vinculación de este tipo. Por lo tanto, que existiría una relación de dependencia que da lugar a una recusación de acuerdo al artículo 28, inciso 3 de la Ley. Pero si en este ejemplo elegido por nosotros la vinculación estrecha es evidente, en otros no lo es tanto. ¿Qué debe pues entenderse en la regla del numeral 6.1 por vinculación estrecha? ¿La familia de una de las partes con alguien a su vez relacionado con el futuro árbitro? ¿Las amicales? ¿Las profesionales? ¿Las de negocios? Si bien es cierto, como se verá más adelante, que el Código de Ética de la Cámara trata de objetivar alguna de ellas, la subjetividad no deja de revolotear ensombreciendo la claridad que debería tener el tema de las causales éticas de la recusación.

Una circunstancia que podría dar lugar a una recusación y que vincula la ética con el conocimiento, es el deber de declarar «El no estar suficientemente capacitado para conocer de la controversia, tomando en cuenta el contenido de la disputa y la naturaleza del conocimiento», tal como lo señala el literal e) del numeral 5.3. En este caso, efectivamente, la no declaración es una infracción ética que podría ser causal de recusación, pero el fondo del asunto versa

sobre el conocimiento. En otras palabras, no es ningún pecado ser ignorante, el pecado es ocultarlo.

En efecto, el sentido de la norma es que en el arbitraje, nadie puede descalificar a una persona por lego –después de todo, los arbitrajes de conciencia son la mejor prueba de ello–. Sí, en cambio, por no haber notificado a las partes su condición de tal. El problema radica aquí en establecer qué entendemos por lego. Y la única forma de hacer objetiva la respuesta es a través de los títulos profesionales. En Derecho, objetivamente es lego quién no tiene un título profesional de abogado, aunque en los hechos hayan abogados que de Derecho poco o nada sepan y legos a los que sólo les falta tener el título de abogado. Y lo mismo con otras ciencias y artes. De tal manera que se entiende –y, en especial, así lo entienden los profesionales titulados– que el título profesional es el certificado objetivo que califica a las personas para absolver satisfactoriamente los problemas que el conocimiento impone a su profesión. En este sentido, nuestro ordenamiento legal asume, por ejemplo, que cualquier abogado está capacitado para resolver una controversia de orden jurídico, independientemente de si esto se verifica o no en la realidad.

Pese a esto, el literal e) del numeral 5.3 del artículo 5 del Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima es pertinente.

Porque aunque el título profesional es un barómetro de objetividad en el afán de saber quién es lego y quién no, lo cierto es que los títulos profesionales nada dicen de la especialización que en una ciencia dada pueda tener la persona que lo ostenta. Así por ejemplo, un abogado puede ser absolutamente ajeno a una rama de su ciencia que ocupa un lugar fundamental en la solución de un arbitraje determinado, y por consecuencia, aun siendo un arbitraje de Derecho, puede ser absolutamente incompetente –profesionalmente hablando– para arbitrar un asunto que escapa a sus conocimientos de Derecho. En este sentido, sí resulta ético que un abogado propuesto para árbitro declare que sobre la materia de arbitraje, él carece de los conocimientos

mientos necesarios sobre el asunto que se busca someter a su juicio, porque éste escapa a su especialidad. Lo correcto, en realidad, sería que se excuse y no que declare su incapacidad. Empero el Código de Ética de la Cámara le da esa posibilidad. Y así, en caso de estar en el supuesto de una persona profesionalmente incompetente para resolver el problema puesto a su juicio arbitral que no haya advertido este hecho o circunstancia, puede ésta ser descalificada como árbitro, es decir, recusado por violar una norma reglamentaria a la que las partes han sometido voluntariamente el arbitraje, según el inciso 2 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje.

Llegamos finalmente al último deber de declaración cuyo incumplimiento puede acarrear, objetivamente, la recusación del árbitro en un proceso cuyas partes estén sometidas al Código de Ética y, eventualmente, al Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, como decíamos, uno de los más recurridos en el arbitraje peruano.

Dice el literal f) del numeral 5.3 que es deber del futuro árbitro declarar «Si hubiera recibido beneficios de importancia de alguno de los participantes o se diese cualquier otra causal que a su juicio le impusiera abstenerse de participar en la conciliación o el arbitraje por motivos de decoro o delicadeza». Como puede verse, esto no es más que un homenaje a la ambigüedad y el subjetivismo. Porque, qué entender por ‘beneficios’; qué entender por ‘importancia’; de qué participantes estamos hablando; cuál es esa ‘cualquier otra causal’. Y, para remate, toda la interpretación de lo antedicho queda exclusivamente al libre juicio del futuro árbitro. Con ello la norma carece de toda posibilidad de aplicación, porque bastará que, interpelado el árbitro por el enunciado del literal f) bajo comentario, éste oponga que ‘a su juicio’ tal hecho no constituyó un beneficio, que tampoco lo considera importante, y así por el estilo para justificar su derecho a no haberlo declarado.

Hasta aquí los únicos cinco deberes de declaración cuya inobservancia tiene, para el Código de Ética de la Cámara, como consecuencia explícita una sanción jurídica: la recusación de los árbitros.

Existen empero, otros seis deberes más de declaración referidos a cuestiones que el Código de Ética entiende de índole ética, pero que, a diferencia de los señalados en el numeral 5.3, no tienen, de producirse su infracción, ninguna sanción objetiva en términos jurídicos prevista por el propio Código de Ética de la Cámara. Son deberes morales, sí. Pero no son deberes jurídicos. Y esto porque su infracción no importa una consecuencia jurídica como la descalificación de los árbitros, porque ni ésta ni ninguna otra consecuencia jurídica están contempladas en el numeral 5.4 del referido Código de Ética. En este orden de ideas, una pregunta relevante es cuál es el sentido de exigir declarar ciertos hechos o circunstancias si la falta de declaración de éstos no acarreará ninguna consecuencia jurídica. ¿Cuáles son pues estos deberes que, de ser violados, no contemplan sanción alguna?

El primero y acaso el más grandilocuente es el del numeral 5.4 que establece que:

«El futuro [...] árbitro deberá revelar:

a) Cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta, según lo indicado en el tercer párrafo del artículo 6⁹ con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores, incluso su designación previa como conciliador o árbitro, por alguna de ellas. En cuanto a las relaciones actuales, el deber de declaración existe cualquiera sea su importancia [...].».

Nos detenemos por el momento aquí. Primero, qué es una relación de negocios, qué se entiende o qué entiende la norma por ello.

⁹ El tercer párrafo del artículo 6 dice:

«6.3 Cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre conciliador o árbitro y una de las partes, sus representantes, abogados y asesores generará dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del conciliador o árbitro propuesto. Éstos se abstendrán de aceptar un nombramiento en tales circunstancias a menos que las partes acepten por escrito que pueden intervenir. Se entiende por relaciones indirectas aquellas relaciones de negocios que un miembro de la familia del futuro conciliador o árbitro de su empresa o un socio comercial de él, mantienen con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores [...].».

¿Es acaso una relación profesional? ¿Acaso una relación comercial? ¿Tal vez ambas porque cuando uno brinda sus servicios profesionales o se beneficia de los servicios de otro está comerciando con ellos? Simplemente no se sabe. La norma nada dice sobre ello. Asume, error capital de toda norma destinada al fracaso del incumplimiento, que todo el mundo lo sabe.

Por ejemplo, ¿es una relación de negocios que el futuro árbitro deba declarar, la producida al comprar, todos los domingos, él o su familia, en el supermercado de la esquina de su casa cuyo propietario resulta ser una de las partes? O, más exquisito aún, que el supermercado sea de alguno de los representantes, abogados o asesores de una de las partes de un arbitraje para el que lo están proponiendo como árbitro. O, ¿es una relación de negocios que haya que declarar la mantenida entre el futuro árbitro y una compañía aseguradora, por una póliza de seguro de su automóvil, de la que una de las partes en el arbitraje en el que se le quiere nombrar árbitro, es accionista?

No sonaría acaso un tanto peculiar declarar: «Señores, en honor a mi bien ganada reputación de árbitro y en cumplimiento del Código de Ética, debo declarar solemnemente que de lunes a sábado, religiosamente, compro para desayunarme un kilo de mortadela, medio de jamón y un cuarto de queso fresco en el supermercado del señor aquí presente, parte en la controversia que se quiere someter a mi buen juicio. Hago esto porque es ésta una relación de negocios entre su supermercado y yo, y en tanto es una relación actual, debo declararla cualquiera sea su importancia, que es mucha, porque el eslogan de la tienda es: ‘Aquí, cualquier cliente es el rey’».

Lo más probable es que por cumplir con una norma tan desarrraigada de la realidad, un potencial árbitro siga siendo eso: potencial. Y es que un árbitro debe tener tino y saber cuándo no debe declarar tonterías, por más que haya una ‘norma’ que lo obligue a ello. Con lo dicho tratamos de establecer el ambiguo sentido de este deber de declaración cuya pertinencia entonces es, por decir lo menos, discutible.

Algo más de sentido común tiene el deber del futuro árbitro de declarar que en uno o más arbitrajes anteriores, una de las partes o ambas, lo designaron árbitro. Y esto, se entiende, para evitar cualquier suspicacia. ¿Cuál? La de encontrar a *X* como árbitro abonado cada vez que *Z* tenga una controversia que quiera llevar a arbitraje. No obstante, también es válida una interpretación sin malicia, a saber, que, precisamente, por las calidades profesionales y morales de *X* demostradas en un anterior arbitraje en el que fue nombrado por *Z*, éste recurra a *X* nuevamente en otro arbitraje. Sea como fuere y porque ambas interpretaciones son atendibles, el deber de declaración es pertinente.

El literal a) del numeral 5.4 continua diciendo que «[...] en cuanto a las relaciones habidas con anterioridad, el deber existe sólo respecto de aquellas relaciones que tengan significación atendiendo a los asuntos profesionales o comerciales del conciliador o árbitro». Este supuesto se parece mucho al primero del literal d) del numeral 5.3. La diferencia está en que mientras éste hace referencia a profesionales del Derecho, el que tenemos bajo análisis abre el abanico a otras actividades profesionales relacionadas con el giro del negocio o los servicios que brinde el árbitro. Así pues, aquí podemos estar ante un ingeniero que ha brindado en el pasado servicios relacionados con su profesión a alguna de las partes que hoy quieren someter alguna controversia a su arbitraje. De tal modo que si en su oportunidad consideramos pertinente el deber de un futuro árbitro de declarar «haber sido representante, abogado o asesor de una de las partes», no podemos dejar de considerar lo mismo para cualquier otra hipótesis en que se haya brindado un servicio profesional distinto al de abogado. Lo que sí no vemos claro es por qué ambos deberes no están juntos, y mientras la infracción de uno puede servir de base para la descalificación del árbitro, la del otro no.

También es un deber cuya infracción no genera ninguna consecuencia jurídica el de declarar por parte del futuro árbitro «La existencia y duración de cualquier relación social sustancial mantenida con una de las partes», tal como lo refiere el literal b) del numeral

5.4. Aquí tenemos la misma ambigüedad que atraviesa todos los supuestos de este numeral. Pues, ¿Qué cosa es una ‘relación social sustancial’? ¿Una relación de compañeros de trabajo? ¿Una de enamorados? ¿Una de cofrades de alguna logia o club? ¿Una de vecindad, acaso? Como no hay ninguna definición normativa, a nosotros se nos ocurre que no hay otra ‘relación social sustancial’ más que la amistad. Y la amistad en tanto deber de declararla por el futuro árbitro, ya está normada felizmente en el literal b) del numeral 5.3 del Código de Ética bajo comentario. Por lo tanto, no vemos la razón de ser del galimatías enunciado en el literal b) del artículo 5.4.

También el literal c) del numeral analizado exige que el futuro árbitro deberá revelar «La existencia de cualquier relación anterior mantenida con otros [...] árbitros (incluyendo los casos de previo desempeño conjunto de la función de [...] árbitro)».

Con la sola excepción de una relación de dependencia habida con anterioridad con otro de los árbitros,¹⁰ nos parece que no interesa al fin de asegurar la imparcialidad de los árbitros, que éstos revelen qué relaciones tienen entre ellos. Qué interesa que sean amigos, por ejemplo. Si lo más probable es que lo sean dado el medio arbitral y profesional en que se mueven. Qué interesa que hayan sido compañeros de colegio o de universidad o uno maestro y el otro alumno. O, inclusive, qué interesa que sean novios o peor aún que lo hayan sido, si hay esposos que compiten profesionalmente en el mismo negocio. Pero lo que sí resulta ya fuera de lugar, es que se deba declarar los casos de previo desempeño conjunto de la función arbitral. O sea, Pérez y yo fuimos árbitros en tales procesos. ¿Y se pue-

¹⁰ El numeral 6.4 del artículo 6 dice: «Las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del conciliador o árbitro». Consideramos que una de esas relaciones de negocios que aunque terminadas pueden afectar la decisión del árbitro, puede ser una relación de negocios que ha implicado dependencia. Por eso consideramos pertinente que si tal relación se ha dado entre dos árbitros, deba ser comunicada.

de saber cuál es el interés para la imparcialidad del proceso actual, el que Pérez y yo hayamos formado parte del mismo tribunal en *N* arbitrajes pasados? Ninguno. Esto nada tiene que ver con la moral y sí mucho con las apariencias.

Otro de los deberes felizmente sin sanción es el de declarar «5.4 d) El conocimiento previo que haya podido tener de la controversia o litigio» el futuro árbitro. ¿Pero esto, acaso, no está ya regulado? Porque este ‘conocimiento previo’ no se encuentra acaso en el supuesto de «haber brindado servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen u opinión o dado recomendaciones respecto del conflicto» al que se refiere el literal d) del numeral 5.3. ¿Y si no se encuentra aquí, acaso no debería estarlo por una cuestión de sistemática jurídica?

Otro de los deberes de declaración desafectos de sanción es el de «La existencia de cualquier compromiso que pueda afectar su disponibilidad para cumplir sus deberes como [...] árbitro, en la medida en que ello pueda preverse». Esto se encuentra en el literal e) del numeral estudiado. Se refiere a la falta de tiempo o al volumen de trabajo que puedan afectar el encargo de arbitrar una controversia. Es ético decirlo, sí. Pero el no decirlo, no afecta ni la imparcialidad ni la independencia del árbitro. Por lo que, como todos los supuestos del numeral 5.4, nadie puede recusar a un árbitro por eso. No hay sanción aquí, no lo olvidemos. Y en buena hora.

El último de los deberes sin consecuencias jurídicas es el del conocido ‘cajón de sastre’ en el que se refugian ciertos códigos con pretensiones de querer regularlo todo y que, por tal razón, terminan matando su propia letra. Y así, el futuro conciliador o árbitro deberá revelar: «f) Cualquier otro hecho, circunstancia o relación que a su juicio resultase relevante». O sea, habrá que esperar sentado y no habrá nada que reclamar al árbitro que ‘a su juicio’ no consideró importante declarar ese ‘cualquier otro hecho, circunstancia o relación’.

Unas palabras finales sobre este numeral y sus seis deberes de declaración. Quizás haya sido intencional, dado lo gaseoso e inconsistente de estos deberes con relación a mantener la imparcialidad e independencia de los árbitros, que la violación de tales deberes, no den pie para la descalificación del árbitro. En defecto de haberlos puesto en el código, ha sido lo mejor.

En este sentido, consideramos que el deber del numeral 5.5 «de revelar nuevos hechos o circunstancias se mantiene durante el proceso [...] arbitral», tiene sentido sólo si se aplica a los cinco deberes de declaración cuya infracción puede ser consecuencia objetiva de descalificación, es decir, los normados en el numeral 5.3 del Código de Ética de la Cámara. Declarar nuevos hechos que no tienen consecuencias jurídicas, no tiene mayor razón.

Para terminar el análisis del tema de la recusación, tenemos que ser bien claros en afirmar, que si bien la Ley establece como causal de recusación la inobservancia del reglamento arbitral al cual las partes se hayan sometido –en el caso bajo estudio, el Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima–, es el mismo reglamento al que se han sometido el que determinará cuáles normas, en caso de ser violadas, darán lugar a la recusación. Con esto queremos decir, que no cualquier infracción a las normas de un reglamento arbitral servirá de base para una recusación, tal como hemos visto a lo largo de este capítulo.

Capítulo IX

CÓMO SE RESUELVE Y CÓMO NO SE RESUELVE UNA RECUSACIÓN

La importancia de quién y cuántos.— Recusación de árbitro único.— El juez tiene la palabra.— Recusación de Tribunal colegiado.— Hablan los árbitros.— El principio general: Siempre resuelve un tercero.— El principio de las mayorías.— No hay mayoría de uno.— los criterios del desempate.— Una laguna: Todos ellos recusados y por la misma causa.— El juego de espejos.— Cuando los reflejos se absuelven.— La quiebra del principio general.— Una analogía oportuna.

Un asunto breve pero no por eso menos importante es el que corresponde al procedimiento de recusación. En otras palabras, el asunto referente a cómo se resuelve, pero especialmente a cómo no se resuelve, una recusación. La Ley General de Arbitraje parece zanjar el tema en su artículo 31, poniéndose en los casos más elementales y por tanto generales a la práctica del arbitraje.

En efecto, como quiera que los árbitros pueden ser recusados por las partes que los designaron, tal como lo establece el artículo 30 de la Ley, se presenta el problema de quiénes tienen competencia y jurisdicción para resolver una recusación y bajo qué reglas deben proceder a resolverla. Dos son las hipótesis que presenta la Ley. La primera, que el arbitraje fuera unipersonal. La segunda, que el arbitraje fuera colegiado. Son éstos los ejes sobre los que giran las razones de ser de los procedimientos de recusación aquí y en la cochinchina. No hay más.

Veamos pues la primera hipótesis, esto es, quién y cómo resuelve una recusación hecha por una de las partes contra un árbitro recusado, que niega la razón por la que se le recusa, es decir, aquel ar-

bitro único que no quiere dejar el arbitraje. La Ley se pone en dos supuestos, a saber, que el arbitraje sea *ad hoc*, o que el arbitraje sea institucionalizado. En el caso del arbitraje *ad hoc* la Ley quiere que quien resuelva la recusación sea el juez. En el caso del arbitraje institucionalizado, que sea la institución que administra el arbitraje.¹

Así pues, como el lector avisado puede colegir, la razón de ser de la Ley es que en ambos casos no resuelva la recusación el propio recusado. Que no sea juez y parte interesada de su propio proceso. De tal modo que, en caso de un arbitraje *ad hoc* unipersonal, al no haber una institución que administre el arbitraje y por lo tanto al no haber a quién dirigirse más allá del propio recusado en la jurisdicción arbitral, queda restablecida la competencia de la justicia ordinaria para este efecto, a saber, que sea el Poder Judicial el que resuelva la recusación por intermedio del juez. Y esto es lógico, porque agotada la jurisdicción arbitral sólo queda la del Estado para resolver en los casos que la ley lo permita.

Del mismo modo, si el arbitraje es unipersonal pero administrado por alguna institución arbitral, la Ley quiere que quien resuelva la recusación no sea el árbitro cuestionado, sino alguien neutral, en este caso la institución a la que está sometido el arbitraje. Así pues, aquí, dentro de la misma jurisdicción arbitral de la cual no quieren salir las partes, la recusación tiene señalado el camino para su solución. La razón de la Ley es también la misma que la del caso de los arbitrajes no administrados: que quien resuelva sea un tercero, es decir, que no sea el mismo árbitro recusado.

¹ Artículo 31.- «Procedimiento de recusación

[...]

Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el artículo 23, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro [...].».

Ahora bien, cómo resuelven la recusación la institución arbitral o el juez es un asunto de menor importancia. La institución lo hará según su reglamento interno. Y el juez según el artículo 23 de la Ley en lo que sea pertinente. Lo «pertinente» del referido artículo es, para nuestro caso, la determinación del juez competente y los plazos relativos a la celebración de la audiencia única en la que la parte que recusa hará valer su pretensión, presentando las pruebas que correspondan, y el recusado ejerciendo su derecho de defensa, luego de lo cual el juez resolverá.

El segundo de los ejes sobre el que gira el procedimiento de recusación arbitral es el de los arbitrajes colegiados, tanto los sometidos a una institución que lo administre como aquéllos que son *ad hoc*.² En ambos casos, la Ley no se pone en el supuesto de la posibilidad de que quien deba resolver sea el juez del fuero común. Para la Ley esa posibilidad es negada. La razón parece ser muy simple. Que no habría un fundamento lógico para que pudiendo los árbitros del tribunal ser «terceros» con relación a la recusación de uno de sus pares, no sean ellos mismos quienes tengan la independencia de juicio para resolver la recusación. Se asume pues que el Poder Judicial no tiene aquí nada que decir porque dentro del mismo proceso arbitral hay quienes, distintos al recusado y excéntricos a la causal y a los hechos que dan origen a la recusación, tienen la plena libertad para juzgar atendiendo al principio de que ellos no son «jueces» y partes de su propia causa. Lo mismo sucede si el arbitraje colegiado fuese institucionalizado. Aquí resulta más claro aún que si correspondiera que la recusación la resolviera el Centro de Arbitraje, éste sería un tercero con relación al recusado.

² Artículo 31.- «Procedimiento de recusación
[...]

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad [...].»

En consonancia pues con el principio de que ningún árbitro puede resolver su propia recusación, la Ley fija un procedimiento para el supuesto de que sean los árbitros quienes deban resolver la recusación de uno de sus pares. La regla general es que, en primer lugar, el recusado tenga voz pero no voto. Se defiende, pero no participa de su juicio juzgándose a sí mismo. La segunda regla es que el tribunal resuelva la recusación por mayoría absoluta de votos. Así pues, si como suele suceder, son tres los árbitros y uno es el recusado, mayoría absoluta de los votos será dos. Podría también suceder que, de esos dos, uno se pronuncie por la recusación y el otro no, es decir, que se produzca un empate. La Ley estipula entonces que en este caso, si no es el presidente del tribunal el recusado, dirima el presidente, quedando así establecida la mayoría requerida por la Ley. Si por el contrario el presidente es el recusado y por lo tanto impedido de votar y, luego, de decidir lo que fuere en la resolución de su propia recusación, quien está llamado por la Ley a dirimir es el árbitro de mayor edad de aquellos dos competentes para votar y resolver la recusación del presidente del tribunal. Así también se rompe el empate y se forma la mayoría legal. Lo cierto es que, en la teoría, no interesa cuál sea el criterio adoptado por la legislación para romper los empates.³ Lo que realmente importa es que producido un empate, éste se rompa.

Como es bien sabido, la Ley no se puede poner en todos los casos y, de más está decir, aunque excéntricos muchas veces a la realidad, pueden presentarse una serie de interesantes combinaciones que tendrán que resolverse aplicando el sentido de la Ley, a saber, que jamás un recusado resuelva su propia recusación.

