

Arbitraje de Conciencia: ¿Género del Arbitraje de Derecho?¹

José Zegarra Pinto²

I.- INTRODUCCIÓN

No es ninguna novedad señalar que en nuestro país es cada vez más frecuente el uso del arbitraje como forma de solución de conflictos³. Creemos que esto no es más que un reflejo de nuestra necesidad por tener un medio seguro y eficaz de solucionar nuestras controversias.

Al hablar de nuestra Ley General de Arbitraje (LGA)⁴, no solo debemos tener presente que se trata de un instrumento legal de relativa reciente data sino también que ella se encuentra acorde con las más modernas legislaciones internacionales. Es pues a raíz del análisis de nuestra legislación y la información proporcionada por la doctrina, que nos surgió el interés por investigar las diferencias y similitudes de los dos tipos de arbitraje contenidos en nuestra legislación, con esto hacemos alusión tanto al arbitraje de derecho como al arbitraje de conciencia.

Es gracias a dicho análisis que surgió en nosotros la siguiente hipótesis de trabajo: ¿Es posible considerar al arbitraje de conciencia como el género del arbitraje de derecho?

A partir de las siguientes líneas vamos a pretender dar una respuesta al cuestionamiento expuesto en el párrafo anterior. Iniciaremos nuestra exposición con una breve introducción sobre conceptos básicos

¹ El presente artículo fue publicado en: Arbitraje On Line, Boletín editado por: El Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Año III, Número 5 Abril, 2005

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Facultad de Derecho y la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

³ Al respecto recomendamos revisar la información expuesta en la página web del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima: http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/datos_estadisticos1.htm. De esa manera se puede ver que en sus inicios (1993) solo ingresaron 2 casos al Centro, situación que en 1997 cambio a 69 casos ingresados. Del año 1998 en adelante el crecimiento ha sido sostenido: 1998 (150); 1999 (230); 2000 (412); 2001 (576); 2002 (745); 2003 (860) y 2004 (984).

⁴ Ley N° 26572. Ley General de Arbitraje (05/01/96).

de arbitraje, continuaremos con las características propias del arbitraje de derecho y conciencia, finalizando con el abordaje de la temática planteada.

II.- CONCEPTOS BÁSICOS

Antes de empezar a desarrollar el asunto que nos convoca, consideramos conveniente, desarrollar algunos conceptos de imprescindible conocimiento.

Arbitraje.- Dentro del campo multidisciplinario de resolución de conflictos debemos localizar al arbitraje dentro del grupo de los denominados medios alternativos primarios⁵. Al hablar de arbitraje debemos entender por él a toda aquella forma de resolución de conflictos en la cual participa un tercero neutral e imparcial, al cual se someten las partes de manera libre y voluntaria para que decida las controversias o diferencias que se produzcan entre ellas; debiendo estas acatar y respetar la aludida decisión.

Con respecto al tema de la **naturaleza jurídica del arbitraje**, debemos señalar que existe una discusión de larga data al respecto. No existe consenso en la doctrina en cuanto a si estamos frente a un contrato, si se trata de una institución procesal o si es la combinación de ambas. Al respecto nos parece conveniente citar la opinión de **Navarro Lorente**⁶:

"Con carácter previo, vamos a analizar las diversas teorías que sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se han elaborado:

- a) Las **CONTRACTUALISTAS**.- No consideran al arbitraje como institución procesal, pues no reúne los requisitos propios del proceso: no hay partes procesales, ni pretensión ni oposición propiamente dichas. Así se configura como un contrato de derecho privado (GUASP) con el fin de liquidar una controversia entre las partes interesadas (CHIOVENDA).
- b) Las **PROCESALISTAS**.- Considerando al arbitraje como quasi proceso equivalente al de cognición (CARNELUTTI), auténtica jurisdicción pues: el poder de decidir de los árbitros, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicional sólo puede venirles del Estado (FENECH).
- c) Las **MIXTAS**.- aunque su origen es el Derecho privado, se torna el arbitraje en procesal, por los efectos que produce el laudo: la consideración de procesal o sustantiva deriva de su colocación en la Ley rituaria o en el Código Civil, lo que responde a factores de carácter

⁵ Dentro de este grupo debemos también ubicar a la Negociación, Mediación y Conciliación.

⁶ NAVARRO LORENTE, Lorenzo. El Sistema Arbitral de Consumo. En: Revista de la Corte Española de Arbitraje. Madrid. Consejo Superior de Cámaras de Comercio Industria y Navegación de España, 1993. p.66

histórico, de oportunidad o de sistemática legislativa (PRIETO CASTRO)..."