Así pues, una de las tantas combinaciones posibles es la de que en un arbitraje colegiado *ad hoc* todos los árbitros hayan sido recusados por diferentes causales. Una impresión ligera podría precipi-

³ En efecto, la Ley pudo haber establecido, cualquier otro criterio para el desempate.

tar a algunos a error. Pues como todos han sido recusados, alguien podría preguntarse livianamente quién resuelve aquí la recusación. Lo importante del caso no es que todos hayan sido recusados, sino que el recusado no resuelva su propia recusación, lo que no sucederá si cada uno de los árbitros ha sido recusado por diversas causales, aun cuando éstas estén incluidas en el mismo inciso de una norma. De tal manera que si en un tribunal de tres árbitros, el árbitro Fulano fuere recusado por no reunir las condiciones previstas en el artículo 25 de la Ley, y el árbitro Zutano por estar impedido de actuar como tal en virtud del artículo 26 de la Ley (ambas causales contempladas en el mismo inciso 1 del artículo 28 de la Ley), mientras que el árbitro Perencejo fuere recusado por una causal diferente a las dos anteriores y comprendida en otro inciso, entonces Fulano y Zutano podrán resolver la recusación de Perencejo, Zutano y Perencejo la de Fulano, y Fulano y Perencejo la de Zutano.

Aquí también se aplican las reglas del desempate previstas en la Ley, teniendo en cuenta quién es el árbitro presidente y quién es de mayor edad. Por ejemplo, si Fulano fuere el presidente y Zutano el de mayor edad tendríamos entonces que cuando Fulano y Zutano resuelven la recusación de Perencejo, en caso de empate dirime Fulano. Cuando Zutano y Perencejo resuelven la de Fulano, que es el presidente del tribunal, en caso de empate dirime Zutano, que es el de mayor edad. Y en caso de empate entre Fulano y Perencejo al resolver la de Zutano, dirime el presidente Fulano. Volvemos a repetir que lo que siempre debe tenerse en cuenta es que los árbitros recusados no resuelvan su propia recusación.

Otra combinación posible es que dos de los tres sean los recusados por igual causal. La pregunta que se nos impone es entonces si, siguiendo la razón de ser de la Ley, debería resolver ambas recusaciones el árbitro no recusado. Como el lector perspicaz puede observar, aquí se presenta otro problema, a saber: ¿qué entiende la Ley por «mayoría»? Porque la Ley pide mayoría para resolver una recusación en un tribunal colegiado. Entiende acaso la Ley que es la mayoría de los miembros del tribunal la que resuelve, o acaso la

mayoría de los árbitros hábiles para resolver, esto es, aquéllos que no están recusados. Porque, si fuese la primera interpretación, es decir, que por mayoría se entiende la de los miembros del tribunal en su conjunto, un miembro no recusado como en nuestro ejemplo, no podría resolver la recusación de los otros dos recusados por igual causal, simplemente porque uno no es la mayoría de tres. Si por el contrario entendemos por mayoría el número de árbitros hábiles para resolver una recusación, es decir, en nuestro ejemplo, aquél que no está recusado, entonces existiría la mayoría de uno porque ese uno es el único hábil para resolver la recusación.

Pero nosotros creemos que no existen las mayorías de uno. Y esto, sencillamente, porque cuando la Ley pide mayoría, está implícitamente aceptando la posibilidad de disenso. Y uno no puede ser el universo hábil, el quórum para ninguna mayoría, porque dentro de ese universo no hay ninguna posibilidad de disenso. Así pues, por esta razón creemos que cuando sean recusados dos miembros de un tribunal de tres por la misma causal y el otro miembro no haya sido recusado, el no recusado, por ser uno, no podría, de acuerdo a la razón de ser de la Ley vigente que exige mayoría a la hora de resolver una recusación dentro de un tribunal colegiado, resolver la recusación de sus pares. ¿Quién resuelve entonces? Pues debería resolver, siguiendo ese mismo espíritu de la Ley, el juez. Porque al Poder Judicial, la Ley no le exige que resuelva una recusación por mayoría. Por lo tanto, aquí sí, uno está autorizado a resolver la recusación de varios. Entonces se trata de que quede bien claro lo siguiente. Que según la Ley, en la hipótesis de los tribunales arbitrales colegiados no sometidos a administración de algún centro de arbitraje, para resolver una recusación debe seguirse el principio de que los recusados no pueden resolver su propia recusación y, además, que esa recusación debe resolverse por mayoría de los miembros del tribunal.

Sin embargo, existen voces que proponen como solución a este problema de más de un árbitro recusado por la misma causal que, sin abandonar el principio general de la resolución por mayoría, en

caso de que el presidente del tribunal no sea uno de los recusados, resuelva el presidente.⁴ Esto es lógicamente inaceptable, porque presidente o no, uno jamás podrá hacer mayoría. Para que esta propuesta prospere, tendría que abolirse el principio de las mayorías en la resolución de las recusaciones de los tribunales arbitrales colegiados.

También puede darse el caso de que en un colegiado de tres, todos estén recusados, aunque dos árbitros lo estén por la misma causal y el tercero por una diferente. En este supuesto y siguiendo el principio de que ningún árbitro puede resolver su propia recusación, los dos recusados por la misma causal resolverán la del recusado por causal distinta, en cuyo caso, al ser dos, se aplicarán las reglas de la mayoría y del desempate si fuera el caso. Mientras tanto, el recusado por causal distinta de aquellos dos recusados por la misma causal, no podría resolver en solitario la recusación de esos dos por las razones antedichas. Siguiendo nuestra lógica y el espíritu de la Ley, debería aquí también resolver la recusación el juez.

Pero la combinación más inesperada es aquélla en la que el tribunal en pleno es recusado exactamente por la misma causal, es decir, que todos estén cuestionados por los mismos hechos o por hechos directamente relacionados los unos con los otros, de tal manera que son inseparables a la hora de resolver una recusación. Y aquí es lícito preguntarse también con toda razón quién resuelve. Porque, como el lector puede sospechar, que todos los árbitros estén recusados por la misma causal, significa que los hechos por los que se los recusa condicionan cualquier resolución de una recusación hecha por los árbitros recusados en un solo sentido: la absolución (no olvidemos que para que proceda la recusación, el recusado debe haber negado antes la razón de la misma, es decir, se proclama inocente).⁵ Aquí, en los hechos mondos y lirondos, el árbitro que re-

⁴ Ver nota 8 del presente capítulo sobre el proyecto modificadorio de la Ley General de Arbitraje.

⁵ Ver nota 1 del presente capítulo.

suelve la recusación del vecino está resolviendo además su propia recusación porque su situación es exactamente la misma: recusado por el mismo motivo. Y esto es, evidentemente, una injusticia porque rompe con el principio de que el recusado no resuelva su propia recusación. Injusticia además porque el que recusa no tendrá ninguna posibilidad de que su recusación sea declarada fundada, que es lo que a él le interesa.

¿Quién resuelve pues en una hipótesis tan extrema pero posible como ésta? Evidentemente ninguno de los árbitros recusados. Estamos firmemente convencidos de que quien debe resolver aquí es el juez, tal cual como si estuviéramos en el caso de un arbitraje *ad hoc* unipersonal, cuyo árbitro ha sido recusado.

En efecto, llegamos a esta conclusión porque, habiendo una laguna del derecho, consideramos que la única forma de que se respete el principio de que bajo ninguna circunstancia un árbitro debe resolver su propia recusación, es aplicando, por analogía *a pari*,⁶ la *ratio legis* del artículo 31 de la Ley,⁷ en lo que respecta a la solu-

⁶ Al respecto, es preciso recordar que la analogía es un método de integración jurídica a través del cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho diferente de aquél que se halla expresamente considerado en la misma, pero que es semejante en esencia y en sustancia, esto es, que obedece a la misma *ratio legis* de la norma. Asimismo, para que se proceda a integrar por analogía es necesario que se cumplan dos requisitos fundamentales. El primero se refiere a que debe existir una semejanza entre la norma y el hecho de la realidad no contemplado en la norma, y que este hecho responda a la *ratio legis* de la norma existente. El segundo se refiere a que no exista impedimento o limitación legal para efectuar la analogía. Hay que anotar que existen cuatro clases de analogía. Para los efectos de este caso, nos interesa la analogía *a pari*, esto es, «donde hay la misma razón hay el mismo derecho». Ver: RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 289 y 302.

⁷ Como fluye del análisis del artículo 31 de la Ley, la razón de ser de esta norma es la de instaurar un procedimiento de recusación que garantice adecuadamente la absoluta imparcialidad del juzgador de la recusación, evitando, en todos los casos, que el juzgado, es decir, el recusado, termine siendo el juzgador de su propia recusación.

ción de las recusaciones de los arbitrajes unipersonales por el juez. En otras palabras, lo que queremos decir es que hay que tomar a los tres árbitros recusados por la misma causal como si fueran uno solo y aplicarles la regla que sirve para resolver las recusaciones de los arbitrajes de un solo árbitro. Trino y uno, tan simple y tan sencillo como eso.

Sin embargo, lo que analógicamente nos parece a nosotros tan obvio, no lo es tanto para otros. Porque, en efecto, esta combinación tan excéntrica de recusación de todo un tribunal arbitral por la misma causal, es parte de la casuística de la relativamente corta tradición arbitral peruana. Y la solución a la que se llegó es la menos afortunada posible: que cada árbitro recusado por los mismos hechos resuelva la recusación de sus pares, absolviéndose mutuamente, como no podía ser de otra forma.

Este controvertido caso, ha motivado que la laguna del derecho que le dio origen pretenda ser llenada a través de un Proyecto Mo-

Dentro de tal orden de ideas, resulta absolutamente claro que el supuesto no contemplado en el artículo 31 de la Ley sobre una recusación al tribunal en pleno por la misma causal, contiene semejanzas esenciales con el supuesto que sí contempla la norma de recusación formulada respecto de árbitro único, conclusión a la que se llega como consecuencia de la interpretación de la *ratio legis* del artículo en cuestión.

Por lo tanto, resulta así cumplida la necesidad de que para que proceda la interpretación *a pari* se presente una semejanza esencial entre la norma existente y el hecho de la realidad no contemplado en esa norma, y que este hecho corresponda a la *ratio legis* de la norma existente.

Al respecto, cabe precisar que tanto la recusación contemplada en el primer párrafo del artículo 31 de la Ley como en el supuesto no contemplado de nuestro caso, recae sobre todos aquellos que se hallan a cargo de la conducción del arbitraje, esto es, del árbitro único y del tribunal colegiado.

Es por ello que la consecuencia, en virtud de la integración por analogía *a pari*, es que los tres árbitros recusados por la misma causal deberían ser tomados como uno solo y que, por tanto, la competencia respecto del procedimiento de recusación debería tenerla el juez, tal como la tiene en el caso de una recusación efectuada en un arbitraje unipersonal.

dificadorio de la Ley General de Arbitraje publicado en la página web del Ministerio de Justicia.⁸ En efecto, entre las varias propuestas modificatorias contempladas, está la del procedimiento de recusación del artículo 31 de la Ley en que se contempla la hipótesis de que un tribunal arbitral colegiado sea recusado en pleno por la misma causa. La solución dada por esta propuesta modificatoria es que quien debe resolver en estos casos es la Cámara de Comercio de la localidad. En buen romance, un tercero ajeno a los árbitros recusados todos por la misma causal. Es decir, la misma lógica que proponemos nosotros en este capítulo, a saber, de que sea el juez —un tercero— el que resuelva y no los mismos árbitros recusados por igual motivo. Difiere la propuesta modificatoria en el «tercero», pero no en que quien tenga que resolver sea, precisamente, un «tercero».

Ahora bien, cualesquiera que sean los dos ejes sobre los que gire el procedimiento de recusación arbitral, a saber, el de recusación de arbitraje unipersonal o el de arbitraje colegiado, la oportunidad para formular la recusación es la misma según la Ley: antes del vencimiento del plazo probatorio. Con ello la norma quiere limitar este derecho en el tiempo cerrándolo desde el momento mismo en que los árbitros están expeditos para laudar, esto es, justamente, concluida la etapa probatoria. Asimismo la Ley prescribe que la oportu-

⁸ «PROYECTO MODIFICATORIO

[...]

Artículo 31.- Procedimiento de recusación

Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. A falta de acuerdo se aplican las siguientes reglas:

[...]

4. Si la otra parte no conviene con la recusación o el árbitro no renuncia o no se pronuncia, se procede de la siguiente manera:

[...]

c. Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, incluido el presidente, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del artículo 21. Si el Presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación [...]. Ver: www.minjus.gob.pe

tunidad para formular la recusación debe entenderse, dentro del lapso que va entre el inicio del proceso hasta el vencimiento del plazo probatorio, inmediatamente conocida la causa que motiva la recusación. En otras palabras, si bien la recusación puede interponerse sólo dentro del lapso señalado, dentro de ese lapso no puede hacerse en cualquier momento, sino inmediatamente después de conocer el hecho que la motiva.⁹ Se entiende así que, si conocida la causa que puede dar lugar a una recusación, ésta no se hiciera inmediatamente, aun no haya concluido el plazo probatorio, la recusación sería improcedente. La lógica de esto sería que, si se conoció la causa y no se procedió inmediatamente, por qué habría de procederse después. Es decir, si no perjudicaba inmediatamente, por qué habría de perjudicar después. La Ley pretende castigar así la manipulación del proceso por alguna de las partes.

Una pregunta pertinente es aquí el porqué la Ley no permite formular la recusación sino hasta antes de vencido el plazo probatorio. Y la respuesta es muy simple. Porque es en el plazo probatorio que pueden ser presentadas todas las pruebas relativas al proceso. Y decimos bien: todas. Concluida esta etapa no hay forma procesal posible para presentar ninguna prueba, incluidas las referentes a las causales de recusación de los árbitros. La Ley pretende con esto proteger a los árbitros al momento de laudar, aun si fuere el caso de que se presentara en esa etapa una conducta impropia contemplada por la Ley como causal de recusación. La Ley prefiere pues correr ese riesgo, poco probable, al muy probable de que vía la interposición de recusaciones antojadizas contra los árbitros en la etapa del laudo, las partes que saben que sus posibilidades de ganar el arbitraje son limitadas, pretendan dinamitar el futuro laudo ata-

⁹ Artículo 31.- «Procedimiento de recusación

[...]

Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio [...].».

cando a los árbitros. Sin duda la norma expresa un fiel conocimiento de la naturaleza humana o, si se quiere, de la realidad peruana.

Finalmente, el último punto a tratar en el procedimiento de recusación, sea quien fuere el que la resuelve, es cuán firme es, precisamente, esa resolución. La Ley quiere que ésta sea la última palabra del procedimiento recusatorio. Luego, que no haya lugar a reclamo. Por lo tanto niega a las partes todo medio impugnatorio. Y lo niega con acierto, pues de lo que menos se trata en un arbitraje es de demorarlo con inacabables procesos paralelos que atentan contra la razón de ser del arbitraje, a saber: la celeridad de la justicia privada. Y es en razón de esa misma celeridad que el proceso arbitral no se interrumpe aun en el lapso que demore el procedimiento impugnatorio.¹⁰

Con esto cerramos todos los temas que nos interesa resaltar referentes al proceso de recusación, sin duda temas de orden práctico pero no por eso menos interesantes que los teóricos que hasta aquí hemos venido tratando.

¹⁰ Artículo 31.- «Procedimiento de recusación

[...]

Contra la resolución que el Juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral».

Capítulo X

EL PROCESO: OPORTUNIDAD, TEMPORALIDAD Y *FAVOR ARBITRIS*

Una excepción al principio de igualdad ante la ley: El proceso arbitral.— ¿Por qué?— La regla general: La libertad de las partes de regular su proceso.— La excepción: El procedimiento supletorio de la Ley.— Principios aplicables al proceso de las partes y el proceso de la Ley.— El principio de oportunidad.— Fundamentos.— La ley autoriza y las partes deciden.— Oportunidad no es capricho: Papelito manda.— El problema del arbitraje forzoso.— Nuestra interpretación.— El principio de temporalidad.— A qué se refiere.— El límite temporal de la potestad arbitral.— Quién limita.— El principio de *favor arbitri* o el blindaje jurisdiccional del arbitraje.— El favor de competencia: La exclusividad de los árbitros sobre la litis.— El favor del fallo: Los laudos no se tocan.— El favor legal: Su majestad el arbitraje.

Llegamos pues al proceso arbitral. Es éste el centro de gravedad, el eje, el meollo del arbitraje, pues es allí donde se realiza para todos los efectos la actividad arbitral, es decir, la administración de una justicia privada que, querida y amparada por la ley, tendrá como corolario el laudo.

En el derecho común, un proceso, como su nombre lo indica, es en esencia un conjunto de procedimientos, una reglamentación de las conductas de los actores en la actividad de administrar justicia. En este derecho, la premisa de que la justicia es igual para todos y, por ende, también su administración, hace de la estandarización de los procesos, llámense éstos ordinarios o sumarios, civiles o penales, administrativos o laborales, su sino. Y así, de acuerdo del que se trate, todos los procesos son iguales, es decir, independientemente

de los actores y su controversia, nada hay que los pueda diferenciar unos de otros, pues las reglas de juego establecidas por la ley para la administración de justicia, son las mismas para todos los casos.

El proceso arbitral pertenece a otra estirpe, a la de la excepción de las reglas del derecho común. Porque, a decir verdad, no existe conceptualmente ‘el proceso arbitral’ si por éste entendemos un procedimiento estándar y universal que regula la administración de la justicia privada. En efecto, desde el mismo momento en que la Ley permite a quienes están autorizados a recurrir a este medio de solución de controversias, la creación de sus propias reglas de juego a las que tendrá que someterse la justicia privada administrada por los árbitros, en teoría, todos los procesos arbitrales pueden ser diferentes.¹ Esta es la regla de los procesos arbitrales: que ninguno, necesariamente, tendría por qué ser igual a otro. La excepción es aquí

¹ Con respecto al proceso arbitral, Humberto Briseño Sierra considera que el presupuesto para la realización del mismo es el compromiso arbitral, en la medida de que en éste se hallan los acuerdos de voluntades entre las partes respecto de la realización y el funcionamiento del arbitraje. Dice Briseño que «[...] todas las actividades de las partes y los árbitros, y aun de la autoridad judicial, tienen efectivamente en el compromiso su presupuesto.

Si por presupuesto se entiende la circunstancia que condiciona anticipadamente la eficaz realización de un acontecimiento jurídico, el compromiso es el presupuesto del accionar en el proceso arbitral [...] El presupuesto no es simplemente lo previo, porque hay condiciones previas que no son presupuestos: en la formación progresiva, el pacto entre las partes es previo a la aceptación del árbitro, pero no es necesariamente el presupuesto porque de dicha aceptación no proviene la justificación del procedimiento. Lo que importa es que en el compromiso, en alguna de las piezas que forman su cuerpo, se presupueste el proceso». BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Categorías Institucionales del Proceso*. Puebla: Editorial José M. Cajica. 1956., p. 64.

De otro lado, nuestra Ley General de Arbitraje establece en su artículo 33 que una característica fundamental del proceso arbitral es la libertad de las partes de regularlo a su guisa. No otra cosa puede entenderse cuando se dice que «Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización».

que, supletoriamente, la Ley establece un procedimiento modelo si las partes no han hecho uso del derecho de convertirse en legisladoras de la administración de su propia causa.²

No obstante, existen, tanto para la regla de la libertad de creación de las pautas de los procesos arbitrales, como para la excepción de un procedimiento modelo supletorio sancionado por la Ley, ciertos principios que son comunes a ambos y que la doctrina conoce como los principios procesales del arbitraje. Estos son tres: el de oportunidad, el de temporalidad y el de *favor arbitri* o *favor arbitralis*. Todos ellos, como se verá, apuntalan el edificio del arbitraje y, consecuentemente, el proceso que le es afín.³

En efecto. El principio de oportunidad se funda, primero en la ley, y segundo, en un juicio de valor. En la ley, porque es ésta la que sanciona la oportunidad de elegir entre la jurisdicción estatal o la justicia privada representada por la institución del arbitraje, para que quienes tengan un determinado tipo de controversias jurídicas,

² Sin embargo, como hemos referido en el Capítulo V, en el mundo real las partes «legisladoras» de su propio proceso son la excepción, mientras que los procedimientos modelos, ya sean de la Ley o de un Centro de Arbitraje, son la regla del quehacer arbitral.

³ La profesora Ana María Chocrón considera que estos principios ‘afectan y caracterizan al arbitraje como institución jurídica’. Juzga Chocrón que los motivos que llevan a esta conclusión son fundamentalmente los siguientes: «[...] Primeramente, la creencia de que son razones de oportunidad las que llevan a los interesados a decidir libremente la defensa que estimen más conveniente para sus intereses en litigio. En segundo lugar, el entendimiento del arbitraje como un instrumento de carácter temporal ya que no supone una definitiva renuncia a la jurisdicción sino, al contrario, convive con ella en perfecta armonía y, en tercer lugar, el que, al basarse en la voluntad de las partes, el legislador desde diversos frentes ha propiciado un favorecimiento del arbitraje en la medida en que ayuda a dar viabilidad a lo que las partes han pactado». CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. Madrid: JM. Bosch Editor, 2000, p. 19.

las resuelvan. De aquí se sigue que la esencia de este principio es la libertad, que, demás está decirlo, siempre se funda en la ley.⁴

Pero la ley y la libertad que ella autoriza, son apenas una condición necesaria, mas no suficiente para que el principio de oportunidad se constituya. Pues, autorizados y en libertad de elegir entre dos medios de solución jurídica de controversias, quien padece la controversia, tendrá que realizar un juicio de valor entre las bondades de la jurisdicción estatal y las del arbitraje para determinar cuál es el medio más idóneo, esto es, más seguro y menos costoso, de acuerdo a lo que está jurídicamente en juego, para resolver su conflicto. Se trata pues de juzgar oportuno o inoportuno para sus intereses, someter sus controversias a tal o cual jurisdicción.

De suyo va que el principio de oportunidad no puede estar regido por los inciertos vientos del capricho. En otras palabras, no se trata ni se tratará jamás de, una vez autorizados por la ley, ejercer nuestra oportunidad de elegir cuando nos dé la gana; cuando por ejemplo, habiendo elegido el proceso arbitral y no el ordinario para solucionar un conflicto, y viendo que en aquél la fortuna no nos sonríe como lo habíamos previsto, ‘juzguemos oportuno’ para nuestros intereses cambiar de jurisdicción para probar mejor suerte en otra, sin la menor consideración para la otra parte involucrada en el proceso. No.

⁴ Este fundamento legal de la libertad de elección muchas veces pasa desapercibido por los juristas. Ana María Chocrón, por ejemplo, no lo considera cuando alude al fundamento del principio de oportunidad. «El principio de oportunidad –dice– hace alusión precisamente a esa disposición de sus intereses que tienen las partes enfrentadas en una controversia de solucionar sus conflictos vía arbitral, vía judicial. Podemos extraer de lo expuesto una conclusión, que no es otra que la de que el arbitraje está regido por el principio de oportunidad ya que es una vía voluntaria a la que pueden acudir los particulares para resolver sus conflictos». *Idem*, p. 20.

Como vemos, ni una sola palabra de que esa oportunidad la otorga la ley.

De aquí se sigue que, en el arbitraje, el principio de oportunidad se materializa jurídicamente en un contrato: el contrato de arbitraje por el que las partes juzgan oportuno –he ahí el momento– que sus intereses serán mejor llevados en un proceso arbitral y no en uno ordinario, renunciando expresamente a la jurisdicción del Estado y estableciendo, directa o indirectamente, las reglas de su proceso. Ciento es que también puede suceder la circunstancia, poco probable, de que las partes juzguen que el proceso arbitral no está dando los resultados que ellas habían esperado y que, por tanto, consideren que lo más conveniente es darlo por concluido y someterse entonces a la justicia ordinaria. Y en efecto, aquí también estamos ante el principio de oportunidad. Pero aquí también, éste se materializa en un contrato, pues es un contrato el acuerdo de voluntades que pone fin al de arbitraje que dio origen al proceso. Y lo mismo en el caso de dos partes que están sometidas a la jurisdicción estatal. Desilusionadas de ésta, pueden dar por concluido el proceso por los mecanismos que la ley estipula para ese efecto, y considerar que lo más oportuno para sus intereses, es contratar un arbitraje y que su controversia se ventile en un proceso de esta índole. Lo que no es posible es que cada parte se dispare por su lado, y que la oportunidad se entienda fuera del contexto de un contrato que involucra, necesariamente, un acuerdo.

Ahora bien, un problema que se plantea al principio de oportunidad en los procesos arbitrales es el de los así llamados arbitrajes forzados, en los que, precisamente, la oportunidad de elegir entre una jurisdicción estatal y otra privada no estaría clara, por no decir que no existiría según un sector de la doctrina. En efecto. Si la ley obliga en determinadas circunstancias a que quienes tienen un conflicto, lo resuelvan necesariamente a través de un proceso arbitral, entonces la ley no permitiría la libertad de hacer un juicio de valor entre la jurisdicción del Estado y el arbitraje, para determinar cuál de las dos conviene para resolver un conflicto de acuerdo a nuestros intereses. En este sentido, el ordenamiento jurídico estaría, paradójicamente, haciendo del arbitraje y sus procesos una jurisdicción exclusiva y excluyente como es la del Estado en materias como

la penal, la administrativa, la constitucional y todas aquéllas que se deriven de conflictos que interesen al orden público. No habría pues aquí ninguna diferencia entre estas ‘jurisdicciones’ propias de la naturaleza del Estado y la jurisdicción arbitral. Es más, habría que preguntarse seriamente si existe en algún orden jurídico del mundo un arbitraje forzoso así concebido porque, sería verdaderamente insólito que un Estado impusiera la contratación de arbitrajes entre particulares.⁵

Muy distinto es el caso de aquel arbitraje, llamado forzoso en razón de que el Estado obligaría legalmente a quienes contratan con él, a someterse a la jurisdicción arbitral para cualquier controversia que de este contrato se suscite. El empleo aquí del condicional del verbo *obligar* no es una mera concesión de estilo. Y decimos esto porque –como ya ha sido explicado en el Capítulo V, relativo a *La Familia Arbitral*– nosotros no creemos en realidad que, en estos

⁵ Al parecer, la legislación española es una de las que en el mundo todavía consagra esta concepción inaudita del arbitraje forzoso, rezago de un intervencionismo estatal en los asuntos privados que viene del régimen franquista. Así, Ana María Chocrón da cuenta de éste en materia laboral que sanciona el «2. Arbitraje obligatorio para el supuesto específico del artículo 10.1 del Real Decreto-Ley 17/1997, en el que la intervención diríamente de un tercero viene impuesta a las partes. Se trata de un caso excepcional que la [...] sentencia del TC de 8 de abril de 1981 mantuvo vigente como residuo histórico ya superado». *Idem*, p. 21. Chocrón señala que «Esa exigua presencia del arbitraje obligatorio no puede llevar a pensar en una pretendida excepción del principio de oportunidad que [...] preside al arbitraje como institución. Las razones que llevan al TC a mantener un arbitraje obligatorio se cifran en razones de interés general que noeman de la naturaleza de la institución en sí, de ahí que no quepa hablar de obligatoriedad». *Idem*, p. 21.

Lo cierto es que poco o nada importan las razones por las que el TC español consagró un despropósito conceptual tan grande como el de imponer en materia laboral el arbitraje a los trabajadores, haciendo añicos la libertad de elegir entre la jurisdicción estatal y la arbitral que el principio de oportunidad consagra. La consecuencia de esto es que, obviamente, la institución arbitral ha quedado desnaturalizada. Que el caso sea exótico, no quita para nada que se transgreda el principio de oportunidad que es una de las características fundamentales de los procesos arbitrales.

casos, se fuerce a nadie, se obligue a nadie imperativamente a someterse a un proceso arbitral. Así pues, considerar forzoso un arbitraje en estos términos es un craso error.

Primero porque el Estado, siendo todavía soberano, no puede ser forzado por nadie. Cuando el Estado establece legalmente una obligación como la de someterse a la jurisdicción arbitral cuando contrata directamente o a través de sus empresas con los particulares o consigo mismo, lo que hace es expresar su voluntad a través de la ley. Al Estado pues, nadie le impone esa voluntad. Y segundo, que el Estado, en una economía social de mercado, tampoco le impone a nadie contratar con él en determinados rubros y aceptar de ese modo la condición de arreglar las desavenencias contractuales por medio de un proceso arbitral. Contrata con el Estado quien quiere contratar. Y quien quiere contratar, acepta voluntariamente y de buen grado la proposición del Estado de dirimir sus controversias en un juicio privado. Ergo, no es descaminado afirmar que, tanto el Estado como el particular, amparados por la ley, deciden voluntariamente que, en ciertos casos, lo más oportuno para sus intereses, es abrazar, en caso de conflicto, la jurisdicción arbitral. Éste es el caso del ordenamiento jurídico peruano que establece, para el supuesto de que el Estado contrate la adquisición de productos o servicios de los particulares o de sí mismo, que las controversias derivadas de esta contratación, se resuelvan en un proceso arbitral.⁶

El segundo de los principios que se supone comunes a todos los procesos arbitrales, sean éstos diseñados por las partes o supletoriamente por la Ley, es el así llamado principio de temporalidad. Un nombre que, como se verá, es bastante desafortunado. Veamos por qué.

Por principio de temporalidad se entiende por lo general que los procesos arbitrales deben desarrollarse en un lapso determinado.

⁶ Sobre este particular, ver nota 16 del Capítulo V de esta obra: La Familia Arbitral.

Quienes lo determinan son las partes y en éste y sólo en éste, rige la potestad de los árbitros de administrar justicia. Tal poder es autorizado por la ley que permite a quienes están sujetos a ella, sus traerse excepcionalmente de la jurisdicción estatal para investir contractualmente a quienes estimen más idóneos para juzgar, fuera de la luz pública en la que se desarrollan los procesos ordinarios, una controversia determinada. De aquí se sigue que, si bien son las partes las que invisten a los árbitros como tales y, en tal sentido, tienen la autoridad para hacerlo, esta autoridad es tan sólo mediata, puesto que la de ellas, en el sentido más bíblico de la metáfora, les viene de arriba: de la ley. Los árbitros, pues, tienen la potestad de administrar justicia privada porque la ley quiere que las partes así lo quieran.

Así las cosas, no se trata pues de que el principio de temporalidad se refiera a que es consustancial de los procesos arbitrales la determinación del lapso que éstos durarán,⁷ pues apenas se necesita ojear cualquier código de procedimientos aquí y en cualquier parte del mundo, para saber que en los procesos ordinarios, civiles, penales, o de cualquier otra índole, los plazos en los que el juez ha de administrar justicia constituyen un requisito esencial de dicha administración. Otro asunto es que, por razones ajenas a la ley en el Perú, estos plazos no se cumplan casi nunca.

¿A qué se refiere entonces el principio de temporalidad de los procesos arbitrales? Tal vez a que los árbitros están investidos de

⁷ Con respecto a la existencia del plazo al cual los árbitros deben ajustar el desempeño de su actividad, Ana María Chocrón considera que éste constituye una garantía para las partes, con la finalidad de obtener la solución de sus conflictos sin dilaciones indebidas, con economía y eficacia. Ver: CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 41.

Lo que parece olvidar Ana María Chocrón es que el plazo, en cualquier actividad jurisdiccional, es una garantía para las partes en la administración de justicia, sea ésta pública o privada. Sería inconcebible cualquier proceso que no estuviese temporalmente delimitado, ya sea por las partes, en caso de arbitraje, ya sea por la ley, en caso de uno ordinario.

la potestad de administrar justicia temporalmente y los jueces no? Ésta es otra de las posiciones de un sector de la doctrina. Que la potestad procesal de los árbitros se agota una vez que han cumplido con su cometido: laudar. Producido el laudo, en el lapso previsto por las partes, el árbitro queda automáticamente despojado de su investidura de administrador de justicia, volviendo a ser un simple mortal.⁸ Los jueces, en cambio se dice, no agotan su potestad de juzgar emitida su sentencia en un caso determinado, sino que siguen siendo jueces para otros casos presentes y futuros.⁹

Si bien en términos generales esto es cierto, es decir, que la potestad de los árbitros de administrar justicia se agota en un solo ejercicio mientras que la de los jueces no, esto no implica que la administración de justicia en ambos casos no sea temporal. En efecto, tanto jueces como árbitros, independientemente de cómo cesa su potestad, están investidos temporalmente. Digamos: los jueces pueden ser suspendidos, pueden ser destituidos, pueden jubilarse. En fin, ahí termina, temporalmente, su potestad de administrar justi-

⁸ La sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de noviembre de 1992 señala que «una de las ventajas de la institución arbitral y que le sirve de fundamento, es que la misma sólo dura lo que las partes determinan».

De esta manera, las partes pueden obtener el pronunciamiento arbitral en el plazo por ellas determinado, o, a falta del mismo, en el establecido por la ley. De ahí que, según la profesora Chocrón, transcurrido el plazo pactado o el legal, y la prórroga si la hubiere, sin que los árbitros hayan dictado el respectivo laudo, éstos devendrán en terceros incompetentes, sin autoridad alguna para administrar justicia. Sin embargo, nosotros decimos que todo ello, naturalmente, en caso las partes –de haber pactado un plazo máximo para el proceso– lo hubiesen acordado con el Tribunal Arbitral en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Idem*.

⁹ Lo cierto es que, por lo menos para el tiempo presente, los árbitros no dejan de serlo, esto es, no dejan de tener la potestad jurisdiccional por haber laudado o no en un tiempo determinado para un caso concreto, si están investidos como árbitros para otros casos. Así pues, de darse este supuesto, sería muy tenue la frontera que los distingue de los jueces. No olvidemos que éstos también dejan de tener jurisdicción sobre un caso ya resuelto por ellos, es decir, ya sentenciado.

cia. El cómo termina esa potestad es otro problema. Pero que la potestad es temporal en ambos, es un hecho incontrovertible.

El asunto de la temporalidad no va pues por la potestad de los actores, de los jueces y de los árbitros en sus respectivos procesos. El problema es mucho más profundo, aunque si se manejan los conceptos adecuados, bastante simple. Nosotros creemos que el principio de temporalidad de los procesos debe definirse en torno a dos supuestos. El primero, que es la potestad estatal de administrar justicia la que es temporalmente ilimitada. No son los jueces los que no tienen un límite temporal para administrar justicia, sino el Estado. Es el Estado el que tiene la autoridad y la potestad a través de sus funcionarios judiciales, de administrar justicia ilimitadamente en el tiempo. Al ser ésta una función «propia» de su soberanía, durará ilimitadamente en tanto dure, en los hechos, un Estado.

El segundo supuesto es que es la potestad arbitral de administrar justicia la temporalmente limitada.¹⁰ Limitada, no como se cree por las partes, que son sólo los operadores autorizados para este efecto, sino por el Estado. Sí. Es el Estado el que autoriza a las partes a limitar contractualmente el tiempo del proceso arbitral. Y es el Estado el que sanciona el límite temporal de la potestad arbitral, porque de no hacerlo, esta jurisdicción excepcional que se funda en la sustitución a la jurisdicción del Estado, ya no sería excepcional y, por tanto, tampoco sería temporalmente limitada.¹¹ Y esto significaría

¹⁰ La jurisprudencia española habla con acierto de límites temporales de la potestad arbitral, aunque yerra cuando establece los fundamentos últimos de esos límites. Dice la sentencia del Tribunal Supremo Español del 17 de octubre de 1988 que «[...] la sustitución de la jurisdicción del Estado por la privada establecida por las partes que se someten a un arbitraje de Derecho, sólo es válida y eficaz durante el tiempo señalado por los compromitentes, hasta el punto que dicho plazo y la determinación de los temas o puntos que integran la controversia, constituyen los *auténticos límites de la potestad arbitral*». *Ibid., loc. cit.* (La cursiva es nuestra).

Los auténticos límites son, empero, otros. Volvamos pues al texto principal.

¹¹ El profesor Otero Lastres es claro en señalar que la renuncia de las partes a la jurisdicción del Estado no puede ser indefinida, lo cual cobra importancia si

una renuncia indefinida a la jurisdicción estatal, o lo que es lo mismo, su desconocimiento y su desaparición.¹² Así pues, el principio de temporalidad de los procesos arbitrales no se refiere más que a la limitación temporal de la potestad arbitral de administrar justicia.

El tercer y último principio común a cualquier proceso arbitral es el que en la doctrina se conoce como el de *favor arbitri* o *favor arbitralis*. En pocas palabras, el principio legal por el cual el ordenamiento jurídico blinda al contrato de arbitraje, al proceso y al laudo, esto es, a la institución toda, contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Y esto porque sería absolutamente ilógico que, si la ley permite que para determinados casos los particulares se sustraigan, renunciando, a la jurisdicción estatal para resolver extrajudicialmente a través del arbitraje una controversia, no renuncien también a los medios impugnatorios que ofrece el sistema al cual han renunciado temporalmente. Lo que quiere así sabiamente el Estado, es que el arbitraje no sea letra muerta y que, quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos que tienen que ver por lo general con la vulneración de principios constitucionales o normas de orden público que importan al arbitraje.¹³

tenemos en cuenta que la opción por la vía arbitral descarta la vía judicial. Ver: OTERO LASTRES, José Manuel. *El plazo para dictar el laudo arbitral* (Commentario a la sentencia del Tribunal Supremo –Sala 1– de 20 de mayo de 1982). Madrid: Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. I, 1984, p. 81.

¹² Abona en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de noviembre de 1992, que señala que el plazo vincula a los árbitros hasta el punto de fijar los límites de la potestad arbitral, plazo que debe ser respetado inexorablemente, en la medida de que éste constituye el lapso durante el cual las partes renuncian voluntariamente al ejercicio jurisdiccional del Estado respecto de sus controversias, e invisten de facultades decisorias a los árbitros. Un plazo ilimitado de la potestad arbitral no sería otra cosa que el acta de defunción de la jurisdicción del Estado, pues ésta ya no tendría ninguna razón de ser. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 42.

¹³ En teoría, los principios constitucionales, al fundar el orden jurídico, no pueden ser desconocidos en ninguna circunstancia. Son protegidos por la Acción

En este sentido, algunos autores distinguen tres formas de protección que el Estado brinda al proceso arbitral, a saber: el favor de competencia, el favor del fallo y el favor legal.¹⁴

El favor de competencia es aquel principio por el cual queda establecido que el fondo del asunto que se ventila en un proceso arbitral, es decir, la controversia que los árbitros deben resolver pronunciándose en el laudo, es sólo competencia de ellos y de ningún otro. Así pues, quienes administran justicia en otra jurisdicción que para todos los efectos es la del Estado, no pueden bajo ninguna circunstancia competir con los árbitros en la solución de la controversia ventilada en un proceso arbitral. En tres palabras: son jurisdiccionalmente incompetentes.

Y la razón de esta incompetencia es muy sencilla. Porque las partes, cuando permitidas por la ley, renunciaron a la jurisdicción del Estado y apostaron por el arbitraje para resolver una controversia, lo hicieron en la lógica de que, por las razones que fueren, los magistrados judiciales no resolvieran su pendencia. Sustrajeron de

de Amparo. El Tribunal Constitucional, en su sentencia del 30 de abril de 2006 (Expediente n.º 1567-2006-PA/TC) se pronunció respecto a la oportunidad de la interposición de los recursos de amparo contra el arbitraje, señalando que se tienen que agotar primero las vías previas del arbitraje. Sin embargo, algunas voces ya pretenden ir más allá. En efecto, en el Proyecto Modificadorio de la Ley General de Arbitraje se propone que «Artículo 4. Autonomía del arbitraje. [...] El arbitraje sólo está sujeto a control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros». Ver: www.mjnus.gob.pe. Como puede verse, aquí se expresa en toda su dimensión la pugna ideológica entre el nuevo sistema de administración de justicia que despunta, y el viejo que agoniza. La lucha por la autonomía del arbitraje frente a la judicatura y a otros órganos de control, recién empieza. La veremos con frecuencia en los años venideros.

En cuanto a la violación de las normas de orden público por las que se puede recurrir a la judicatura, esto se refiere, casi exclusivamente, a la violación de la Ley General de Arbitraje.

¹⁴ Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

este modo, el fondo de lo reclamado, la litis misma, de la competencia judicial.

No es pues justificado el argumento según el cual –argumento, dicho sea de paso, superado por la jurisprudencia internacional y la doctrina–, esto atentaría contra el derecho de todo ciudadano de un Estado a la tutela jurisdiccional efectiva.¹⁵ Porque, desde el momento mismo en que la ley autoriza a quien así lo estime conveniente a sus intereses y bajo determinados límites, a sustraerse de la jurisdicción del Estado para resolver sus controversias en un proceso privado, está delegando en éste la tutela jurisdiccional efectiva, esto es, el derecho de todo ciudadano de un Estado cualquiera, a acceder a la justicia y a no ser privado de ella. Porque aquí, como es claro, la justicia privada encarnada en el proceso arbitral suple legalmente a la justicia ordinaria en lo que atañe a la controversia misma que dio origen al proceso arbitral.

¹⁵ Al respecto, Ana María Chocrón señala que para la jurisprudencia española, el pronunciamiento más contundente del Tribunal Constitucional a favor de la competencia arbitral para resolver con exclusividad determinadas controversias, se halla plasmado en la sentencia 176/1996, en la que se resuelve una denuncia en torno a una posible limitación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, atendiendo a que la judicatura no examinó el fondo de un asunto de competencia arbitral, sometido a su consideración. El Tribunal Constitucional español declaró que lo denunciado no podía ser compartido en la medida de que esto «supondría tanto como privar al arbitraje [...] de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción [...] legalmente establecido será sólo el recurso de nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear la cuestión de fondo del litigio tal como antes fue debatido en el proceso arbitral». *Idem*, p. 59.

Tan es así que no existe ninguna violación, ningún atentado, ningún zarandeo de la tutela jurisdiccional efectiva del Estado que, fuera del caso que atañe al fondo de lo demandado en un proceso arbitral, la tutela queda incólume cuando se trata de acudir en demanda de justicia por derechos constitucionales violados o normas jurídicas ultrajadas en el ínterin del proceso arbitral. Porque ¿quién si no el Estado puede pronunciarse sobre algo que le es propio – hasta el momento– y que no compete dirimir a ningún particular?

Así las cosas, no cabe para los procesos arbitrales y los laudos que de éstos se deriven, casación posible. Entendemos que la casación de un laudo implicaría que los Tribunales de Justicia, en instancia superior, tomen conocimiento de determinados aspectos de forma del asunto planteado a los árbitros y resuelto por ellos, en virtud de que ambas partes así lo quisieron cuando renunciaron contractualmente a la jurisdicción del Estado.¹⁶ Luego, una de esas partes no puede por sí y ante sí desconocer ese contrato y solicitar se case un laudo que no le favoreció, para que los tribunales ordinarios de justicia, aunque sea por aspectos formales, corrijan el laudo, según el criterio de esos tribunales. ¿Para qué existiría entonces el arbitraje? ¿Qué sentido tendría éste si, precisamente, de lo que se trata con el arbitraje es de que el Poder Judicial no resuelva el asunto.¹⁷

¹⁶ Sobre el sentido del recurso de casación al que alude nuestra Ley General de Arbitraje, ver la nota 19 del presente capítulo.

¹⁷ No es increíble que en algunas legislaciones, como la española por ejemplo, se hubiere permitido la casación de los laudos arbitrales, cuando en la nuestra, por ejemplo, se permite hasta la apelación del laudo ante el Poder Judicial, lo que es absolutamente inaudito (ver nota siguiente).

Según Ana María Chocrón, la Ley del 22 de diciembre de 1953, contemplaba dos tipos de recursos impugnatorios: una casación que operaba frente a los laudos dictados en los arbitrajes de derecho; y un recurso de nulidad aplicable a los laudos de equidad. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 57.

En este sentido, tal como lo indica Fenech con respecto al recurso de casación, si la decisión de los árbitros infringía una ley material, el Tribunal Supremo debía, una vez casada la sentencia (sic) arbitral, dictar una segunda sentencia

Y si no cabe casación, menos aún debería caber apelación del laudo a una jurisdicción ajena a la arbitral. Ésta es la regla general de nuestra Ley General de Arbitraje. Sin embargo, no nos parece correcto siquiera que la propia Ley contemple la posibilidad de que las partes pacten la existencia del recurso de apelación del laudo, y mucho menos ante el Poder Judicial. Esta situación que –si bien la Ley quiere que nazca de la voluntad de los contratantes–, constituye un despropósito legislado en el artículo 60, que refiere que «Procede la interposición de recurso de apelación ante el Poder Judicial, [...] El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando totalmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».¹⁸

para solucionar lo procedente, de acuerdo al régimen general de casación española que no admite el reenvío cuando el error es de derecho material; caso contrario, si existe una vulneración de forma se procederá al reenvío al tribunal arbitral con la finalidad de subsanar el defecto cometido, reanudándose el proceso hasta la decisión del aspecto litigioso con posibilidad de un nuevo recurso. Por lo tanto, el Tribunal Supremo, al corregir la infracción de la ley y casar el laudo, entraba a conocer el fondo del asunto litigioso. Ver: FENECH NAVARRO, M. «El arbitraje en el Derecho español». En: CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1962, p. 426. Con respecto al arbitraje de equidad, el Tribunal Constitucional español entendía que «[...] la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor (TS), ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es el juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de este juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal ‘saber y entender’ del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es [...] un juicio externo. El TS es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales [...] , no se pronuncia sobre el fondo». El contexto legal español respecto del arbitraje cambió con la promulgación de la Ley 36/88, de acuerdo a la que se establecía sólo el recurso de anulación tanto para el arbitraje de equidad como para el arbitraje de derecho, con lo que se superaba la antigua dualidad de recursos de la Ley de 1953. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁸ Como puede verse, el nefasto artículo 60 de nuestra Ley, se inspira en la caduca legislación española, por supuesto, ya superada.