De la misma manera es conveniente hacer mención a la llamada "Teoría Autónoma"⁷, la cual señala que la naturaleza del arbitraje será determinada sólo a partir de la observación del uso y propósito de el. Dicha Teoría descarta de plano que el arbitraje posea una naturaleza jurídica de corte puramente contractual, jurisdiccional o mixto.

Convenio Arbitral.- Al respecto nuestra LGA, nos brinda un adecuado concepto respecto a lo que debemos entender al respecto:

"Artículo 9º: El convenio arbitral es el acuerdo por el cual 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...".

En este punto también es importante hacer mención a su **carácter principal**⁸, el cual le permite gozar de independencia en cuanto al contrato en el cual pudiera estar o no incorporado⁹. Es en este punto que se hace conveniente hacer mención a lo que la doctrina denomina como **principio de libertad formal del convenio arbitral**, es a través de este principio que se busca describir que dicho convenio no se encuentra revestido de ningún tipo de formalización ad solemnitaten para que se reconozca su existencia, eso si, se requiere

⁷ "Considera al arbitraje desde un ángulo completamente diferente a los anteriores. La cuestión es en que sistema legal nacional e internacional se adecua al arbitraje, y como y hasta qué medida la ley restringe el derecho a someter y a conducir el procedimiento arbitral. La teoría autónoma mira al arbitraje "per se", en que consiste: la forma y manera como funciona; las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar el desenvolvimiento del arbitraje. Se rechaza las teorías contractuales y jurisdiccional por no estar de acuerdo con la realidad, además de estar una con otra en contradicción...". Ver: **MONTOYA ALBERTI, Ulises. El Arbitraje Comercial**. Cultural Cuzco. Lima. 1988. pp. 36.

⁸ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (Sección 18) de 16 de septiembre de 1996. "...conviene precisar en primer lugar que aunque el art. 6.1 de la citada Ley permite la posibilidad de plasmar el convenio arbitral como cláusula plasmada en un contrato principal, no por ello se convierte en parte de dicho contrato, sino que constituye un contrato independiente con su conjunto de derechos y obligaciones perfectamente diferenciados y que no tiene por que seguir en su vida y desarrollo, las vicisitudes del contrato principal. Ver: **Revista de la Corte Española de Arbitraje**. Madrid. Consejo Superior de Cámaras de Comercio Industria y Navegación de España, 1997. p.197.

⁹ Al respecto nos parece conveniente citar la siguiente Jurisprudencia: "SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA DE DIECIOCHO DE MAYO DE DOS MIL UNO: ... se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no solo cuando este consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, es decir, contempla tres modalidades de formas de convenio arbitral como son el que llamaríamos ordinario o unidocumental, el convenio arbitral por referencia (cláusula incorporada a un contrato de adhesión) y el pluridocumental que sería aquel evidenciado por la actitud de las partes en orden a someter sus controversias..." Ver: **Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje**. Tomo XV. Universidad del País Vasco. Septiembre 2003. pp.771

que se encuentre celebrado por escrito, lo cual de no cumplirse produce que la sanción sea su nulidad. Es en esa línea de pensamiento que nuestro legislador nacional desarrolla el artículo 10 de la LGA:

"Artículo 10º: Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando esta contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...".

No resta demás señalar, que el convenio arbitral es precisamente la génesis de todo arbitraje y representa la voluntad de las partes por resolver sus diferencias de una manera rápida, segura y eficaz. Con respecto a este tema (voluntariedad al sometimiento a arbitraje), nos parece conveniente citar lo señalado por **GASPAR LERA¹⁰**:

"... Y asimismo, en el Fundamento Jurídico núm 3 de la Sentencia 174/1995, de 23 noviembre (RTC 1995, 174), se determina: ...la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia a arbitraje...".

Laudo.- En este caso nos encontramos frente al resultado final de la labor realizada por el órgano arbitral, es pues la decisión definitiva a las controversias o diferencias en las cuales se encuentran inmersas las partes en litigio siendo de carácter vinculante para ellas¹¹.

Conforme señala nuestra legislación, cuando estemos frente a un laudo arbitral, consentido o ejecutoriado, nos encontraremos con un

¹⁰ **GASPAR LERA**, Silvia. El Ámbito de Aplicación del Arbitraje. Aranzadi. Navarra, 1998. pp 63 y 64.