Es decir, en buen romance, los tribunales a quienes las partes no acudieron para resolver su controversia, terminan pronunciándose sobre ella y dictando las pautas con las que los árbitros deben resolver, según le parece al Estado. Esto es una evidente violación del principio del *favor arbitris* que deben tener los árbitros para resolver el fondo del asunto litigioso para el que se les otorgó competencia exclusiva.

Por eso para nosotros –defensores por razones de lógica elemental del principio de competencia de los árbitros–, contra el proceso y el laudo no debería caber más que el recurso de anulación ante la jurisdicción del Estado, esto es, que el juez, en todo caso, sólo pueda resolver dejarlos sin efectos, como si nunca hubieran existido, pero no pueda juzgar aquello para lo que los árbitros y sólo ellos, tenían jurisdicción y competencia.¹⁹

Así, en nuestro criterio, de llegar a ser, como lo proponemos, la anulación de los procesos arbitrales y los laudos el único medio que

¹⁹ Una digresión necesaria sobre la imposibilidad de casar un laudo arbitral es la referida al sentido del artículo 77 de nuestra Ley General de Arbitraje que, precisamente, estatuye un recurso de casación. Dice el artículo 77: «Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente». Lo que aquí sanciona la Ley, no es la casación del laudo, sino la de la sentencia judicial que lo declaró, según sea el caso, parcial o totalmente nulo. De ahí que la casación a la que se refiere el artículo 77 de la Ley, manda revisar formalmente la sentencia judicial que declaró nulo el laudo, pero no revisa el fondo mismo del laudo.

Debemos recordar que, según el artículo 386 del Código Procesal Civil, las causales para interponer recurso de casación son:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o
3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236 de la Constitución.

debería existir para dejar sin efectos un juicio privado querido por las partes, el sentido común indica que los recursos de anulación deben limitarse. O mejor dicho, que para proteger a la institución arbitral, para no dinamitar sus cimientos, pocas y taxativas deben ser las causales por las que se pueda destruir un arbitraje.

De eso se trata la segunda modalidad en que se expresa el *favor arbitris*, como el principio en favor del fallo. Por éste, la ley protege el fallo de los árbitros de la única manera que puede hacerlo: garantizando que el fallo no sea tocado por la aún poderosa mano del Estado. Y cuando lo sea a través de la única arma que debería derribarlo, la anulación, que las razones que funden su solicitud sean muy pocas y contundentes.²⁰

La última de las modalidades como se expresa el *favor arbitris* es la del favor legal. Se entiende por este principio que, dado que el Estado quiere que sus ciudadanos puedan acudir a resolver sus controversias fuera de la jurisdicción misma del Estado, sustrayéndose así de ésta por un tiempo determinado si lo consideran oportuno y

²⁰ En nuestra legislación el principio a favor del fallo se encuentra plasmado en los artículos 61 y 73 de la Ley General de Arbitraje. El artículo 61 dice a la letra lo siguiente:

Artículo 61.- «Recurso de anulación

Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia». En cuanto a las causales de anulación de los laudos, éstas se encuentran legisladas en el artículo 73 y son siete. Por razones de orden se estudiarán en el capítulo correspondiente al laudo arbitral. Empero, no podemos dejar de hacer notar que mientras con una mano la ley protege a través de estas normas la intangibilidad de los laudos, limitando las causales de su nulidad, con la otra mano barre con ellos al permitir –aunque previo convenio al respecto– la posibilidad de que el fondo de la controversia resuelta por los laudos, sea apelada al Poder Judicial. Estamos pues ante una lamentable esquizofrenia legal.

apostando por la institución arbitral, sea el mismo Estado el que prevea a través del orden jurídico todas las medidas que sean necesarias para que se realice el arbitraje en una sociedad dada. Esto se funda en la lógica de que el que quiere los fines, esto es, la ‘desjudicialización’ de los litigios, también quiere los medios, o sea, toda la estructura legislativa para promover y fortalecer a la institución arbitral.

Nótese que el hecho de favorecer la competencia exclusiva de los árbitros en la controversia litigiosa (favor de competencia de los árbitros), o el laudo mismo (favor del fallo), blindándolo contra las intromisiones del Poder Judicial a través de la limitación de los recursos impugnatorios ante la jurisdicción del Estado, es un favoritismo legislativo para con el arbitraje.

En síntesis, de lo que se trata con el favor legal es que el ordenamiento jurídico se ponga a disposición del arbitraje y lo favorezca en todas sus etapas, desde la contractual, pasando por la procesal y terminando con el laudo. Que se solucionen pues, legalmente, los problemas que las partes no pueden solucionar voluntariamente, dentro del mismo arbitraje. Que de no solucionarse allí y de no existir el favor legal, el arbitraje estaría condenado.²¹

²¹ Un ejemplo bastante explícito del favor legal para con el arbitraje lo tenemos en el artículo 21 de la Ley que suple el desacuerdo de las partes con relación al nombramiento de un tercer árbitro, si es que el arbitraje estuviera pactado así, y también la falta de acuerdo de las partes en caso de tratarse de un árbitro único. Asimismo, el artículo 22 de la Ley establece una solución legal al problema que significa que el tercero designado por las partes para que proceda con el nombramiento de los árbitros, no cumpla con su encargo dentro del plazo establecido por éstos o por el reglamento de la institución arbitral. En este sentido, si es el juez al que finalmente le toca designar al árbitro o árbitros, su competencia y el procedimiento de designación se regulan minuciosamente en el artículo 23. Sobre estos artículos ver las notas 4 y 5 del Capítulo VI de esta obra, referente a los árbitros.

Por lo pronto y aunque en este mismo capítulo hemos señalado las insuficiencias de la Ley General de Arbitraje en lo que respecta a la protección legal de la intangibilidad de los fallos arbitrales, la existencia misma de la Ley es, en términos generales, la prueba más vívida del favor legal del Estado para con el arbitraje.

Capítulo XI

LAS PARTES DEL PROCESO: CONTRADICCIÓN, NO DISCRIMINACIÓN Y BUENA FE

Dualidad de posiciones: ¿Fundamento de las controversias?— Los acuerdos protestan.— El error.— Posición y parte: Una dualidad imposible.— Salvo mejor parecer: Posiciones disidentes y posiciones coincidentes.— La importancia del disenso.— Contraposición y contradicción de las partes.— Contraposición en la calle y contradicción en el proceso.— El principio de igualdad de las partes.— Algunas preguntas.— Algunas respuestas.— El debido proceso y su objeto.— Justicia: «Tú tienes derecho y tú no».— ¿Y la igualdad?— El trato igualitario de las partes en el proceso: ¿Otro mito?— Algunos cargan más y otros menos.— Igualdad de oportunidades y desigualdad de elección.— La crisis del principio de igualdad.— Nuevo vocabulario: No discriminación en el proceso y discriminación en el laudo.— Alcances.— El principio de buena fe de las partes.— Los pactos deben cumplirse.— Sin buena fe no hay arbitraje.

Si bien la materia prima de la mayoría de los procesos es la existencia de un conflicto de intereses, de una controversia que la sociedad quiere y manda que se resuelva en el estado de derecho, ésta no puede producirse sino encarnada en las partes. No hay controversia si no hay partes, sin un hombre o una institución que tengan una versión contraria a la de otro hombre o institución y que genere, a su vez, un litigio. Así pues, un proceso arbitral es, por lo menos, un asunto entre dos partes que buscan justicia. A esto se le conoce como el principio de dualidad de posiciones.¹

¹ En función al protagonismo e importancia de las partes en el arbitraje, Ana María Chocrón considera que existen principios relativos a las partes, que pueden dividirse en: a) El principio de dualidad de posiciones; b) La proyec-

Nótese sin embargo que este principio por el cual se quiere dejar establecida la existencia de dos partes que, hallándose en conflicto por un asunto determinado, ponen en marcha la maquinaria de la justicia privada dando vida a un proceso arbitral, no es privativo de los conflictos, sino también de los acuerdos. En efecto, pues antes de llegar al proceso arbitral por el cual habrá de resolverse una controversia cuya existencia requiere de por lo menos dos partes controvirtidas, dos partes también han tenido que ponerse de acuerdo, o mejor dicho, contratar un arbitraje para resolver una controversia ya existente o una por existir. Así pues, en el caso del arbitraje, el principio de dualidad de posiciones informa tanto de los acuerdos como de los desacuerdos, siendo que los acuerdos fundan, con el sometimiento a la jurisdicción arbitral, la solución de los desacuerdos.

Esto, empero, no es percibido así por un sector de la doctrina que parece circunscribir, erradamente, el principio de dualidad de posiciones únicamente a los desacuerdos entre las partes que habrá de resolver un proceso arbitral. Se dice así que el principio de dualidad de posiciones es el sustrato de la contraposición y posterior contradicción de las partes en el arbitraje.²

ción del principio de igualdad de las partes en el arbitraje; y, c) La proyección del principio de buena fe de las partes en el arbitraje. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. España: J.M. Bosch Editor, 2000, pp. 69-82.

Estos tres principios son el objeto del presente capítulo.

² Siguiendo a la doctrina tradicional, Ana María Chocrón entiende el principio de dualidad de posiciones como el pilar de la contraposición y posterior contradicción de las partes. Sostiene que para que pueda constituirse válidamente un proceso arbitral es necesaria la presencia de dos posiciones que, necesariamente también, deben estar enfrentadas. En este sentido agrega que, a pesar de que la Ley de Arbitraje española no contiene la terminología de demandante y demandado, ello no implica que el arbitraje carezca de litigiosidad, en la medida de que lo que se discute en el proceso arbitral implica una contienda entre las partes. La dualidad de posiciones implica entonces, en el arbitraje, intereses enfrentados o que las partes presumen que los habrá, los que posteriormente entrarán en contradicción. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Idem*.

Este error se origina en lo que se suele entender por dualidad de posiciones, diferenciando este concepto del de dualidad de partes.³ Existiría así dualidad de posiciones sólo si dos partes tienen dos posiciones encontradas. Por el contrario, no habría dualidad de posiciones si, por más de que existieran dos partes, sus posiciones fueran «iguales». En realidad, no puede haber diferencia entre dualidad de partes y dualidad de posiciones, así como tampoco podría haberla entre pluralidad de partes y pluralidad de posiciones. Y no la puede haber porque las posiciones se encarnan en las partes, son manifestaciones de su voluntad y, por tanto, son consustanciales a ellas. Así pues, habrán tantas posiciones como partes haya. Y ninguna posición será «igual» que la otra en tanto ninguna parte puede ser igual que las otras. Creer que pueden existir dos partes y una sola posición es creer como Platón que puede existir un mundo de las ideas absolutamente independiente del mundo de los hombres lo que, por supuesto, es bastante discutible. Para nosotros, son los hombres particularmente concebidos los que toman posición respecto a algún hecho o derecho, y esa posición sólo puede pertenecerle particularmente a cada uno de ellos. Que la posición de Marx coincida con la de Engels no significa que Marx y Engels sean la misma persona, porque sólo siéndolo, su posición podría ser igual. Las posiciones siempre serán distintas, aunque coincidan, porque tanto Marx como Engels son personas absolutamente diferentes. No es pues la posición la que determina la existencia de las personas, sino las personas las que determinan la existencia de sus posiciones. No es porque la posición filosófica de Hegel es contrapuesta a la de Marx, que existen Hegel y Marx.

³ El profesor Juan Montero Aroca considera, precisamente, que se debe distinguir entre dualidad de partes y dualidad de posiciones, en la medida de que si no puede existir un proceso con una sola parte, sí puede darse con más de dos partes. En este sentido, según él, en el proceso con pluralidad de partes se mantiene el principio de dualidad de posiciones, a pesar de existir más de dos partes con plenitud de derechos, cargas y deberes procesales. Ver: MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Ediciones Tecnos, 1976, pp. 236 y 237.

Así pues, el principio de dualidad de posiciones es el mismo que el de dualidad de partes si, evidentemente, son dos las partes. Un asunto bien distinto es que éstas y sus posiciones pueden coincidir o disentir. Así las cosas, no tiene mucho sentido hablar de dualidad de posiciones en tanto, no necesariamente, siempre habrán dos partes que coincidan o disientan, sino muchas más. Por eso, nosotros consideramos que es mucho mejor hablar de posiciones coincidentes y posiciones disidentes. Sólo en este último caso, el del disenso, entenderíamos que el así llamado principio de dualidad de posiciones funde la contraposición y contradicción de las partes. Y esto es obviamente así si por arbitraje se entiende sólo el proceso arbitral.

Pero, el arbitraje es mucho más que el proceso arbitral, y los diez capítulos precedentes dan fe de ello. En realidad, el principio de dualidad de posiciones es un concepto neutro, que de lo único que nos informa es que para la existencia de acuerdos o desacuerdos deben existir a su vez al menos dos partes que estén de acuerdo o en desacuerdo. Y en el arbitraje, como hemos visto, el principio se manifiesta en ambos: en los acuerdos entre dos partes que deciden contratar un arbitraje para resolver desacuerdos presentes o futuros, y en los desacuerdos que se resolverán concretamente en un proceso arbitral.

Así pues, cuando se trata del primer caso, es decir, cuando el principio de dualidad de posiciones se manifiesta en los acuerdos, es absurdo sostener que éste funde la contraposición y contradicción de las partes. Todo lo contrario. En este caso lo que funda es la convergencia en vez de la contraposición y la coherencia en vez de la contradicción. Sólo así dos partes pueden contratar un arbitraje.

De suyo va que también se necesitan dos para una controversia y que, por lo tanto, el principio de dualidad de posiciones anima también cualquier proceso donde estas controversias tengan que ser resueltas. Pero aquí hay que ser muy precisos. Pues como se colige

de lo antedicho, una cosa es la manifestación de una controversia y otra muy distinta el proceso de su solución legal.⁴

En este sentido, es correcto afirmar que ante la falta de acuerdos entre dos partes sobre un hecho o derecho determinado, produzca entre éstas una versión distinta, una posición contraria sobre un mismo hecho o derecho que separa a las partes, contraponiéndolas o, si queremos ser más precisos, contraponiendo sus intereses. Pero que esto se produzca, o sea, que el interés de una parte se contraponga al interés de otra, si bien nos informa igualmente sobre una dualidad de posiciones, cuya característica es el desacuerdo, nada nos dice todavía sobre su solución a través de un mecanismo legal para este fin que, en el caso que nos ocupa, es el proceso arbitral.

En efecto. Pues si bien, como veremos, no puede haber proceso arbitral sin controversia, sí puede haber controversia sin proceso arbitral, aunque en ambos casos opere el principio de dualidad de posiciones entendido como posiciones disidentes. Porque, digamos, dos partes pueden tener intereses contrapuestos y ventilarlos en la vía pública, a grito pelado o a puño limpio sin que el grito ni el golpe impliquen ninguna solución legal que zanje la controversia. No hay pues aquí ningún proceso jurídico de la controversia, ningún cauce legal por el que esas posiciones contrapuestas discurran hacia una solución de Derecho. Los gritos no se convierten en alegaciones y los golpes no se subliman en recursos probatorios porque la calle no tiene ni la autoridad ni la potestad para decir cuál posición es justa y cuál no, en tanto que ni la ley ni las partes le han dado esa autoridad y esa potestad a la vía pública.

Y es más. Como habíamos advertido, la solución jurídica a esta dualidad de posiciones controvertidas pasa, en el caso del arbitraje,

⁴ «[...] mientras la contraposición alude a la situación o posición de las partes con intereses contrapuestos, es decir, a la controversia misma, la contradicción hace referencia a la actuación de las mismas dentro del proceso, de forma que puedan rebatirse y cruzar sus respectivas alegaciones y pruebas, lo cual concierne al órgano articularlo». CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 71.

por la dualidad de posiciones convergentes de encauzar las controvertidas en un proceso arbitral. Es recién cuando las partes en conflicto se ponen de acuerdo en querer el proceso arbitral para dirimir sus controversias, que el principio de dualidad de posiciones controvertidas o disidentes opera como una contradicción entre las partes, en la medida de que, ante una autoridad investida por las partes con poderes para juzgar, éstas contradicen recíprocamente los hechos y derechos que cada una alega. Contradice pues una parte la posición de la otra y viceversa. Y siempre se contradice ante alguien, ante alguien que tenga las calidades jurisdiccionales y que pueda decir a qué parte le asiste o no el derecho. He ahí la diferencia entre contradicción y controversia o contraposición de intereses. La primera necesita de dos partes con intereses contrapuestos, es cierto, pero de un tercero que los dirima de acuerdo a ley. La segunda, la controversia, sólo necesita de dos partes contrapuestas.

Ésa es la razón por la cual, ya que estamos tratando aquí sobre las partes en el proceso arbitral, nos hemos negado a seguir a un sector de la doctrina que estatuye como uno de los principios rectores de dicho proceso, la dualidad de posiciones. Tal como hemos podido demostrar, este es un principio asaz impreciso, conceptualmente hablando. Nosotros hemos optado por el más preciso principio de contradicción de posiciones que, además, sólo puede darse, como hemos visto, en el proceso arbitral.

Otro de los principios relacionados con las partes que anima un proceso arbitral, es el que la doctrina conoce como «principio de igualdad de las partes». Pero, ¿qué debe entenderse por este principio? ¿Acaso que las partes son iguales? ¿Que tienen tal vez derechos y obligaciones iguales? ¿Que sus oportunidades son iguales para hacer valer sus derechos o demostrarlos en el proceso arbitral? La doctrina parece responder a todos estos interrogantes con suma confianza y claridad, sosteniendo que este principio ha implicado, tradicionalmente, que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en función de la defensa de sus respectivos intereses porque, finalmente, las partes son iguales

ante la ley, el juez o el árbitro o, al menos, su posición en el proceso es igual. De eso se trataría el principio de igualdad de las partes.⁵

Pero, ¿de eso se trata en realidad este principio? Veamos.

En primer lugar no es concebible hablar de igualdad de las partes o posición igualitaria de las partes en un proceso arbitral. Y la razón es muy simple. Porque si las partes fueran iguales o su posición fuera igual en el proceso, entonces no podría haber proceso alguno. Porque para que un proceso exista, precisamente, las partes no pueden ser iguales. Si lo fueran, sólo existiría una parte y por lo tanto una sola posición, lo que haría imposible el principio de dualidad de partes y dualidad de posiciones disidentes que, como hemos visto, dan vida en el proceso arbitral al principio de contradicción.

En este sentido, de lo que se trataría es más bien de que las partes tengan las garantías procesales necesarias para que puedan ejercer en toda su magnitud el principio de contradicción en el proceso arbitral. Esto es lo que conocemos como el debido proceso que, nada tiene que ver con una pretendida igualdad de las partes, por lo demás, absolutamente inexistente. Porque, precisamente, el fin del debido proceso es que se haga justicia, es decir, que el resultado del proceso expresado en un laudo determine que las partes no son jurídicamente iguales a ojos del árbitro. Y esto porque, contrariamente a lo que se suele afirmar,⁶ la esencia de la justicia no es la igual-

⁵ Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 76.

⁶ En efecto. El principio de igualdad de las partes no sería sino una proyección del principio universal de igualdad ante la ley, cuyos orígenes se remontan a la Revolución Francesa. Las partes serían iguales ante el árbitro porque éste encarna a la ley. Sin embargo, lo cierto es que la igualdad ante la ley no es más que una ficción jurídica por la cual se vuelven iguales a quienes, en la realidad del mundo, no lo son. Pero ya en el plano mismo de la ficción, el principio de igualdad ante la ley tiene grietas que la vieja doctrina «moderna» debería poder resanar, si pretende que este edificio conceptual siga en pie. Porque, en efecto, ¿somos todos iguales ante la ley? ¿Son los menores de edad

dad, sino la desigualdad frente al Derecho en tanto que para el juzgador, una parte debe tenerlo y la otra no. Así pues, hacer justicia es declarar la desigualdad de los que creen tener iguales derechos.

Ahora bien. Que la ley le otorgue a las partes las garantías necesarias para el ejercicio del principio de contradicción procesal, tampoco implica que las partes deban recibir, con relación a estas garantías, un trato igualitario por el árbitro en el proceso. Porque, en efecto, para hallar quién de las dos partes tiene el derecho, no es infrecuente ni indeseable que el árbitro pueda –y deba– imponerle a una de ellas más cargas, más deberes y más obligaciones que a la otra.⁷ *Contrario sensu*, podría haber una parte que tenga menos cargas, menos deberes y menos obligaciones en el proceso. Esto sig-

iguales que los mayores de edad ante la ley? ¿Son los condenados penales iguales que los inocentes ante la ley? ¿Son los militares –en el Perú al menos– iguales que los civiles ante la ley? ¿Es el Presidente de la República igual que Perico de los Palotes ante la ley? ¿Ante qué ley son iguales? ¿Ante la Ley de leyes? ¿Pero no es ésta, acaso, la que reconoce estableciendo, precisamente, que ante ella estos sujetos no son iguales? Con estas preguntas no es nuestra intención desarrollar un debate doctrinario sobre el viejo principio de igualdad ante la ley en una obra sobre el arbitraje, cuando el debate debería canalizarse en algún ensayo de Teoría del Derecho. Sólo hemos querido dejar establecido, que incluso en el plano de la ficción jurídica, el principio de igualdad ante la ley y su carácter universal, es un principio teóricamente discutible. Luego, su proyección en el proceso arbitral también.

⁷ «[...] El principio de igualdad procesal exige que las dos partes contrapuestas del proceso gocen de los mismos derechos y libertades y asuman las mismas obligaciones, cargas y deberes; y por ello no se atenta contra este esencial principio por el hecho de que una de las partes tenga que probar más extremos que la otra ajustándose a los principios que regulen la carga de la prueba que, no es ni puede ser atentatorio a este principio. *Al contrario la esencia del proceso puede exigir que una parte haya de probar más hechos que la contraria o que los medios de prueba que quiera utilizar puedan ofrecer para su práctica más dificultades que la otra [...]*» Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 22 de septiembre de 1992. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 76. (La cursiva es nuestra).

Lo que a nuestro entender dice esta sentencia, más allá de las piruetas conceptuales, es que las partes pueden recibir un trato desigual en el proceso en aras de la misma justicia que se pretende encontrar.

nifica que no existe ninguna garantía de que las partes deban ser tratadas con igualdad en el proceso. Así pues, la igualdad de las partes no puede ser concebida como una garantía procesal.

¿Qué es entonces lo que garantiza la ley a las partes de un proceso? No otra cosa que todos los medios o recursos procesales que la ley pone a disposición de cada una de las partes, para que éstas los utilicen como crean conveniente. Y, como bien podrá adelantar el lector avisado, ni estos medios o recursos procesales serán utilizados igualmente por las partes –cada una elegirá el que le interese–, ni los recursos son necesariamente iguales para ambas partes, sino que dependerán en algunos casos de la posición que ocupe cada una de ellas en el proceso arbitral. Así por ejemplo, a la parte actora le corresponderá demandar y a la que se opone le tocará contestar y, en su caso, reconvenir (contrademandar).⁸ De ahí que, ni siquiera los recursos o medios procesales que la ley pone a disposición de las partes son iguales para ambas.⁹

Es cierto, al menos formalmente, que es en la cuestión de oportunidades procesales, esto es, de la libertad que tendrían las partes para elegir los recursos de uso común que la ley pone a su disposición en el proceso, que el así llamado principio de igualdad de las partes cobraría mayor sentido. Empero, esto también es debatible. En primer lugar, habría que discutir si la igualdad atañe a las partes o a las oportunidades. Nos inclinamos por esta última hipótesis,

⁸ Con excepción del supuesto de demandas simultáneas, cuando ello hubiese sido pactado por las partes. En nuestro medio el tema está contemplado por el artículo 38 del Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

⁹ Guasp considera que el principio de igualdad «no es una norma fundamental del proceso de manera directa, aunque puede serlo de un modo secundario, indirecto o reflejo». GUASP, Jaime. *Administración de justicia y derechos de personalidad. Revista de Estudios Políticos*, tomo IX. 1944, p. 93.

Fundamenta su posición al delimitar la igualdad jurídica, en la que no tiene por qué existir actitudes jurídicamente equivalentes entre el que pretende y el que se opone.

porque que la ley otorgue oportunidades procesales a todos los que quieran hacer valer una pretensión en una corte de justicia o en un tribunal arbitral, no significa que todos ellos sean iguales procesalmente hablando. Y esto porque de la igualdad de oportunidades, no puede colegirse lógicamente la igualdad de los usuarios. Como hemos afirmado anteriormente, es esa desigualdad frente al derecho que se pretende, la que funda el proceso.

Así pues, de lo único que podemos estar seguros es de que el carácter absoluto del así llamado principio de igualdad de las partes en el arbitraje, es, por las razones expuestas, bastante controvertido. Esta controversia nos lleva a interpretar, ya fuera de la tradición doctrinaria a todas luces insuficiente, el sentido que anima el susodicho principio. Pues que se hable de igualdad de las partes, de igualdad de oportunidades, de igualdad de derechos y obligaciones, de posiciones igualitarias, entre otras «igualdades» que sostiene la tradición deben animar el proceso arbitral –y, en realidad, cualquier proceso–, tiene por sentido último que las partes, por más desiguales que puedan ser en el proceso, según hemos podido constatar en los párrafos precedentes, no sean discriminadas en sus pretensiones por los árbitros.

Esto significa que durante el proceso y antes del laudo, esto es, cuando las partes contradicen ante el árbitro sus hechos y sus derechos, éste no debe tomar partido por ninguna de ellas en desmedro de la otra. Y ello porque aunque deba finalmente tomar partido en el laudo, pues para eso es árbitro, no puede hacerlo sin escuchar ni analizar las posiciones de ambas a través de todos los medios procesales que la ley les permite utilizar para tal fin. Lo que también quiere decir que no puede tomar partido impidiendo que una de las partes pueda ejercer plenamente el principio de contradicción procesal. Hacerlo significaría discriminar a las partes antes de lo que la ley permite, que es en el laudo donde se discrimina quién tiene el derecho y quién no. En este orden de ideas, cualquier discriminación anticipada no es más que un despropósito en tanto le quita todo sentido al proceso por el cual debe llegarse a la justicia.

De este modo podemos afirmar que el principio de igualdad procesal de las partes, bien podría ser traducido por el más lógico y coherente «principio de no discriminación de las partes» en el proceso, que salvaría todas las objeciones teóricas al primero, rescatando su sentido final.

El último de los principios aplicables a las partes de un proceso arbitral es el de la buena fe de las partes. Es, sin duda, el que menos controversia tiene con relación a los anteriores de dualidad de posiciones (contradicción) e igualdad (no discriminación). Y tal vez esto se deba a lo indesligable de este principio con la naturaleza propia de la institución del arbitraje, entendida ésta en el amplio sentido contractual y procesal.

Porque, en efecto, es porque las partes tienen fe en la institución arbitral, creen en ella y por tanto la desean como medio idóneo para la solución de una controversia determinada o futura por determinar, que, primero, contratan un arbitraje; y, segundo, llegado el caso, se someten voluntariamente al proceso arbitral. Y es precisamente por su origen contractual privado en que dos partes acuerdan libre y espontáneamente sus voluntades para llegar a un determinado fin satisfactorio para ambas –el proceso arbitral y el laudo–, que la buena fe es consustancial a la justicia privada. Pues, en teoría, son ambas partes las que desean someterse a sus beneficios y nadie las obliga más que ellas mismas.

Así pues, constituiría un despropósito que luego de haber querido libremente un arbitraje, pactado a través de un contrato, las partes no guarden «[...] una actitud de colaboración, de no obstrucción en el desarrollo de un procedimiento que las mismas partes han diseñado, o remitido a una institución arbitral, o a los propios árbitros [...].»¹⁰ En pocas palabras, que las partes incumplan el contrato y boicoteen el proceso arbitral, haciendo letra muerta del principio

¹⁰ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 81.

fundamental que anima el derecho contractual y el derecho positivo en general, esto es: que los pactos deben cumplirse.

Por eso es menos probable que se incumpla –es decir, que no se tenga buena fe– un contrato privado como el que da origen a la justicia arbitral, que un «contrato social», origen de la jurisdicción del Estado en donde, «al haber intervenido todos», no ha realmente intervenido ninguno y, por tanto, se puede ser más proclive a la mala fe.

De ahí nuestra afirmación de que sin buena fe de las partes, no habría ninguna posibilidad de éxito para la existencia de la institución arbitral.

Capítulo XII

PARTES Y ÁRBITRO: BALANCE DE PODERES

Dominio contractual: Dominio de las partes.— Dominio procesal: Diarquía partes-árbitro.— Principios en cara y sello.— La cara de las partes: Principios dispositivo y de aportación.— De qué disponen las partes.— Disposición del inicio del proceso: Una facultad absoluta.— Disposición del objeto del proceso: Polémica.— Disposición del fin del proceso: Una facultad relativa.— Se inicia el proceso: La demanda.— Requisitos de admisión y poder de las partes.— La supletoriedad de la ley.— El caminio del Código Procesal Civil.— ¿Una demanda mutante?— Disposición del objeto litigioso.— Nadie mejor que las partes para saber...— Disposición sobre el fin del proceso.— Desistimiento y laudo.— Arte de birlibirloque: Desistimiento con cara de laudo.— Partes y aportación de pruebas.— La Inquisición de los árbitros: Una necesidad.— La cara de los árbitros: Principios de oficialidad y de impulso de oficio.— Coto prohibido: El objeto del litigio.— Competencia de las partes y una norma incompetente.— Al servicio de las partes: El impulso de oficio.

No cabe duda de que, por sus características de juicio privado, el arbitraje, tanto en el aspecto contractual como procesal, está dominado por las partes. Este dominio, sin embargo, no significa soberanía, esto es, la potestad de las partes para hacer y deshacer a su guisa, al menos, fuera del ámbito contractual donde sí son amas y señoras. Pues, en efecto, en los contratos sólo la ley limita la voluntad de las partes. Y, no lo olvidemos, son las partes de un contrato las que dan vida al arbitraje suscribiendo un convenio arbitral, definiendo los mecanismos de designación de árbitros y diseñando, si les place, el procedimiento que regirá el juicio privado a cargo de estos administradores de justicia particulares.

Pero ahí termina, con la extinción de la etapa contractual del arbitraje, el omnímodo poder de las partes. Producida la controversia, esto es, la hipótesis que da vida al proceso arbitral en atención al contrato celebrado por las partes, éstas tienen que compartir tablas con quienes, a su solicitud o con su venia, habrán de dirimir la controversia. Y, de este modo, como si se tratara de una *mise en scène*, las partes son siempre las grandes protagonistas del proceso arbitral, pero la dirección de éste está en manos de la justicia, es decir, de los árbitros.

Siendo como es privado el juicio, pero juicio al fin y al cabo, comparten poderes las partes y los árbitros en una interrelación que está alumbrada por determinados principios que afectan el proceso arbitral. Son éstos, según la doctrina, el principio dispositivo y el de aportación de parte que rigen las facultades de los contendientes, los cuales están complementados a su vez por el principio de oficialidad y el de impulso de oficio, que rigen la actuación del órgano arbitral.¹ Cara y sello de una misma medalla: el proceso.

Así pues, el poder más importante de las partes en el proceso arbitral es el de disponer las tres acciones que animan la existencia misma del proceso, a saber: el objeto del proceso o sobre qué deben pronunciarse los árbitros para dirimir la controversia que los enfrenta; el inicio del proceso o el momento en que las partes consideran necesaria la intervención de la jurisdicción privada previamente pactada; y, eventualmente, el fin del proceso cuando antes del laudo, las partes se sustraen al mismo para arreglar su controversia fuera de la justicia privada que ellas mismas pusieron en marcha.²

¹ Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. Madrid: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 83.

² Tradicionalmente la mayor parte de los autores ha delineado el principio dispositivo en torno a los siguientes aspectos:

a) Iniciativa de partes con la finalidad de poner en marcha la actividad jurisdiccional.

De estas tres facultades dispositivas, sólo la del inicio del proceso arbitral es, sin duda alguna, absoluta, pues resulta imposible –dado el carácter privado del mismo– que el proceso pueda incoarse de oficio. De otro lado, como se verá en su momento, cierto sector de la doctrina sostiene la controvertida tesis de que subsidiariamente el órgano arbitral puede intervenir en la determinación del objeto litigioso (principio de oficialidad), por lo que esto haría que la disposición de las partes de determinar el objeto litigioso sea relativa.³ Nosotros no estamos de acuerdo con esta posición y por el contrario sostenemos la tesis de que sólo las partes pueden determinar el objeto litigioso de una controversia jurídica. Sí creemos que la disposición de las partes de poner fin al proceso es relativa en tanto como casi siempre ocurre, es el órgano arbitral el que pone fin al proceso mediante el laudo (cuya consecución es posible, en buena medida, gracias al principio del impulso de oficio).

Como hemos señalado, el único fundamento que permite que la justicia privada se ponga en marcha a través de un proceso arbitral, es el poder de las partes que dispone darle inicio. Pues son las partes, no lo olvidemos jamás, las que buscan y quieren acudir a esa vía extrajudicial de solución de controversias, contratándola en el

-
- b) Fijación del objeto del proceso por los particulares.
 - c) Congruencia del pronunciamiento del órgano con las pretensiones de las partes.
 - d) Poder de disposición en torno a la existencia misma del proceso. Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 84.

Como se verá en el *corpus* de este capítulo, nosotros no hemos seguido la división que hace la doctrina tradicional sobre los que se consideran los poderes decisarios de las partes. Pensamos que una clasificación más exacta es aquella que pone de manifiesto que la existencia misma del proceso arbitral está condicionada exclusivamente a: a) el inicio del proceso; b) lo que se discute en el proceso; y c) al fin del proceso; todos éstos, en mayor o menor grado, poderes de disposición de las partes.

³ En torno a la fijación del objeto litigioso por las partes, Ana María Chocrón hace notar que aquél es facultad de éstas, pero no con carácter exclusivo, ya que se concede a los árbitros la posibilidad de delimitar la controversia sometida a arbitraje. *Idem*, p. 86.

convenio arbitral o contrato de arbitraje. Luego, sólo ellas tienen la potestad para exigirla e iniciarla cuando se produzca la hipótesis de incidencia, es decir, la controversia.

Pero que las partes quieran el arbitraje y, por tanto, producida la controversia, quieran también darle inicio, no es condición suficiente para que éstas puedan disponer su voluntad en ese sentido. Eso no basta. Aquí querer no es poder. Como refiere la doctrina, las partes sólo pueden disponer de lo que es suyo, que en términos jurídicos son derechos sobre los cuales tienen absoluta libertad de acción. Es entonces porque las partes pueden efectivamente disponer de determinados derechos, que éstos, a su vez, pueden hacerse valer donde las partes lo estimen conveniente. Así, garantizada la tutela jurisdiccional efectiva por el Estado, las partes de una controversia sobre derechos de libre disposición pueden, precisamente, disponer que éstos sean ventilados ya sea en los tribunales ordinarios de ese mismo Estado, ya sea en un tribunal arbitral si es que la ley contempla esta jurisdicción alternativa. De este modo, la iniciativa de parte con la finalidad de poner en marcha la actividad jurisdiccional, cualquiera sea ésta, se funda en la disponibilidad absoluta de los derechos controvertidos por los que pretenden ser sus titulares.⁴ Por el contrario, cuando los derechos no son de libre disponibilidad sino que interesan también a la sociedad, es el Estado el que determina la jurisdicción donde éstos han de ventilarse en caso de controversia, y en no pocos casos, es el Estado mismo el que tiene aquí la iniciativa procesal a través de su actuación de oficio.

⁴ «El principio dispositivo, en sentido estricto, con sus manifestaciones de disponibilidad del derecho de acción (y excepción), determinación del objeto del juicio (*petium* y *causa petendi*) y congruencia, encuentra su fundamento en la naturaleza privado-disponible de las situaciones jurídicas sustanciales que entran en juego en el proceso civil y la necesidad de su mantenimiento no es discutida [...]. CORDÓN MORENO, Faustino. «En torno a los poderes de dirección del juez civil». En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1979, tomo LXIII, p. 810.

Lo dicho por el profesor Moreno es igualmente aplicable al proceso arbitral.

Dicho esto, es necesario subrayar que la iniciativa de parte en el arbitraje, como en toda justicia rogada, no puede entenderse restrictivamente, es decir, como un mutuo acuerdo de las partes para disponer conjuntamente el inicio del proceso arbitral. En todo caso, si un mutuo acuerdo ha existido sobre la hipótesis de dar inicio a un arbitraje, éste está ya contemplado, así lo creemos nosotros, en el contrato en que las partes han querido voluntaria e inequívocamente someterse, llegado el caso de una controversia que las separe, a la jurisdicción arbitral. Así pues, producida la controversia, cualquiera de las partes contratantes de esa vía extrajudicial de solución de conflictos puede, sin concurso de la otra, iniciar el proceso de arbitraje.⁵

Ahora bien, el arbitraje no es la única vía de solución pacífica de controversias regida por el principio de la justicia rogada. Justicia rogada también es el proceso civil en el cual, como en el arbitraje, la iniciativa de parte activa la maquinaria jurisdiccional del Estado. Aunque procesos distintos, sin embargo, la iniciativa de parte se expresa de una misma forma: a través de una demanda.⁶ Una parte inicia el proceso civil o el arbitral demandando justicia y alegando el reconocimiento de un derecho por ella pretendido.

Empero, y aunque los dos procesos se inician con una demanda que en términos generales sigue el mismo derrotero que señala la teoría general del proceso, existen matices teóricos dada la distinta naturaleza legal de ambos procesos.

⁵ Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 85.

⁶ En algunos países como en España, por ejemplo, no existe el escrito de demanda ni hay oposición del demandado en el arbitraje. Por lo tanto, los principios por los que se rigen las demandas, como el de inmutabilidad de la demanda, no se podrían aplicar en estos casos. Este problema formal –la inexistencia de demanda– ha puesto en serios aprietos a la doctrina española cuando ha pretendido justificar el principio de inmutabilidad de la demanda en el proceso arbitral, íntimamente ligado a la delimitación del objeto litigioso que es uno de los principales poderes de la iniciativa de las partes en el proceso. *Idem*, pp. 88-90.

En efecto. En el caso de la justicia ordinaria, las partes que quieren acceder a ésta deben ser estrictas en el cumplimiento de la ley de la materia, es decir, su ruego debe circunscribirse a lo que dice el Código Procesal Civil sobre el que las partes no tienen ninguna injerencia. En el caso de la justicia arbitral, en cambio, las partes deben ser estrictas en el cumplimiento del contrato de arbitraje o acuerdo arbitral hecho por ellas a su medida, y sobre el que tienen injerencia directa y pueden modificar de común acuerdo. Es decir, que su ruego expresado en la demanda tiene como principal corsé el acuerdo arbitral y luego, en segundo término, la Ley General de Arbitraje y el Código Procesal Civil en lo que sea aplicable, en tanto éste resume en términos generales la teoría general del proceso, aplicable también a los procesos arbitrales.

Así pues, en el arbitraje, los requisitos para la admisión de la demanda están, teóricamente, a cargo de la iniciativa de las partes porque son ellas las que tienen la libertad de regulación del proceso, cosa que no sucede con la justicia ordinaria.⁷

Ahora bien, sólo cuando las partes no han previsto contractualmente el procedimiento a seguir (en este caso, en lo que se refiere a la admisión de la demanda), es decir, no han hecho uso de esa iniciativa que les confiere la Ley General de Arbitraje para regular su propio proceso, se aplica supletoriamente el proceso establecido en esa misma Ley (artículo 34), en concordancia con el Código Procesal Civil, ley que regula a su vez los procedimientos civiles y que, como hemos dicho, resume la teoría general del proceso.⁸

⁷ El artículo 33 de nuestra Ley General de Arbitraje establece la libertad de regulación del proceso.

⁸ En el caso que nos ocupa sería el artículo 426 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, que dice:

Artículo 426.- *«Inadmisibilidad de la demanda.-*

El juez declarará inadmisible la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por la ley;

No es común, sin embargo, que sean las partes las que regulen su propio proceso y que, por lo tanto, prevean contractualmente las reglas de juego procedural que la naturaleza del arbitraje y la propia Ley les conceden como prerrogativas suyas. Suele suceder entonces, como regla general, que el proceso esté regulado, en defecto, por el procedimiento supletorio de la Ley, y por las reglas que rigen a los procesos civiles en general, en lo que sean aplicables. De ahí que también, como regla general, los requisitos para la admisibilidad de la demanda en los procesos arbitrales estén regulados por la Ley General de Arbitraje y por el Código Procesal Civil en lo que sean pertinentes.

Una pregunta que resulta válida es cuál es el límite de la voluntad de las partes en lo que atañe a los requisitos que éstas pueden imponer contractualmente para la admisibilidad de la demanda en el marco de la libertad de regulación del proceso arbitral. Y la respuesta es el sentido común. Ése es el límite. Hay ciertos requisitos mínimos que no se pueden soslayar y que por lo general son los que están contemplados en el Código Procesal Civil que, como ya hemos dicho, resume la teoría general del proceso. Así, las partes no podrían determinar que no exista ningún requisito para la admisibilidad de una demanda llegado el caso de una controversia que deba llevarse a arbitraje. Por más que las partes sancionen esto con su voluntad, es razonablemente inadmisible, por ejemplo, una demanda que carece de demandado o una en la que no quede claro o simplemente no exista lo que se demanda (artículo 426, inciso inciso 3 del Código Procesal Civil). De ahí que, en nuestra opinión, creemos que los requisitos mínimos para interponer una demanda son, en lo que fuera aplicable al arbitraje, los estipulados en el artí-

-
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
 4. La vía procedural propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.
- En estos casos el juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo el expediente».

culo correspondiente a la inadmisibilidad de la demanda del Código Procesal Civil.

Ahora bien, ¿pueden disponer las partes de un proceso arbitral, de la demanda misma? En otras palabras, ¿pueden en el curso del proceso transformar, alterando o modificando, el objeto litigioso que le dio origen?

Como ya hemos referido anteriormente, cierto sector de la doctrina perfila la discutible tesis de que los árbitros pueden contribuir a delimitar el objeto litigioso de una controversia, sobre todo, se dice, tratándose de arbitrajes pactados para conflictos futuros sobre los que no puede tenerse al momento de la suscripción del convenio arbitral una determinación precisa. De ahí que, con mayor razón las partes podrían a su vez hacer lo mismo en la demanda para adecuarla a la delimitación del objeto litigioso hecho por los árbitros. Ello implicaría, obviamente, que ésta pueda mutar. Lo que significaría, en buena cuenta, la relatividad y por tanto la excepción, en el proceso arbitral, del principio de prohibición de *mutatio libelli*, es decir, de que la demanda no puede alterarse.⁹

Tal posición y su «secuela lógica» son absolutamente inadmisibles. Y la razón es muy sencilla. El tribunal o el árbitro en su caso, no son partes del proceso arbitral para delimitar el objeto litigioso que sólo a las partes corresponde delimitar.¹⁰ De este modo, al ser

⁹ En ese sentido, se sostiene que la prohibición de la *mutatio libelli* en el arbitraje debe entenderse a la luz del poder de los árbitros de, subsidiariamente, determinar el objeto litigioso, lo que engendraría el poder de las partes de someter todas las cuestiones litigiosas que se deriven o puedan derivarse de relaciones jurídicas establecidas. Ver: SANTOS VIJANDE, Jesús María. «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Arbitraje: la alternativa de arbitraje de Derecho o de equidad, los plazos preclusivos de alegaciones, la inactividad de las partes y la documentación de las actuaciones en el procedimiento arbitral». En: *La Ley*. La Rioja, 1989, tomo IV, p. 1050.

¹⁰ Los árbitros no pueden modificar las pretensiones de las partes que corresponde exclusivamente formular a éstas y que se encuentran expresadas en la

lógicamente imposible que los árbitros asuman el papel de las partes en el proceso, y por consecuencia no tengan el poder de éstas de delimitar el objeto del proceso, en el caso que nos ocupa las partes tampoco podrán mutar una demanda para adecuarla a una imposible delimitación del objeto litigioso por cuenta de los árbitros.

Sólo así, desterrando cualquier pretendida excepción del principio de inalterabilidad de la demanda en el arbitraje, puede salvarse la congruencia del pronunciamiento del órgano arbitral con las pretensiones de las partes, es decir, la necesaria relación que debe existir entre lo demandado y lo resuelto. Lo contrario sería la incongruencia que llevaría inexorablemente a la destrucción del proceso.