¹¹ Son varios los conceptos que al respecto hemos podido encontrar, los cuales a nuestro modesto entender coinciden en cuanto al fondo del mismo. Al respecto nos parece interesante citar los siguientes: **CAIVANO** Roque. Negociación, Conciliación y Arbitraje. APENAC. 1998, Lima. Pp. 289: "... es el único modo posible de poner término al procedimiento arbitral regularmente tramitado y que, resolviendo definitivamente acerca de las cuestiones planteadas en la instancia arbitral , pone término a la misma , alcanzando el efecto de cosa juzgada formal cuando contra el mismo haya precluido del término para pedir su anulación...". **LORCA NAVARRETE**, Antonio María. Derecho de Arbitraje Español. Dykinson. 1994. pp 401: "... Es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les habían sometido al acordarles la facultad de decidir con carácter vinculante sobre las controversias que formaron la materia litigiosa..."

titulo de ejecución¹², el cual, en caso de supuesto incumplimiento, puede ser ejecutado a pedido de parte¹³.

Asimismo, debemos decir que los laudos arbitrales son definitivos y contra estos no procede recurso alguno. Sólo si se encuentra pactada la apelación o si la interposición del recurso se encuentra contemplada dentro de los reglamentos de la institución arbitral que administra el caso será posible la admisión de dicho recurso finalmente es pertinente advertir que contra los laudos de conciencia no procede el recurso de apelación¹⁴.

Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia

Nuestro legislador utilizando términos sencillos y directos nos brinda una definición muy precisa de ambos conceptos¹⁵:

"Ley 26572: Artículo 3.- Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender".

Asimismo, es adecuado advertir que nuestra Ley optó por considerar que en caso las partes no definan el tipo de arbitraje al cual deberán someterse, se entiende que se trata de un arbitraje de conciencia (2do párrafo, artículo 3º – LGA). Con respecto a este tema y a partir del análisis de la legislación comparada podemos señalar que mas bien la tendencia es a considerar al arbitraje de derecho como la regla¹⁶. Una clara muestra de dicha tendencia, la podemos mostrar en la **exposición de motivos de la Ley Española de Arbitraje (Ley 60/2003)**, la cual al respecto señala lo siguiente:

¹² Código Procesal Civil: Artículo 713.- Son títulos de ejecución: ... 2. Los laudos arbitrales firmes.

¹³ Ley General de Arbitraje. Artículo 83º

¹⁴ Si bien no cabe el recurso de apelación, es posible la interposición del recurso de anulación, el cual como se podrá observar se encuentra circunscrito a un aspecto (validez): **"LGA - Artículo 61:** Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede solo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. 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."

¹⁵ Según se pudo investigar, ambas denominaciones vienen de larga data. Al respecto nos parece adecuado citar lo señalado por MONTOYA ALBERTI: "...El contraste entre el arbitraje de derecho y de equidad parte desde la denominación que se daba en el derecho romano, "arbitrer y arbitrador". La decisión de equidad recibe otras denominaciones tales como, el pronunciamiento "ex – aequo et bono". La apreciación en conciencia, el fallo según el leal saber y entender, la amigable composición, proveniente este último del francés "amiables compositeurs"....". Ver: **MONTOYA ALBERTI**, Ulises. El Arbitraje Comercial. Cultural Cuzco. Lima. 1988. pp. 18.

¹⁶ En el caso de Latinoamérica, dicha opción legislativa es compartida por países como: Colombia, Costa Rica, México, Venezuela entre otros.

“...Se invierte la regla que la ley de 1988 contenía a favor del arbitraje en equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resulta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal...”

En lo concerniente a los requisitos e información que deberán contener estos laudos, es adecuado traer a colación lo estipulado en los artículos 50º y 51º de la LGA. A manera de mostrar gráficamente lo antes señalado presentamos el siguiente cuadro.

	Contenido del Laudo	Arbitraje de Derecho	Arbitraje de Conciencia
1	Lugar y fecha de expedición	✓	✓
2	Nombre de las partes y de los árbitros	✓	✓
3	La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes	✓	✓
4	Valoración de las pruebas en las cuales se sustenta la decisión	✓	✗
5	Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas	✓	✗
6	La decisión	✓	✓

En el caso del arbitraje de conciencia se exige el cumplimiento de los requisitos 1, 2, 3 y 6, adicionalmente se requiere de una **motivación razonada**.

Luego de esta breve exposición de conceptos básicos y a partir del análisis de este último concepto es que procederemos a desarrollar nuestra hipótesis de trabajo.

III.- EL ARBITRAJE DE CONCIENCIA ES EL GENERO DEL ARBITRAJE DE DERECHO?

Al hablar del arbitraje de conciencia como el género del arbitraje de derecho, implica que estamos afirmando que este último es una manifestación más del arbitraje de conciencia. Consideramos

efectivamente que esto es lo que sucede. El arbitraje de conciencia y en general los juicios en equidad vienen a ser la génesis sobre la cual se inspiran todos los ordenamientos jurídicos que tenemos en el mundo. Es pues la lógica de la equidad la que ha precedido al derecho positivo a lo largo de toda la historia de la humanidad.