Hasta aquí todo lo referido al poder dispositivo de la iniciativa de parte en el arbitraje y sus temas conexos. Haremos ahora un breve repaso de las potestades de disposición que tienen las partes con el objeto del proceso y con su fin.

En lo que toca al poder que tienen las partes para disponer sobre el objeto litigioso, ya hemos avanzado bastante en el punto precedente. Baste con decir aquí que es obvio que las partes son las llamadas naturalmente a fijar el objeto litigioso de una controversia, en la medida de que los derechos controvertidos estén en la esfera

demandada. Es más. Si dentro de las pretensiones de las partes existiese alguna que no se deduce del convenio arbitral como derecho arbitrable, no es al tribunal al que corresponde descalificar oficiosamente tal pretensión «delimitando» el objeto litigioso. Importa, como es obvio, al demandado hacerlo a través del recurso que la Ley le otorgue para tal efecto (excepción de incompetencia dentro de los cinco primeros días para contestar la demanda). Y si no lo hiciera así, el tribunal está, en nuestra opinión, obligado a conocer la pretensión en la medida de que el demandado ha consentido tácitamente que esta pretensión del demandante sea sometida a la competencia del tribunal. Se podría afirmar entonces que en este caso las partes han ampliado los alcances del convenio arbitral, incorporando como materia arbitrable un punto que no se encontraba previsto originalmente y que, por tanto, puede convertirse legítimamente en una pretensión que los árbitros no pueden descalificar de oficio en la demanda.

de lo que éstas puedan disponer libremente. Nadie mejor que ellas para saber la existencia de un litigio y sobre qué es ese litigio. En consecuencia, nadie mejor que ellas para determinar el objeto de lo controvertido y para someterlo a la consideración de los administradores de justicia.

La última de las potestades dispositivas de las partes que importa –como la de la iniciativa de parte y la de la determinación del objeto litigioso– la existencia del proceso arbitral, es la de ponerle fin al proceso. Es ésta una potestad también relativa de las partes porque, por lo general, no son ellas las que ponen fin al proceso, sino los árbitros cuando emiten el laudo.

Podría parecer que tanto en el arbitraje como en los procesos civiles ordinarios, las partes tienen exactamente la misma potestad. Pues en ambos casos pueden disponer, antes de la notificación del laudo o de la sentencia, la extinción del proceso desistiendo de las pretensiones, allanándose a las de la otra parte o transando. Pero un análisis más profundo nos informa que esto no es así, porque la forma del desistimiento es la que distingue en ambos procesos la potestad de las partes de ponerle fin.

Porque en el arbitraje no hay desistimiento tácito, tal como nos lo recuerda el artículo 37 de la Ley.¹¹ No existe el abandono por desidia, hecho que sí contempla el proceso civil como una de las formas de desistimiento para ponerle fin. Por el contrario, en el proceso arbitral el abandono es inocuo para el proceso y no impide la emisión del laudo que aquél persigue. Y esto porque para el arbitraje también rige el principio de impulso de oficio –que estudiaremos en su momento– por el que los árbitros tienen la potestad de proseguir el proceso hasta el laudo, aun haya estado el proceso ensombrecido por la inactividad total o parcial de las partes.

¹¹ Esto está contemplado en el artículo 37 de nuestra Ley General de Arbitraje, que dice que «[...] La inactividad de las partes no impide la prosecución del proceso ni que se dicte el laudo en base a lo ya actuado [...]».

De esto se sigue que la única forma de desistimiento que ambos procesos comparten es la expresa, cuando las partes comunican a los árbitros o a los jueces su inequívoca voluntad de poner fin al proceso por las razones que fuere: transacción, conciliación de pretensiones o apuesta por una vía alternativa de solución de controversias. En este caso de desistimiento expreso, tanto para el arbitraje como para la vía civil ordinaria, el proceso se extingue.¹² Y esto obedece a la impecable lógica que señala que, en la hipótesis de derechos libremente disponibles por las partes, quien tiene el poder de iniciar un proceso para hacer valer una pretensión, también debe tener el poder para ponerle fin.

Ahora bien, tal como puede verse, en el arbitraje el poder dispositivo de las partes para poner fin a un proceso queda puesto en evidencia a través de su capacidad de conciliar o transar sobre los derechos controvertidos en cualquier momento del proceso arbitral, siempre que sea antes de notificado el laudo por los árbitros. Esto no requiere mayor comentario. Lo que sí es objeto de análisis es la posición de cierto sector de la doctrina que inspira a muchas legislaciones, incluida la nuestra, en el sentido de que lo conciliado o lo transado por la voluntad exclusiva de las partes, puede convertirse en laudo. Es decir, que el fin del proceso a cargo de las partes, se convierta en un fin del proceso de autoría de los árbitros.¹³ Es nuestra opinión que esto resulta teóricamente muy discutible.¹⁴

¹² Al respecto, la Ley en su artículo 41 establece que «[...] Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada [...]».

¹³ El artículo 41 de la Ley General de arbitraje también expresa que «[...] Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este laudo no requiere ser motivado».

¹⁴ Coincidimos así con Ormazábal Sánchez cuando considera que esto constituye un abuso de la forma arbitral, en la medida de que la esencia del mismo radica en la resolución por terceros de cuestiones litigiosas; por lo que si los

Y lo es porque simplemente no hay laudo. Porque el objeto para el que los árbitros han sido convocados, esto es, para laudar, no se ha producido. Los árbitros no han laudado nada, no han participado en la solución de la controversia, no han cumplido con su función, esto es, resolver el objeto litigioso a través de un debido proceso cuya conclusión es un juicio de valor expresado en un laudo. No se ha producido pues la esencia de la actividad arbitral que es dirimir la controversia, laudando.

En otras palabras, afirmar la tesis de que, atendiendo a razones prácticas de índole ejecutoria, el acuerdo de las partes para ponerle fin al proceso arbitral puede transformarse por arte de birlibirloque en el acuerdo de los árbitros expresado en un laudo, que en la realidad de los hechos nunca se ha producido, es desnaturalizar la función arbitral. Aun los árbitros consientan y procedan en ese sentido.

Un último asunto que tiene relación colateral con la potestad de las partes de ponerle fin al proceso arbitral, es el de la suspensión del mismo. Porque, si de lógica se tratara, quien puede lo más puede lo menos. Quien tiene el poder de ponerle fin, también tiene el poder de suspenderlo, naturalmente, previa resolución del tribunal arbitral. Sin embargo, la lógica no debe jamás girar en el vacío, sino en la realidad que, en este caso, no es sino el contexto de la naturaleza jurídica en que se desarrollan los procesos. Pero la potestad de suspender un proceso no es una de las diferencias que separan a las partes de un proceso arbitral de uno civil ordinario en lo que se refiere a sus poderes dispositivos, pues en los procesos judiciales las partes también pueden solicitar al Juez que conoce de la causa, el que conceda tal suspensión, conforme a lo establecido por los artí-

árbitros sólo asumen lo ya pacificado o resuelto por las partes a través de un acuerdo, el elemento de litigiosidad quedará totalmente excluido, desvirtuándose de esta manera el arbitraje. Ver: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. «La transacción en el procedimiento arbitral». En: *Actualidad y Derecho*, n.º 19, 1995, p. 4.

culos 318, 319 y 320 del Código Procesal Civil. La Ley General de Arbitraje contempla tal facultad en su artículo 43.¹⁵

Con esto concluimos lo referente al poder de disposición de las partes en el arbitraje expresado en los principios de iniciativa de parte, de fijación del objeto del proceso y del fin del proceso, todos los cuales determinan la existencia misma del proceso arbitral. Pero, como hemos visto hasta aquí, sólo en lo que atañe al fin del proceso existe un real contrapeso de poder a cargo de los árbitros.

El segundo de los grandes principios que rige la actuación de las partes en un proceso arbitral es el de aportación de parte en el arbitraje. Esta es una potestad que tiene que ver con las pruebas. Las partes aportan a los árbitros las luces del proceso, los iluminan entonces con pruebas y hechos para demostrar su razón y su derecho. Así pues, este poder de las partes de aportar los elementos oportunos y convenientes para formar el juicio de los árbitros sobre la controversia y su solución, es fundamental en el proceso.¹⁶

¹⁵ Ley General de Arbitraje

Artículo 43.- «Desistimiento y suspensión voluntaria

En cualquier momento antes del laudo, de común acuerdo y comunicándoselo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje. Pueden también suspender el proceso por el plazo que de común acuerdo establezcan [...].».

Código Procesal Civil

Artículo 318.- «Suspensión del proceso o del acto procesal

La suspensión es la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal».

Artículo 319.- «Suspensión convencional

La suspensión acordada por las partes requiere aprobación judicial. Se concede sólo una vez por instancia y no puede ser mayor de dos meses en cada caso».

Artículo 320.- «Suspensión legal y judicial

Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente, y cuando a criterio del Juez sea necesario».

¹⁶ Sin embargo, cierta doctrina niega rotundamente el principio de aportación de parte en el arbitraje. Este despropósito doctrinario tiene su correlato jurisprudencial en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 14 de septiembre de 1990 que expresa que: «[...] de acuerdo con el art. 26 de la

Ahora bien. Siendo como es el arbitraje un medio privado de solución de controversias donde la justicia es hecha por particulares, es lógico que las partes de un proceso arbitral tengan el derecho de poner la tela del juicio. Y es sobre esa tela de hechos y pruebas que los árbitros deberán construir sus patrones decisarios. Es esa tela la que deberán cortar para vestir sus laudos con los ropajes de la justicia. Pues seamos claros. En el arbitraje casi todo el peso del interés porque se solucionen las controversias es de las partes. Esto es lo que diferencia al arbitraje de la jurisdicción estatal donde, precisamente por ser ésta una administración de justicia pública, el interés porque se solucionen las controversias no sólo es el privado de las partes, sino también el público de la sociedad.

Dicho esto, una pregunta atendible es si la «justicia privada» debe, al igual que la «justicia pública», tener un carácter inquisitivo, entendiendo por esto que los administradores de justicia puedan inquirir a las partes las pruebas que ellos estimen convenientes para llegar a una solución de la controversia sometida a su juicio. En otras palabras, que las partes no tendrán la exclusividad de decidir la presentación de las pruebas sobre las que tendrán que pronunciarse los árbitros para hacer justicia.

Lo cierto es que la administración de justicia siempre debe ser inquisitiva, sea ésta privada o pública, porque la justicia y su búsqueda son una, independientemente de quién la administre ocasionalmente. No existe pues, *strictu sensu*, una «justicia privada» y una «justicia pública».¹⁷ Existe simplemente la justicia expresada en

Ley de Arbitraje, no rige el principio de aportación de parte, como en el procedimiento ordinario, sino que al contrario, se le faculta ampliamente al árbitro a que por propia iniciativa se lleve a efecto las pruebas que estimen pertinentes, (y sean) admisibles a derecho». En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería del 11 de mayo de 1992 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 7 de abril de 1997.Ver: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁷ Lo que sí existe es una administración de justicia pública y una administración de justicia privada o, lo que es lo mismo, un juicio público o un juicio privado.

la ley. De ahí que la obligación de los administradores de justicia privados o públicos es la misma, inquirir por la justicia, inquirir por las pruebas que construyan el camino para llegar a ella, no conformándose con las pruebas que las partes ponen a su disposición si éstas no allanan el camino para llegar a la meta.

Podemos entonces concluir en que si bien las partes son las que ponen la tela del juicio según el principio de aportación de parte en el arbitraje, si esta tela no alcanza para vestir al santo de la justicia, los árbitros tienen el deber y el derecho de exigir a las partes la tela que falta.¹⁸

Con esto hemos concluido con los dos principios sobre los que se asientan los poderes de las partes en el arbitraje, a saber, la potestad de disposición y de aportación de parte en el proceso arbitral. Ahora estudiaremos sumariamente los poderes que equilibrarían a los anteriores y que corresponden a las facultades de los árbitros, explicadas por los principios de oficialidad y de impulso de oficio.

Como ya hemos advertido cuando analizamos los poderes de disposición de las partes, el así llamado principio de oficialidad hace referencia a un pretendido poder que tienen los árbitros de, supletoriamente, delimitar el objeto litigioso de una controversia que, por regla general, corresponde a las partes.

Lo cierto es que jamás los árbitros pueden delimitar el objeto litigioso de una controversia que les es sometida a su juicio, porque

¹⁸ En el arbitraje, la primacía del principio de aportación de parte sobre el inquisitorial se demuestra en nuestra legislación por el hecho de que no obstante las partes no hayan atendido, llegado el caso, la solicitud de los árbitros sobre las pruebas que éstas deben aportar para permitirles un juicio de valor más exacto sobre los derechos pretendidos, los árbitros están obligados a luchar con las pruebas y hechos a su alcance, pruebas y hechos que, aunque insuficientes, han sido aportados por las partes (ver nota 11 de este capítulo). Esto hace patente la existencia y primacía, en cuanto a las pruebas se refiere, del principio de aportación de parte en el arbitraje.

esta delimitación corresponde exclusivamente a las partes. Las partes son las únicas llamadas por el sentido común a delimitar el objeto de su litigio en las pretensiones que hagan en su demanda y en lo que en nuestra tradición arbitral se llama la fijación de los puntos controvertidos, que son la expresión de sus pretensiones.¹⁹ Es más, si queremos ser precisos en el momento donde el objeto litigioso queda absolutamente delimitado por las partes, podemos afirmar que en nuestra tradición esto sucede en la audiencia de fijación de puntos controvertidos donde, simplemente, cada punto fijado es la delimitación del objeto del litigio.

Así pues, demanda, pretensiones y puntos controvertidos son asuntos en los que nada tiene que hacer el tribunal salvo declarar la inadmisibilidad de la demanda o resolver llegado el momento del laudo. Porque no son los árbitros los que demandan, no son los árbitros los que pretenden y no son los árbitros los que tienen controversia alguna que ventilar y por lo tanto, no son los árbitros los que delimitan objeto litigioso alguno. Tan simple como eso.

Ahora bien. Puede suceder que aun delimitado el objeto del litigio en la audiencia de fijación de puntos controvertidos, no quede suficientemente claro si todos los puntos controvertidos o algunos de ellos son derechos arbitrables. Y esto, por lo general, por la falta de claridad en el convenio arbitral. Pero ello nada tiene que ver con la delimitación del objeto del litigio. Una cosa es el objeto del litigio y otra muy distinta que ese objeto del litigio sea arbitrable. En este caso, como ya habíamos adelantado, corresponde a las partes deducir el recurso que la ley faculta para que determinados derechos no sean arbitrables, y que en nuestra legislación procesal civil y en nuestra tradición jurídica es la excepción de incompetencia. Y es el

¹⁹ Si bien es cierto que el tribunal arbitral efectúa la fijación de puntos controvertidos, lo hace en estricta conformidad a las pretensiones de las partes, no pudiendo apartarse de tales pretensiones.

tribunal el que debe decidir sobre su propia competencia.²⁰ Aquí se presenta un problema: que el tribunal pueda reservar su pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia para el momento de la expedición del laudo. En otras palabras, que en teoría pueda decidir luego de realizado el proceso, con el costo que esto significa, si debió haber arbitrado o no. Y esto, como puede verse, es un absurdo porque en la realidad nunca se produce, como el lector entenderá. Un absurdo teórico lamentablemente contemplado en nuestra Ley General de Arbitraje que permite este despropósito en su artículo 39.²¹

En síntesis, podemos afirmar que el principio de oficialidad entendido como una pretendida potestad de los árbitros de delimitar el objeto litigioso de una controversia, es inaplicable para el arbitraje y, por lo tanto, en este tema no es un contrapeso alguno al principio de disposición de las partes.

El otro poder que corresponde a los árbitros y que cierra este análisis de poderes correlativos y complementarios entre partes y árbitros, es el del impulso de oficio. Se refiere éste a las actuaciones que el árbitro debe realizar con la finalidad de que el proceso arbi-

²⁰ Esto se encuentra regulado en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, que regula la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia. Señala la norma que «Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, inefficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales [...].

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa [...].»

²¹ En efecto, así lo contempla el artículo 39 de la Ley que, pese a que establece que la oposición al arbitraje, por no estar pactado éste para resolver la materia controvertida, debe ser decidida por los árbitros como cuestión previa (delimitación del objeto litigioso), estipula también que «Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo».

tral siga su curso normal con el propósito de que el arbitraje llegue a producir el laudo que ponga fin a la controversia.²²

Este poder, como ya hemos adelantado, es también supletorio en cierta medida. Suple la voluntad de las partes cuando éstas, por razones varias, dejan de impulsar ellas mismas el proceso con sus actuaciones. Porque, no hay que olvidarlo, son las partes que han querido el arbitraje al celebrar el convenio arbitral, las primeras interesadas en que el proceso por el cual se está resolviendo la controversia que los enfrenta, llegue a su fin.

Puede ocurrir, sin embargo, que esa proactividad languidezca. En ese sentido, si los árbitros no tuvieran el poder de impulsar ellos mismos el proceso, tomando las medidas procesales convenientes, éste se paralizaría impidiendo que, en los plazos determinados por las partes o por la Ley, se emita el laudo objeto del arbitraje. No es válido suponer que la inactividad de las partes implica aquí, tácitamente, un desinterés de éstas por que haya laudo. Si así fuera, las partes, como también ya hemos visto, en cualquier momento antes de notificado el laudo, tienen el poder de transar o conciliar y, por ende, de que el laudo no se produzca. Así pues, mientras esto no suceda, lo que debe suponerse es que las partes desean el laudo aun habiendo éstas caído en la inactividad parcial o total, razón por la cual corresponde a los árbitros solucionar este *impasse*, facultándolos la Ley –en atención al interés de las partes– con los poderes de impulsar de oficio el proceso hasta su término, con la emisión del laudo. Este poder les es conferido habida cuenta de que, pese a que las partes son las diseñadoras de las reglas del proceso, los árbitros

²² Este principio que, como ya hemos reseñado, se encuentra en el artículo 37 de nuestra Ley, se ejemplifica en varios artículos. Así, por ejemplo, el artículo 33 establece que si las partes no llegan a un acuerdo respecto del lugar y de las reglas del proceso arbitral, serán los árbitros quienes decidirán estos aspectos, de la manera que los mismos consideren más apropiada tomando en cuenta la conveniencia de las partes. Esta decisión deberá ser notificada a las partes. Asimismo, el artículo 34 de la Ley establece un procedimiento arbitral supletorio en caso de que las partes no lo hayan previsto de otro modo.

son los directores del mismo, luego, los facultados para realizar las acciones que estimen convenientes en defecto de la falta de disposición de las partes para con sus propios procedimientos.

Sin embargo, hay una hipótesis donde el principio de impulso de oficio no es supletorio de la actividad de las partes, porque la voluntad de las partes nada tiene que ver con ello. Se trata del caso en que se producen lagunas del Derecho que importan la aplicación misma de la Ley General de Arbitraje en el proceso arbitral en curso. En este supuesto, las partes no tienen la autoridad de intervenir porque ese problema escapa a su comprensión y luego a su solución. Sólo los árbitros tienen aquí la autoridad y la potestad en un solo acto. Tienen la autoridad en tanto están facultados para ser intérpretes del Derecho, habida cuenta del poder jurisdiccional que les es conferido, es decir, que si pueden interpretar el derecho de las partes para dar la razón a una o a otra según sea el caso, también tienen la autoridad para decidir sobre la interpretación de la Ley que regula el arbitraje. Y tienen la potestad porque son intérpretes del Derecho en razón del poder jurisdiccional que les es conferido por la Ley. De ahí que, en este caso de lagunas del Derecho relacionadas con la aplicación de la Ley, el poder de impulso de oficio de los árbitros no tenga una contrapartida en el ámbito de los poderes de las partes.

Con esto hemos terminado el presente capítulo en el que hemos expuesto el balance de los grandes poderes de que gozan las partes y los árbitros en el proceso arbitral, y cuya característica común es casi siempre el correlato de unos con otros, complementándose y contrapesándose.

Capítulo XIII

EL FIN DE MUCHAS COSAS: EL LAUDO

La hora de la verdad: El laudo.— Varios finales.— Punto final de una prestación de servicios.— Punto final de la voluntad de los árbitros.— Punto final de la jurisdicción arbitral.— Laudo y sentencia.— Pluralidad de instancias: Realidad y ficción.— Laudos absolutos y sentencias relativas.— Laudos reservados y sentencias públicas.— Laudos desarmados y sentencias armadas.— Árbitro a su casa y jueces a seguir sentenciando.— Laudo: Plazos de vida o muerte.— Sentencias: Fumando espero.— Laudo: Conciencia y derecho.— Sentencia: La ley y sólo la ley.— Requisitos del laudo.— Contenido del laudo.— En Derecho.— En conciencia.— ¿Hay conciencias sin hechos ni pruebas?— La esencia del laudo: La decisión.— Solución final: ¿Quién pacta apelación?— Una cuestión de validez: La anulación.— ¿Pluralidad de instancia o pluralidad de jurisdicción?— Causales de anulación y efectos.

El momento supremo de la administración de justicia en el proceso arbitral, aquél sin el cual éste no tendría ningún sentido, es la hora del laudo. Temporalmente el laudo es pues «la hora definitiva de la verdad» en un juicio privado. Desde un punto de vista contractual, el laudo es el punto culminante de la contraprestación que reciben las partes que contratan a los árbitros para que les hagan justicia. Es pues, y aunque suene prosaico decirlo, lo que deben recibir las partes a cambio de su dinero. Así pues, emitido el laudo no hay ninguna obligación más que cumplir por parte de los árbitros.¹ Des-

¹ Dentro de las obligaciones de los árbitros una vez emitido el laudo están la corrección e integración del laudo, así como la aclaración del mismo solicitada por las partes. Si bien temporalmente éstas se producen *ex post* laudo, lo cierto es que lógicamente son indesligables de él y, en nuestra opinión, más allá de lo que pueda o no decir la Ley, forman parte de él. En efecto, nuestra Ley

de un punto de vista procesal, el laudo implica el fin del proceso arbitral. En otras palabras, la solución formal y definitiva del conflicto de intereses por la vía privada y la liquidación de los poderes jurisdiccionales de los árbitros. En este sentido, de acuerdo a todo lo afirmado, materialmente hablando el laudo no podría ser otra cosa que el instrumento jurídico mediante el cual se expresa definitivamente la manifestación de voluntad de los árbitros sobre los derechos que asisten a una de las partes y las obligaciones que pesan sobre la otra, en relación con la materia controvertida sometida a su juicio por esas mismas partes. Es, en buena cuenta, la expresión tangible del derecho de los árbitros a juzgar una controversia. En simple: «nosotros, que tenemos el derecho de decidir y resolver, decidimos y resolvemos que tú tienes derecho a esto y a aquello y tú estás obligado a tal y cual cosa sobre lo que nos han pedido que nos pronunciemos». El laudo pues hace justicia definitiva, concluyente y, por tanto, es el objeto último del proceso arbitral.

Como podemos apreciar de lo antedicho, el laudo es el fin de muchas situaciones. Cierra un ciclo jurídico en el que por la vía privada se ha buscado la solución pacífica de un conflicto de intereses. Finiquita una relación contractual entre los árbitros y las partes. Es la conclusión de un proceso: el arbitral. Y, finalmente, es el fin de un derecho: el de arbitrar. Por eso es que, aunque por razones aná-

General de Arbitraje establece explícitamente que «La aclaración forma parte del laudo» (artículo 55). No es explícita sin embargo con la corrección e integración del laudo (artículo 54). Y no lo es porque no necesita serlo: Es obvio. El sentido común informa que sí forman parte de laudo. Porque lo que se integra al laudo evidentemente forma parte de él («Dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, pueden también integrar el laudo si se hubiese omitido resolver alguno de los puntos materia de la controversia»). Del mismo modo que la corrección «de errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar», porque si no formara la corrección parte del laudo cómo podría estar éste corregido. Lo que queremos decir, en síntesis, es que las obligaciones de los árbitros terminan con la emisión del laudo, entendiéndose que forman parte de él las correcciones, integraciones y aclaraciones a que hubiere lugar dentro de los plazos pertinentes.

logas y de comodidad, se suela asimilar coloquialmente, incluso entre abogados, el laudo a la sentencia, las diferencias entre uno y otra son muy claras.²

En primer lugar y aunque pueda parecer una verdad de Perogrullo, el laudo no es una sentencia. No hay laudos en los procesos ordinarios. No hay laudos en la administración de la justicia del Estado. No los hay ni nunca los habrá. El laudo es propio del Derecho de arbitraje. Y, como hemos visto a lo largo de todo este libro, el arbitraje es una administración de justicia absolutamente peculiar. Por lo pronto, en el arbitraje no hay pluralidad de instancia si entendemos aquélla que se produce en el mundo de las realidades. Y aunque en el papel, nuestra Ley General de Arbitraje la contempla como una posibilidad voluntaria de las partes, acaso para no chocar con un principio constitucional que establece una garantía de la administración de justicia, repetimos que en los hechos, la experiencia enseña que en el arbitraje las partes rechazan la posibilidad de contratar una pluralidad de instancia, al menos en lo que se refiere a la que se origina de la apelación.³ En el día a día del arbitraje no existe pues una primera instancia arbitral, ni una segunda, ni una tercera. De ahí que tampoco exista en el mundo real un laudo de pri-

² El profesor Rafael Gamboa estima que el laudo es una sentencia que se dicta en el proceso arbitral, y como tal debe cumplir con los requisitos generales inherentes a cualquier sentencia. Ver: GAMBOA SERRANO, Rafael. *El Proceso Arbitral en Colombia*. Santafé de Bogotá, 1992, p. 200.

³ Somos de la opinión de que la pluralidad de instancia sancionada en nuestra Ley General de Arbitraje es un saludo a la bandera de las garantías constitucionales de la administración de justicia. En efecto, la Ley admite que los laudos puedan ser apelados, esto es, que una instancia superior pueda revisar el fondo del laudo. Según sea el caso, esta instancia superior puede ser arbitral o judicial. Dice el «Artículo 60.- Recurso de Apelación. Procede la interposición de recurso de apelación ante el Poder Judicial, o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes se hubieran sometido. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto

mera instancia, un laudo de segunda instancia y un laudo de tercera instancia. En el arbitraje existe simplemente el laudo. Por eso que es absoluto, definitivo, último y, por lo tanto, cierra el proceso

de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmado o revocando parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».

Ahora bien, en teoría, la pluralidad de instancia es una garantía constitucional irrenunciable en la administración de justicia. Es decir, en un proceso judicial, uno puede o no hacer uso de esa garantía según su conveniencia, pero lo que no puede es renunciar a ella antes de someterse al proceso judicial. Eso es imposible. Sin embargo, en el arbitraje es posible. Las partes pueden renunciar a esa garantía constitucional. Y la experiencia indica que casi siempre renuncian. He aquí un complejo problema para los teóricos del Derecho y que no hace más que afirmar la peculiaridad del arbitraje como mecanismo de administrar justicia constitucionalmente reconocido. Pero lo interesante es descubrir la lógica que hace posible esa renuncia a la pluralidad de instancia y por tanto a la apelación que la origina. Desde una óptica superficial, podríamos decir que esa lógica obedece al principio de celeridad. En efecto, las partes suelen escoger el arbitraje porque, a diferencia de un juicio ordinario cuyo sino es la lentitud, el arbitraje es expeditivo. Así se explicaría el porqué las partes quieren solamente una instancia única. Sin embargo, una mirada más profunda nos llevaría a preguntarnos cuál es la lógica de esa celeridad. En nuestro criterio ésta no es otra que el derecho de las partes a elegir a sus propios administradores de justicia: los árbitros. Al tener la posibilidad de elegir desde un principio a los mejores juzgadores posibles de acuerdo a la confianza que depositan en ellos, las partes dan por sentado que la solución a la que se llegue será también la mejor posible. Por eso es que no hay necesidad de apelar a otras instancias arbitrales, dato éste que es corroborado por la realidad. Ahora bien, si esto es así, menos aún tiene sentido en el arbitraje una segunda instancia judicial. La razón salta a la vista. Si las partes no acudieron al Poder Judicial porque sus procesos no son céleres y porque desconfían de la aptitud de los jueces al no poder elegirlos, ¿entonces, por qué razón tendrían que poner en manos de quienes desconfiaron el fondo de un laudo emitido por quienes confiaron? Esto no tiene el menor sentido. No escapa al lector avisado el porqué, según nuestro razonamiento, en la administración de justicia del Estado sí es imprescindible la pluralidad de instancia. Lo es porque en la jurisdicción estatal, las partes no tienen el derecho de elegir a sus jueces según sus aptitudes. En otras palabras, no pueden desde un inicio elegir a los jueces más capaces. Sus primeros jueces son pues un albur y son impuestos

arbitral. Muy distinto es el caso de la sentencia. Aquí, siendo la administración de justicia del Estado inconcebible sin la pluralidad de instancias, se admite que dentro de un mismo proceso judicial, pueda haber tantas sentencias como instancias recurridas haya: sentencia de primera instancia, sentencia de segunda instancia, casación. De ahí que la sentencia no sea en sí misma definitiva, como el laudo, sino que sea relativa y sólo sea definitiva aquélla expedida en última instancia, independientemente de que por las razones que fuere, esta última instancia sea la primera, la segunda o la tercera que prevé la ley procesal.

Otra diferencia abismal del laudo con la sentencia es que el primero es de dominio privado y la segunda de dominio público. No hay sentencias secretas. No hay sentencias reservadas al escrutinio de la ciudadanía. En un proceso judicial el pueblo, de quien emana la administración de justicia según la teoría dieciochesca de la soberanía popular, tiene todo el derecho de conocer el contenido de la sentencia. En el laudo el pueblo, el público, la ciudadanía o como quiera llamársele, están excluidos de cualquier conocimiento del laudo. El laudo sólo importa a las partes y a quienes éstas quieran que importe.

por los turnos judiciales. De ahí que se pueda afirmar la hipótesis (confirmada en la mayoría de los casos por la realidad) de que son jueces primarios en el conocimiento jurídico. Que a éstos les siguen jueces superiores en ese mismo conocimiento y sobre los superiores están los supremos en el conocimiento de las leyes. Esta es nuestra hipótesis sobre la razón de ser de la pluralidad de instancias en el Poder Judicial como una garantía de justicia: el de abajo conoce menos y el de arriba conoce más y es justo que si así lo estimamos conveniente, dado que no tenemos ningún derecho de elegir a nuestros propios jueces, podamos recurrir a los que supuestamente están más calificados que aquéllos que nos tocaron en primera instancia.

En síntesis y por las razones expuestas, nosotros pensamos que es incongruente con el arbitraje la pluralidad de instancias arbitral o judicial y por consiguiente la apelación que le da origen. En lo que concierne a la anulación del laudo arbitral por el Poder Judicial y si esto implica una pluralidad de instancia, será un tema que absolveremos más adelante cuando tratemos el recurso de anulación.

Pero es, precisamente, en virtud de este mismo carácter privado que excluye al pueblo de su conocimiento, que el pueblo no tiene por qué obedecer un laudo. Del mismo modo, es en virtud de este carácter privado que los árbitros, como particulares que son, no pueden hacer valer su laudo, ni siquiera con quienes se lo han solicitado, porque no tienen el monopolio de la fuerza que los particulares han «concedido», hasta ahora, sólo al Estado. El laudo, en el plano teórico debería ser acatado por las partes del proceso, pero su desacato por los particulares sólo puede ser conjurado por el Estado a través de sus tribunales de justicia. En otras palabras, sólo el Estado tiene por el momento el imperio para hacer cumplir un laudo.

El carácter privado del arbitraje explica también el porqué el laudo pone fin a la jurisdicción arbitral. Cumplido el objeto del contrato de arbitraje entre las partes y los árbitros, éstos quedan automáticamente desposeídos de los poderes jurisdiccionales que las partes, permitidas por la ley –nunca hay que olvidarlo–, les otorgaron para resolver una controversia determinada. La sentencia, por el contrario, no pone fin al derecho de los jueces de administrar justicia en nombre del Estado. Y la razón es muy simple: los jueces ejercen una función pública, son contratados por el pueblo representado por el Estado para ejercerla dentro de una carrera judicial que tiene por objeto administrar justicia a través de la emisión de sentencias hasta que culmine, por las razones que fuere, la carrera judicial del magistrado. Es el fin de la carrera judicial el que pone también fin a la jurisdicción del magistrado y no las sentencias que emite cumpliendo con su función pública de administrar justicia.

El plazo para emitir un laudo y una sentencia también marcan categóricamente una distancia entre uno y otra. En efecto, mientras que el incumplimiento del plazo pactado entre las partes y los árbitros en el acta de instalación del tribunal arbitral, o en defecto de ese plazo el establecido por la Ley General de Arbitraje,⁴ pueden

⁴ Nuestra Ley General de Arbitraje, en su artículo 48, establece el plazo para laudar, determinando como regla general la autonomía de las partes para la

dar mérito a un recurso de anulación del laudo arbitral,⁵ en el caso de la sentencia el incumplimiento de su plazo procesal de emisión no acarrea efecto alguno para con la sentencia fuera de tiempo. Es más, todas las sentencias del Poder Judicial se emiten fuera del plazo señalado por la ley procesal y eso no da mérito alguno para su nulidad.

Una última diferencia relevante entre laudo y sentencia es que ésta siempre tiene que ser de derecho mientras que aquél no necesariamente tiene que serlo. En efecto, el Estado no puede administrar justicia sino de acuerdo a la ley, que es pública. De aquí que quienes acuden al Poder Judicial en búsqueda de justicia no tienen otra expectativa de los jueces que un juicio de derecho que se expresará en la sentencia. Porque, en teoría, en el Poder Judicial juzga

fijación de dicho plazo, el mismo que puede constar en el convenio arbitral, en las reglas del proceso y puede ser ampliado siempre que las partes así lo autoricen. Ahora bien, es obvio que sólo obliga a los árbitros el plazo que las partes han pactado con ellas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y que es donde se establecen las reglas del proceso y donde los árbitros contratan con las partes.

El artículo 48 expresa que si las partes no han fijado ningún plazo, el laudo debe pronunciarse dentro del plazo de veinte días, contados a partir del día de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite que dispone el procedimiento supletorio, en tanto no hubiera hechos por probar, salvo que los árbitros estimen necesario contar con un plazo adicional, que no debería exceder los quince días.

Consideramos absolutamente congruente con la institución del arbitraje, en el que la voluntad de los particulares es esencial para su nacimiento y desarrollo, que la Ley haya consagrado el principio de la autonomía de las partes para la fijación del plazo para la emisión del laudo arbitral. Y que sólo de forma subsidiaria la Ley fije un plazo breve para que los árbitros emitan su laudo con la celeridad necesaria que el proceso arbitral busca.

⁵ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: [...]

5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificado el laudo».

el público a través de los jueces y un juicio público –o si se prefiere, del público– no permite un juicio de conciencia, en la medida de que éste siempre será del dominio privado. Las sentencias, por tanto, no pueden ser nunca de conciencia. Por el contrario, quienes optan por el arbitraje, además del juicio de derecho y de su consiguiente laudo, tienen la posibilidad de recurrir a un juicio de conciencia. Y esto es posible por el carácter privado del arbitraje. Porque la conciencia, como hemos dicho, pertenece siempre a la esfera de lo privado y no de lo público. El público no tiene conciencia. No existe la conciencia pública, sí existe la conciencia privada. Y siendo el arbitraje un juicio privado, es teóricamente posible un laudo de conciencia.⁶

Ahora bien, siendo tantas las diferencias entre laudo y sentencia sería absurdo pretender –como afirman algunos– que los requisitos generales del laudo deben ser los mismos requisitos de una sentencia.⁷ Poco importa cuáles sean los requisitos procesales de la sentencia. Lo único que aquí importa es que el laudo, en tanto instrumento del proceso arbitral que pone fin a una controversia, tiene que tener los requisitos que manda el sentido común y que están –en materia que resulta opinable– establecidos en el artículo 49 de la Ley General de Arbitraje.⁸

⁶ Lo que importa es que los árbitros de conciencia no laudan en representación de la sociedad porque el arbitraje es un juicio privado y no un juicio público. En otras palabras, los árbitros no representan a nadie más que a sí mismos. Por eso pueden laudar de conciencia, según su leal saber y entender. En los procesos ordinarios, aunque el que juzgue y emita sentencia sea un solo magistrado (como sucede en la primera instancia), éste no puede sentenciar de conciencia porque a través suyo juzga la sociedad entera y la sociedad no tiene conciencia. Por eso es que sólo puede juzgar a través de la ley. La ley es, si se quiere ponerlo metafóricamente, «la conciencia de la sociedad».

⁷ Ver nota 2 de este capítulo.

⁸ Artículo 49.- «Requisitos del laudo

El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría».

En primer lugar, no existen laudos orales por la sencilla razón de que la oralidad no permite la prueba de que el laudo haya existido. Los laudos sólo pueden ser escritos. En segundo término deben estar firmados por quienes los han emitido. La firma es la prueba de la participación jurisdiccional de aquellos a los que las partes confiaron la solución de su controversia. Dice el artículo 49 que si el tribunal estuviera dividido en lo referente a la solución del caso, deben consignarse por escrito los votos particulares de quienes no están de acuerdo con la mayoría. Suponemos que ello es para salvar cualquier responsabilidad futura de los árbitros (por ejemplo, en referencia a un laudo que consigna un despropósito evidente. Pero ello es un asunto que afecta exclusivamente a los árbitros y no al laudo). Sin embargo, consideramos que éste no debería ser un requisito para la existencia y validez del laudo como tal, porque el laudo no tiene por qué verse afectado por las consideraciones particulares y en minoría de los árbitros. Tan es así que la misma Ley entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular se adhiere a la mayoría. Ergo, los votos particulares en minoría, así como la minoría que no firma el laudo, son intrascendentes para su existencia, validez y eficacia. No deberían luego ser requisitos del laudo.⁹

⁹ En otras latitudes las opiniones son distintas de acuerdo a la legislación. Tito Carnacini hace una exhaustiva explicación de la normativa italiana de acuerdo a la cual el laudo es deliberado, en el caso de un tribunal de más de un árbitro, por los árbitros reunidos en conferencia personal, tomando en cuenta la mayoría de votos. En esta reunión, deben participar simultáneamente y en persona todos los árbitros, precisamente, según él, porque las partes al preferir el arbitraje al proceso judicial y al optar por un tribunal arbitral que por un árbitro único (¿acaso en los procesos judiciales no hay órganos colegiados?), han manifestado claramente su voluntad de poner su confianza en el trabajo de todos los árbitros indistintamente, sin exclusión de ninguno. Asimismo, según este autor, la conferencia personal se hace fundamental por la discusión entre los árbitros y en intercambio recíproco de opiniones mejor preparadas, por lo que pueden ser abandonadas o corregidas perspectivas personales erróneas o precipitadas; por lo tanto, hasta la falta de un solo árbitro en la conferencia personal antes de la votación, es suficiente para hacer imperfecto el laudo, en la medida de que el compromiso se hizo a varios y la

Ahora bien, como ya hemos advertido, los antedichos son los requisitos generales a todo laudo. Y lo son porque el contenido del laudo –que no se encuentra comprendido entre los requisitos que señala el artículo 49 de nuestra Ley, que legisla los «Requisitos de laudo» a secas– también es un requisito del mismo. Cómo no va a ser un requisito del laudo su contenido formal, aquella solemnidad que es la base de la que depende impugnar el laudo, si fuera el caso, con los dos medios impugnatorios que permite la Ley.¹⁰ Pero el contenido no necesariamente será el mismo si se trata de laudos de

opinión del ausente pudo arrastrar a los demás a cambiar de opinión (pero como el lector avisado puede apreciar, esto no es más que una conjeta). Por estas razones, sostiene Carnacini, no es válido, con la finalidad de sustituir al árbitro ausente, la adhesión dada posteriormente por él, ni la presencia de un mandatario, ni la previa declaración de remitirse a lo que digan sus compañeros. En síntesis, para la legislación italiana vigente cuando Carnacini, no se presume que los árbitros que no han firmado el laudo, se adhieren a la mayoría, como sí lo hace nuestra doctrina y legislación. Ver: CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 148-152.

¹⁰ En efecto, no se puede apelar, por ejemplo, si en el contenido del laudo de Derecho que, tal como adelantamos, prescribe el artículo 50 de la Ley, se omitiese «una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes», «la valoración de las pruebas en que se sustente la decisión», o «los fundamentos de [...] derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas». Y no se puede apelar por la sencilla razón de que lo antedicho constituye el objeto del recurso de apelación, según queda establecido en el segundo párrafo del artículo 60 de la misma Ley.

Debemos precisar que la Ley General de Arbitraje no establece expresamente que se pueda interponer el recurso de anulación si se omitiese el «lugar y fecha de expedición del laudo», o el «nombre de [...] los árbitros», o «la cuestión sometida a arbitraje [...]», a pesar de que constituyen también materias formales de fundamental importancia, como lo son el incumplimiento del plazo de emisión del laudo, o la indebida notificación de la designación de un árbitro, o que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros, que sí constituyen algunas de las causales de anulación de los laudos según el artículo 73 de la Ley.

Ahora bien, resulta una gran paradoja que el incumplimiento de algunos de los requisitos formales del contenido de un laudo de derecho o de conciencia, no produzca por sí mismo mérito para la anulación del laudo, tal como veremos cuando estudiemos las causales de anulación.

conciencia o de laudos de derecho. Por lo tanto, los requisitos en tanto al contenido se refiere, tampoco serán los mismos.

En efecto, como ya hemos hecho referencia, el contenido de los laudos de derecho se halla prescrito en el artículo 50 de la Ley. No vamos a hacer aquí una inútil exégesis de lo obvio, pues los seis requisitos se explican por sí mismos. Baste con decir que el laudo debe contener «1.- Lugar y fecha de expedición», porque el lugar determinará la sede del arbitraje y por tanto la sede del órgano judicial competente al que se podrá acudir para anular el laudo, si fuera el caso.¹¹ De igual manera, la fecha de expedición es de vital importancia para determinar si se cumplieron los plazos pactados para laudar y para computar los plazos de los recursos impugnatorios a los que hubiere lugar. Asimismo deberá contener «2. Nombre de las partes y de los árbitros», porque la identificación de las partes hace posible determinar quién está obligado por el laudo a cumplir para con quién con lo señalado por la decisión arbitral. También quiénes tienen el derecho a accionar los recursos impugnatorios *post laudo*.

En cuanto a los nombres de los árbitros, como ya lo hemos afirmado, deben estar presentes porque éstos identifican a aquellas personas en las que las partes depositaron su confianza para laudar, de tal manera que si no son las mismas, podrán, de acuerdo a lo previsto en la Ley, ejercer su derecho de impugnar el laudo.¹² También

¹¹ Artículo 71.- «Plazo para la interposición del recurso de anulación y órgano competente

El recurso de anulación del laudo arbitral deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la anulación [...].

¹² Causales 2 y 3 de anulación de los laudos arbitrales del artículo 73 de la Ley: «2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro [...], habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

el laudo deberá contener, como es obvio, «3.- La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes» para que, como ya hemos adelantado, las partes puedan, según el caso, ejercer su derecho de impugnar el laudo mediante una apelación o anulación.¹³ Por esas mismas razones el laudo debe contener «4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión» y «5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas».¹⁴ Finalmente, el laudo de derecho debe contener «6. La decisión» que resuelve la controversia. Hasta aquí pues los requisitos específicos que en cuanto a contenido deben tener todos los laudos de derecho.¹⁵

Ahora bien, los laudos de conciencia comparten, por las mismas razones, varios de los requisitos de contenido de los laudos de derecho. Para ser más exactos, según el artículo 51 de la Ley, «El laudo de conciencia necesariamente debe cumplir con lo dispuesto en los incisos 1), 2), 3) y 6) del artículo 50. Requiere además de una motivación razonada». Esto significa que no son requisitos del contenido del laudo de conciencia la valoración de las pruebas en que se sustente la decisión, así como los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas. ¿Por qué? Porque según la lógica que hemos venido utilizando, estos dos requisitos de contenido son la condición para una eventual causal de recurso de apelación que en los laudos de conciencia no procede.¹⁶ En efecto, la apreciación de la

3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, [...] siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte considerada afectada, sin ser subsanado oportunamente».

¹³ Ver nota 10 de este capítulo.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ En términos generales y según corresponda, todos estos requisitos se suelen expresar en los buenos laudos bajo la siguiente estructura: 1.- Antecedentes del laudo; 2.- Considerandos; y 3.- La decisión o parte resolutiva.

¹⁶ Artículo 60.- «Recurso de apelación

[...]

Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».

prueba y la interpretación del derecho son, entre otros, objeto de revisión por el recurso de apelación. De más está decir que no se puede apelar la aplicación e interpretación del derecho en un laudo que por esencia no está obligado a solucionar una controversia recurriendo al derecho.