Todo esto nos permite también afirmar que el desarrollo de arbitrajes o juicios de equidad puede incluso llegar a exigir un mayor nivel esfuerzo para el desarrollo de un laudo; decimos esto dado que él mismo no solo implicaría llegar a integrar reglas preconcebidas por el derecho sino puede incluso llegar a utilizarse fuentes tales como la costumbre entre otros. Si es que se realizara un análisis poco serio respecto a lo que implica el desarrollo de un arbitraje de conciencia, se podría decir que estamos ante un tipo de mecanismo mucho menos riguroso con respecto a lo que sería un arbitraje de derecho. Incluso se podría alegar que el **“...leal saber y entender...”** es una suerte de manifestación del libre albedrío y por lo tanto no se tiene ningún tipo de criterio o lógica que oriente nuestra labor como árbitros. Todo lo cual, conforme hemos explicado, no es más que una afirmación inexacta. Al respecto nos parece conveniente citar a **CARNELUTTI¹⁷**:

“...También cuando el juicio es de equidad el juez ha de buscar una regla. Juicio de equidad no quiere decir juicio sin regla, porque en tal caso, no sería juicio; ni tampoco juicio según una regla forjada por el juez, que tampoco sería juicio, porque la regla ha de preexistir al juicio; sino sólo juicio según una regla que puede ser buscada *fuera del derecho*, o, mejor aun, *sobre el derecho...*”.

Es pues aquí donde es conveniente hablar de lo señalado en el artículo 51 de la LGA, con esto hacemos referencia a la **motivación razonada**. Dicho concepto hace alusión no sólo a que nuestro laudo de conciencia posea una exposición clara y lógica en cuanto a los fundamentos de la decisión sino también que la misma responda a toda la gama de criterios que rigen a una sociedad en un momento determinado¹⁸. Es por lo cual que podemos señalar que estamos frente a un tipo de decisión que se encuentra en la posibilidad de crear derecho¹⁹, lo cual en la práctica finalmente se hace dado que en el

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Instituciones de Derecho Procesal Civil. México. 1997. pp. 228

¹⁸ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Sobre el Deber de Motivación y su aplicación a los arbitrajes de conciencia. En: Themis. Número 43. Lima 2001.

¹⁹ “...Las providencias dispositivas se podrían, por tanto, llamar también providencias de equidad, en contraposición a las providencias de derecho (secundum ius), que serían todas las demás en las que el juez no hace otra cosa que aplicar al caso concreto una norma jurídica preexistente... en efecto, mientras que en estas el cambio jurídico operado por el juez no es más que la aplicación de una norma pre-

supuesto que no encuentre norma expresa al respecto, frente a un supuesto de hecho determinado, puede suplir dicha deficiencia a través del ejercicio de la motivación razonada.

Como es lógico, el desarrollo de la motivación razonada también se encuentra contemplada dentro del arbitraje de derecho y cualquier otro proceso o procedimiento incluido dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, pero como es de esperar, dicha decisión deberá hacerse solo tomando en consideración criterios legales pre-existentes. Todo lo cual no es más que una clara demostración del respeto hacia los principios de derecho a un debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

A manera de Conclusión

A partir de todo lo antes señalado, es que consideramos que el arbitraje y en general los juicios de equidad no son más que la "piedra angular" sobre la cual se desarrollan el resto de arbitrajes o juicios. Todo lo cual nos permite confirmar nuestra hipótesis en cuanto a que el arbitraje de conciencia viene a ser el género del arbitraje de derecho. Esta "facultad de creación" que caracteriza a la equidad nos lleva a señalar que este tipo de arbitraje tiene más que nada un carácter excepcional.

El carácter excepcional del arbitraje de conciencia, nos invita a reflexionar en cuanto seguir manteniendo al arbitraje de conciencia como la regla en el supuesto que no se diga nada respecto al tipo de arbitraje a seguir. Consideramos que se debería modificar nuestra LGA en el sentido que sea el arbitraje derecho la regla más no la excepción, todo lo cual estaría en concordancia con lo estipulado para el caso del arbitraje internacional²⁰.

Jzp.-

existente [...] en las providencias dispositivas el juez, a falta de norma preexistente, está llamado a crear discrecionalmente, según su sentido de equidad, el derecho objetivo que parezca más adecuado para regular el caso concreto...". Ver: **CALAMANDREI Piero**. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. México. 1997. Pp. 30.

²⁰ **LGA – Artículo 117:** "... Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime conveniente. El tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así..."