Pero haciendo esta salvedad de mero sentido común en lo referente al derecho, e independientemente de las causales del recurso de apelación que para los arbitrajes de conciencia no procede, lo cierto es que no vemos por qué un laudo de conciencia no deba expresar la valoración de las pruebas en que se sustente la decisión y los fundamentos de hecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensa de las partes. Porque, después de todo, la conciencia no se funda en el capricho. Para formar un juicio de conciencia sobre algo se necesitan hechos y pruebas. La conciencia no se forma *ex nihilo* y aunque sólo sea por razones de decoro, las partes deberían tener el derecho de saber en mérito a qué pruebas y hechos se formó la conciencia de los árbitros para llegar a su decisión, aun esto carezca de razones prácticas para impugnar el contenido del laudo.

Un requisito fundamental de todo laudo es la decisión. Sin decisión no hay laudo, por más de que se hayan observado todos los demás requisitos. La decisión es la esencia del laudo. Es la parte resolutiva. Nada más podemos decir sobre la decisión, a no ser que ésta, además de poner fin a la controversia dándole solución, debe pronunciarse sobre el costo del arbitraje y quién o quiénes deben asumirlo, según lo manda la Ley.¹⁷

¹⁷ Artículo 52.- «Costos del Arbitraje

Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos de arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio [...]

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, tomando en consideración el resultado o sentido del mismo [...].

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado».

Decir que, como lo hemos hecho, la decisión debe «además» pronunciarse sobre los costos del arbitraje es realmente una concesión a las palabras. Lo cierto es que ese «además» está de más. Y la razón es muy simple. Nosotros no creemos que la solución de la controversia que se pronuncia en la decisión sea excéntrica a los costos del arbitraje. En otras palabras, los costos del arbitraje son parte de la solución de la controversia pronunciada en la decisión. Porque los costos de dar solución a la controversia están implícitos en la controversia misma, en la medida de que buena parte de ellos dependerán de a quién favorece o desfavorece el laudo,¹⁸ independientemente de que las partes hayan podido ponerse provisionalmente de acuerdo en el convenio arbitral sobre los costos del arbitraje.¹⁹ Esta es la razón fundamental por la cual el laudo, al pronunciarse

Sin embargo, esto no es así en otras latitudes. En Italia, por ejemplo, Carnacini nos informa que si bien en el laudo los árbitros pueden proveer sobre las costas del proceso y sobre el honorario que les corresponde, la jurisprudencia italiana ha determinado que ello no es parte integrante de la decisión arbitral porque los árbitros no pueden emitir un pronunciamiento en beneficio propio, por lo que la ley se cuida de concederles la facultad de determinar dicho monto, pero sin carácter vinculante. Es decir, la ley italiana considera esta provisión de costas y honorarios como una mera propuesta. Ver: CARNACINI, Tito. *Op. cit.*, pp. 148-152.

¹⁸ Por ejemplo, el pago de los honorarios de los abogados. El que pierde suele correr con ese costo. Debe pagar a sus abogados así como a los abogados de la parte que ganó el proceso arbitral, salvo un exótico pacto en contrario en el convenio arbitral. Ahora bien, no necesariamente hay costos que dependen de quién gane o pierda el arbitraje. Un ejemplo de esto es el caso de las multas procesales que deben computarse como costos en el laudo. Puede haber partes que hagan oneroso el proceso arbitral al negarse a cumplir con alguno de los mandatos de los árbitros. Esa onerosidad corre, según la Ley (artículo 9), a cargo del infractor a través de multas procesales, independientemente de que el infractor gane o pierda el proceso arbitral.

¹⁹ Por lo general las partes suelen ponerse de acuerdo en el convenio arbitral en torno a que los gastos que genere la contratación de un tribunal arbitral, deben ser compartidos por ambas. Aun no se diese este compromiso, la misma Ley, en su artículo 52, dispone que a falta de acuerdo y de condena, «[...] cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las (sic) de los árbitros, la (sic) del secretario, si éste no fuera árbitro, y la (sic) de la institución arbitral...».

sobre la controversia, se pronuncia «también» sobre los costos que se han irrogado para su solución. Pero además hay otra razón para que el laudo se pronuncie sobre los costos del arbitraje. El laudo es el último acto procesal del arbitraje, por lo tanto, hasta ese momento, en teoría al menos, el proceso irroga gastos. Sólo el laudo puede poner fin a esos gastos.²⁰

Ahora, si expedido el laudo termina el proceso arbitral, el laudo debería tener el poder de definir absolutamente el fondo del asunto al que dio solución. En la realidad, que es lo que siempre cuenta, esto es así como ya hemos informado aquí mismo. El laudo tiene calidad de cosa juzgada.²¹ Y, el recurso de apelación sobre el cual ya hemos hecho referencia también a lo largo de este capítulo y que es el único que podría discutir el fondo del laudo, esto es, cuestionar la decisión de los árbitros, es un recurso que casi nunca se produce. En la realidad, y aunque según nuestra interpretación, la Ley lo permi-

²⁰ Lo cierto es que en la realidad varios gastos del arbitraje se saldan provisoriamente antes de emitirse el laudo. Tal es el caso de los honorarios del tribunal arbitral y de lo que todo éste comprende (secretario que no fuera árbitro e institución arbitral, si la hubiere). El mecanismo es el siguiente: En el acta de instalación del tribunal arbitral, que es donde se celebra el contrato entre las partes y los árbitros, éstos fijan sus honorarios provisionales. Son provisionales en la medida de que no se basan en una demanda, sino aún en una petición de arbitraje. En esta petición se dice lo que se va a demandar y su cuantía. Sobre esta base los árbitros fijarán sus honorarios. Éste no es el honorario final porque puede modificarse en tanto se modifique, a su vez, la cuantía de lo demandado en la demanda y la reconvenCIÓN, si la hubiere. Así pues, los honorarios de los árbitros, parte integrante de los costos del arbitraje, pueden reajustarse si no coinciden los que se establecieron en la petición de arbitraje con la cuantía resultante de la demanda y la reconvenCIÓN. Por obvias razones estos gastos del arbitraje se suelen saldar antes del laudo, independientemente de cuál de las partes los salde. En tal sentido, el laudo los deducirá a quien correspondan de los costos que aún queden por saldar.

²¹ Artículo 59.- «Recurso contra los laudos

Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60 y 61. El laudo tiene valor de cosa juzgada [...].

El artículo 60 regula el recurso de apelación y el 61 el de anulación.

ta para cumplir las formas constitucionales de la pluralidad de instancias, prácticamente, nadie pacta una segunda instancia arbitral y menos aún una judicial, para tener el derecho de apelar un laudo. Porque, simplemente, a nadie se le ocurre reproducir el proceso ordinario en el proceso arbitral. ¿Sino, cuál sería el sentido de este último? Por eso, en tanto los hechos y la experiencia lo demuestran, el laudo, en lo referente al fondo del asunto sobre el que se pronuncia, es definitivo.

Otro asunto es el de si el laudo como tal tiene validez jurídica o no. Si vale jurídicamente para obligar a alguien y proclamar el derecho de otro o no. Y esto sólo lo puede resolver el Poder Judicial que tiene siempre la última palabra sobre la validez jurídica de las decisiones que comprometen derechos y obligaciones. En el arbitraje la última palabra sobre la validez o la nulidad del laudo la tiene por ende el Poder Judicial al que las partes del proceso arbitral recurren a través del recurso de anulación.²²

El tema fundamental para nosotros en lo que al recurso de anulación respecta, no tiene que ver con las causales que se explican por sí mismas y a las que haremos sumaria referencia en su momento, ni tampoco con las consecuencias de la anulación que se deducen sin esfuerzo dependiendo de la causal que haya prosperado, sino con el problema de si el recurso de anulación en el arbitraje implica una pluralidad de instancia del proceso arbitral. En otras palabras, si es un mecanismo que dentro del proceso arbitral permite a quien lo invoca impugnar el laudo dentro de ese mismo proceso.

²² Artículo 61.- «Recurso de anulación

Contra los laudos dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o nulidad.

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

Nosotros no lo vemos así. Si bien es cierto que el recurso de anulación permite la posibilidad de anular el laudo, es decir, dejarlo sin validez, no escapa a nadie que esta anulación se produce, de ser el caso, fuera del proceso arbitral para resolverse en el dominio de lo público, en los procesos ordinarios del Poder Judicial. Esto significa que en los hechos no existe una nueva instancia arbitral a la que se pueda recurrir para, dentro de ese mismo proceso, impugnar un laudo, anulándolo. Luego, existe no otra instancia, sino otra jurisdicción que es cosa totalmente diferente. En efecto, las instancias procesales sólo pueden concebirse dentro de una misma naturaleza procesal, dentro de una misma unidad procesal. Es allí, dentro de esa misma unidad procesal, donde se agotan las respectivas instancias que determinan el fin de una «vía» jurisdiccional.

Por lo tanto, el pretendido «recurso» de anulación del arbitraje no es un instrumento propio del proceso arbitral, dependiente de él, sino otro proceso totalmente distinto propio de los juicios ordinarios.²³ Así pues, a través de este procedimiento cuya interposición puede tener el carácter introductorio de instancia en el proceso ordinario,²⁴ los jueces pueden anular o validar las decisiones que unos

²³ En este sentido, Dante Barrios entiende que el recurso de nulidad en el juicio ordinario es sólo un recurso del proceso judicial mismo, es decir, un procedimiento dependiente de otro, por lo que no goza de autonomía propia. Por el contrario, en el proceso arbitral, el recurso de nulidad (anulación en el Perú) llega a adquirir la categoría de un auténtico proceso sumario. Dice más. La interposición del recurso de nulidad desempeña a veces las funciones de una verdadera demanda, por lo que de esto se desprenden varias consecuencias prácticas, como por ejemplo: constitución de nuevos domicilios, exigencia de documentación especial, etc. Ver: BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956, pp. 298-303.

²⁴ Decimos que «puede» ser introductorio de instancia porque, en teoría, puede serlo también el recurso de apelación que como ya hemos visto casi nunca ve la vida. Sin embargo, lo que no puede ser es que un recurso implique la puerta para una primera instancia judicial y el otro para una segunda. La Ley es clara: Artículo 70.- «Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden acumularse ni formularse alternativa-

particulares llamados árbitros, investidos de facultades extraordinarias por la ley, habían tomado con relación a derechos y obligaciones de otros particulares llamados partes.

El lector perspicaz notará que en el caso de que el así llamado recurso de anulación del arbitraje sea introductorio de primera instancia en el proceso ordinario, esto implica que esa instancia es única.²⁵ En efecto, producida la sentencia que declara infundado el recurso de anulación, no hay manera de proceder contra ella porque no hay otra instancia ordinaria más.²⁶ Esto significa otro golpe para la pluralidad de instancias constitucionalmente consagrada. Porque resulta que dentro de los mismos procesos judiciales hay casos como éste, en el que no hay pluralidad de instancias. Así pues, como dijimos al principio de este libro, el arbitraje rompe todos los esquemas pre establecidos con relación a la administración de justi-

mente, subsidiaria o sucesivamente. Invocando uno de ellos, es improcedente el otro».

²⁵ El subterfugio que utiliza el orden jurídico para que estos hechos no parezcan tal, es el de que el recurso de anulación lo resuelva la Corte Superior del Poder Judicial, esto es, en términos generales de un proceso ordinario, la segunda instancia procesal. Pero no hay tal «segunda instancia» en la medida de que la Corte Superior funciona como introductora de una primera y única instancia judicial, ya que no se puede teórica ni prácticamente pretender que el proceso arbitral funja de primera instancia judicial. Esto sería una contradicción en los términos.

²⁶ Artículo 69.- «Recursos

Contra lo resuelto por la Corte Superior no cabe la interposición de recurso alguno».

Hacemos notar que el recurso de casación, que fungiría de llave para una segunda instancia ordinaria, sólo es posible si la sentencia de la Corte Superior ha declarado fundado el recurso de anulación, según lo expresa el artículo 77 de la Ley:

Artículo 77.- «Recurso de casación

Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente».

De más está decir que el citado artículo es un absoluto despropósito, porque o bien ‘contra lo resuelto por la Corte Superior no cabe recurso alguno’, o bien cabe. Creemos que este es otro intento más de querer salvar desesperadamente la cara de la pluralidad de instancias donde claramente no puede ser salvada.

cia y con algunas de las garantías procesales ideológicamente aceptadas.

Queda por ver sumariamente en qué supuestos la Ley permite que las partes puedan interponer un recurso de anulación del laudo y qué efectos tiene esa anulación de ser concedida. Lo primero que tenemos que decir es que las causales de anulación son de mero sentido común, aunque la Ley hace bien en señalarlas taxativamente.

En efecto, si el convenio arbitral que dio origen al proceso, y por ende al laudo, es declarado nulo por el Poder Judicial (en el proceso de anulación de laudo), entonces lo accesorio sigue la suerte de lo principal y el laudo también es nulo.²⁷ Ahora bien, es lógico que los reparos sobre la existencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral sean expresados desde un inicio en el mismo proceso arbitral y desde el inicio también hayan sido desatendidos por los árbitros.²⁸ Lo que el sentido común expresado en la Ley quiere es que el reclamo sobre algo tan grave sea oportuno dentro del mismo proceso y no interesado cuando se perdió el proceso. Si los árbitros tuvieron razón o no en desatender el reclamo inicial de las partes, lo resolverá la jurisdicción ordinaria una vez terminado el proceso arbitral. El efecto judicial de declarar nulo el convenio arbitral y por

²⁷ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales
El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo (sic) pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39».

²⁸ Artículo 39.- «Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia
Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre opciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales [...]».

tanto el laudo, es que las partes tienen expedito su derecho de solucionar su controversia en el Poder Judicial porque no hay convenio que las obligue a hacerlo en un juicio privado. La Ley les da sin embargo la posibilidad expresa de volver a intentarlo por el arbitraje, lo que está de más, porque —estando el arbitraje contemplado por el orden jurídico— esa posibilidad siempre existe sin que la Ley lo tenga que declarar.²⁹

La violación del debido proceso siempre y cuando se haya reclamado ésta en su oportunidad y haya perjudicado ostensiblemente los derechos procesales del reclamante, es también una causal de anulación del laudo. Se entiende aquí también por violación del debido proceso la indebida notificación de la designación de un árbitro.³⁰ Los efectos que la Ley quiere para esta anulación son los de preferir pese a todo el arbitraje, que el arbitraje no muera sino que despierte nuevamente a la vida desembarazado de la violación y sus consecuencias, preservando todo lo actuado en el proceso hasta antes de la violación, para a partir de allí, continuar con el arbitraje y llegar a un laudo fruto del respeto al debido proceso.³¹

²⁹ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación

Anulado el laudo se procederá de la siguiente manera:

1. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 1) del artículo 73, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes [...].».

³⁰ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales

[...]

2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente».

³¹ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación del laudo

[...]

2. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 2) del artículo 73, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que éstos reinicien el arbitraje en el estado en que se cometió la violación».

Otra causal de anulación del laudo es que no se haya respetado la voluntad de las partes, dentro del marco de la Ley, en la composición del tribunal arbitral sobre la que esas partes tienen pleno derecho. La oportunidad del reclamo dentro del mismo proceso arbitral es aquí también condición para que esta causal prospere.³² El efecto de la anulación del laudo por esta causal es, obviamente, el de restablecer el derecho de las partes para componer el tribunal arbitral de acuerdo a su voluntad.³³

El que el laudo se haya producido sin las mayorías requeridas es una causal más de anulación del laudo.³⁴ La Ley quiere que haya laudo, pero respetando la mayoría, por lo que les exige a los árbitros que lauden nuevamente en consecuencia.³⁵

³² Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales

[...]

3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse (por ejemplo aquellas personas que no tienen las calificaciones legales que deben tener los árbitros o aquellas personas impedidas de actuar como árbitros según los artículos 25 y 26 de la Ley, respectivamente) o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente».

³³ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación

[...]

3. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 3) del artículo 73, queda expedido el derecho de las partes para proceder a una nueva designación de los árbitros [...].».

³⁴ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales

[...]

4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas».

³⁵ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación

[...]

4. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 4) del artículo 73, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que se pronuncien con las mayorías requeridas [...]»

Los plazos para laudar –los mismos que siempre deben encontrarse pactados en el acta de instalación del tribunal arbitral o fijados supletoriamente por la ley o el reglamento que resultare aplicable al proceso– son muy importantes, como ya hemos visto en su momento, y su incumplimiento puede determinar, a diferencia de las sentencias judiciales, la anulación del laudo si ésta es pedida oportunamente.³⁶ Aquí, anulado el laudo, el proceso arbitral es insalvable porque los plazos no pueden ser salvados y por lo tanto queda restablecido el derecho de las partes a resolver su controversia en la vía ordinaria si así lo desean.³⁷

Que se haya laudado sobre algo que no se ha pedido es, obviamente, una causal de anulación del laudo. Aquí, quiere la Ley que la anulación afecte el laudo sólo en aquello que está de más por la razón que fuere, mientras se le pueda separar fácilmente de lo que sí se pidió que se laudara. Si no se puede separar, porque una cosa es indesligable de la otra, no procede la anulación.³⁸ La anulación importa aquí, nuevamente, la competencia del Poder Judicial si las partes quieren resolver la controversia.³⁹

³⁶ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales
[...]

5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo»...

³⁷ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación
[...]

5. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 5) del artículo 73, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes»...

³⁸ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales
[...]

6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal»...

³⁹ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación
[...]

Finalmente, cualquier laudo que verse sobre materias prohibidas por Ley de ser arbitradas podrá ser anulado de oficio en lo que concierne a la materia prohibida, independientemente de que la anulación haya sido pedida por cualquiera de las seis causales precedentes.⁴⁰ Aquí también, producida la anulación, se restablece la jurisdicción del Estado para solucionar la controversia que dio origen al fallido arbitraje.⁴¹

Con esto hemos terminado lo que en nuestro criterio son las materias importantes a tratar en lo que respecta al laudo. Ciento es que ni son las únicas ni serán las últimas, pero son las que a nosotros nos interesa resaltar: Como que el laudo es el fin de muchas cosas, entre otras, también, el fin de este libro.

5. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 5) del artículo 73, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes».

⁴⁰ Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales

[...]

7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá sólo en caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

⁴¹ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación

[...]

6. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 6) del artículo 73, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto entre las partes».

EPÍLOGO

La crisis de la justicia en el Perú ha tocado fondo. Los numerosos intentos por reformarla, desde el propio Poder Judicial, desde el Congreso y, en especial, desde el Poder Ejecutivo, han fracasado rotundamente. El viejo Estado-Nación, agotado y sobrepasado por la Historia, se ve así impotente para cumplir con una de sus funciones clásicas: la administración de justicia. El Estado ya no administra justicia, sino una parodia de justicia. Y sin embargo, la justicia no puede desaparecer ni mucho menos dejar de administrarse. En las calles, pues, muchos empiezan a hacer justicia con sus propias manos. Muchos otros, temerosos de lo que esto significa para la civilización, apuestan con rigor por una justicia totalmente nueva en la que el Estado tenga poco o nada que decir porque mientras menos diga, mejor. Y así, quienes ya no quieren saber nada con el Poder Judicial, pero tampoco con los linchamientos de la turba, se acostumbran cada vez con más fuerza a contratar jueces privados para juicios privados. El arbitraje, como juicio privado, surge y madura a pasos de gigante como una solución eficaz al descalabro de la administración de la justicia pública.

Y con ese descalabro pónese en la agenda del debate académico y político, la vigencia de los *sagrados* principios que animaron a esa vieja justicia que ya entrega el alma. En tela de juicio quedan pues el absolutismo de la igualdad ante la ley, el juez natural, el procedimiento previamente establecido por la ley, la pluralidad de instancias, la publicidad de los procesos, la gratuitud de la función jurisdiccional, todos ellos principios que animan muy poco a un arbitraje que funciona tan bien.

Que el arbitraje empiece a dejar de ser una exótica excepción para convertirse en regla de una justicia satisfactoria, es algo propio del devenir. El mundo parece asistir a un ocaso de lo público. Y la privatización de la justicia es el mejor ejemplo de ello. Empero, no hay devenir si no trabajamos por él. Ése ha sido el propósito de *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Ése es el esfuerzo de los autores al proponer a la comunidad jurídica el estudio profundo, desde la experiencia profesional y la filosofía del Derecho, de una institución como el arbitraje. Porque el arbitraje será crucial para entender la administración de justicia del siglo XXI, nuestro siglo.

BIBLIOGRAFÍA

ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Categorías Institucionales del Proceso*. Puebla: Editorial José M. Cajica. 1956.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963.

BRICEÑO SIERRA, Humberto. «Procedimiento Arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericano y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zublowsky. Lima: Cultural Cuzco, 1989.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994.

CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

CORDÓN MORENO, Faustino. «En torno a los poderes de dirección del juez civil». En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1979, tomo LXIII.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. Madrid: J.M. Bosch Editor, 2000.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubkowsky. Lima: Cultural Cuzco, 1989.

DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El Acuerdo Arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

FENECH NAVARRO, M. «El arbitraje en el Derecho español». En: CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1962.

GAMBOA SERRANO, Rafael. *El Proceso Arbitral en Colombia*. Santafé de Bogotá, 1992.

GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998.

GUASP, Jaime. *Administración de justicia y derechos de personalidad*. *Revista de Estudios Políticos*, tomo IX. 1944, p. 93.

GUASP, Jaime. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956.

HARDT, Michael y Antonio NEGRI. *Imperio*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2.^a reimpresión, 2002.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Ediciones Tecnos, 1976.

NOVOA CAIN, Mauricio. *Defensoría del Pueblo: Aproximaciones a una institución constitucional*. Colección Tesis. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 2003.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. «La transacción en el procedimiento arbitral». En: *Actualidad y Derecho*, n.^o 19, 1995.

OTERO LASTRES, José Manuel. *El plazo para dictar el laudo arbitral* (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo –Sala 1– de 20 de mayo de 1982). Madrid: Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. I, 1984.

OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

PÁSARA, Luis. *La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*. Lima: Ministerio de Justicia del Perú, 2004.

REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. «Laudando sacrílegamente: consideraciones en torno al carácter arbitrable de la nulidad del acto jurídico». En *Derecho & Sociedad*, n.º 21, año XIV, 2003.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Obras Selectas. Colección Clásicos Inolvidables*. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1959, Segunda Edición.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

SANTOS VIJANDE, Jesús María. «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Arbitraje: la alternativa de arbitraje de Derecho o de equidad, los plazos preclusivos de alegaciones, la inactividad de las partes y la documentación de las actuaciones en el procedimiento arbitral». En: *La Ley*. La Rioja, 1989, tomo IV.

VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.

Información periodística

Diario El Comercio, 17/9/2006

Diario Correo, 5/9/2006

Diario Perú 21, 23/11/2004

Diario La República, 23/11/2004

4/11/2004

ARBITRAJE

se terminó de imprimir en el mes
noviembre del 2006, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220 Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, Telefax: 447-7630
Lima 33, Perú