

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO PRIVADO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL PERU

Dra. Betty Rosado Samos

Abogada, Consultora Especialista en Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos. Especializada en Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogota-COLOMBIA.

“Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país, revele con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir, con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad esta destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos e intereses, el derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapelable del poder publico, idea una serie de mecanismos de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del problema general de las instituciones jurídicas”

(Exposición de Motivos de Ley Española de Arbitraje, 22 diciembre de 1953)

El hombre es por naturaleza un ser social que vive en comunidad compartiendo un ámbito físico común. Es por ello inevitable que la convivencia genere a diario diferencias de opiniones o apreciaciones, intereses contradictorios, roces y controversias. El conflicto en consecuencia, forma parte de una realidad insoslayable, inherente a la sociedad, que no debe sorprender ni afligir en si mismo. Lo perturbador no es la existencia del conflicto, sino la falta de vías adecuadas para resolverlo.

Al no ser posible la eliminación de los conflictos, el foco debe girarse hacia el modo en que son resueltos. La concepción tradicional- aún hoy- un dogma considera al sistema estatal de administración de justicia como la única posibilidad, sin embargo, surge la necesidad imperiosa de un cambio de mentalidad que termine con preconceptos y hábitos, y que evite no el uso, sino el abuso del Poder Judicial que desvirtúa su verdadero significado social. Es necesario entonces, considerar las formas alternativas de solucionar los conflictos, que con mayor seguridad permitirán hallar respuestas fuera del proceso tradicional. La ancestral cultura adversarial y la visión del litigio judicial como única

y exclusiva vía de solución de diferendos, debería adecuarse a los tiempos de interdependencia social y económica que corren¹ (1)

El fomento de los métodos alternativos de resolución de conflictos se va extendiendo en el mundo: en los países donde se está utilizando desde hace algún tiempo el crecimiento es incesante, al tiempo que comienza a implementarse en aquellos que hasta ahora no lo habían hecho.

La necesidad de buscar alternativas al sistema de justicia adversarial tiene al menos dos fuentes. Por un lado, la sobrecarga de los tribunales y por el otro, la real y efectiva satisfacción de los intereses de las partes. Así pues, el arbitraje aparece como un medio eficaz de solución de controversias con muchas ventajas. Se ha dicho que lo que caracteriza el grado de civilización de una sociedad no es la mayor o menor conflictividad, sino el modo en que los conflictos se solucionan. El arbitraje, siendo una vía de solución de conflictos entre intereses de particulares, puede a su vez, retener aquellos casos en que, aunque no sea posible un acuerdo, exista al menos un grado de entendimiento mínimo que les permita a las partes el sometimiento de las diferencias a juicio de un tercero imparcial, pero escogido por las partes.

El arbitraje, al ser un mecanismo privado y a su vez adjudicativo, pero por propia voluntad de las partes en conflicto, tiene como resultado la decisión por parte de un tercero, dado que estos facultan a los árbitros a decidir su causa.

La gran ventaja del arbitraje, radica en la posibilidad de las partes de elegir al arbitro y el procedimiento, dotándolo de dos elementos generalmente ausentes en el litigio judicial: la especialidad del juzgador y la celeridad en el trámite. En el litigio, la potestad jurisdiccional y las férreas normas de los códigos de forma, impondrán restricciones absolutas que harán resignar irremediabilmente el control de las partes tanto sobre el procedimiento como sobre la solución.

Es pertinente mencionar que el arbitraje no constituye ninguna novedad como sistema de solución de controversias. En efecto, de conformidad con el antiguo derecho romano, se define **“arbiter”** como el juez que fallaba en el lugar del litigio, principalmente en pleitos entre vecinos y entre parientes, siendo directamente escogido por los interesados. La idea de recurrir a terceros imparciales para resolver conflictos, se advierte a lo largo de toda la historia de la humanidad. Es un asunto de sentido común, mas allá de toda formalidad o norma escrita. En toda comunidad humana existe el notable, que es el respetado por todos, contando con facultades suficientes para dar una solución definitiva a cualquier conflicto.

Nadie desconoce la alarmante situación en la que se encuentra nuestro poder judicial. No es propósito de este artículo profundizar las críticas contra este poder del Estado. Por el contrario, se busca colaborar desde el sector privado en la

¹ CAIVANO, Roque J. “Un Desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas” Rev. JA, 1994-11-793

creación de mejores condiciones para las empresas y los particulares en la solución de sus conflictos patrimoniales. El hecho es que la tendencia en el mundo contemporáneo apunta a la necesidad de fomentar consensos antes que conflictos, negociar permanentemente y lograr resultados conjuntos de mutuo beneficio.

La Ley No. 26572, Ley General de Arbitraje, promulgada en enero del año 1996 en aplicación al reconocimiento de la jurisdicción arbitral por parte del Estado Peruano a través del artículo 139 inciso 1) de la Constitución Política del Perú de 1993, implica un avance en el desarrollo de los mecanismos de solución de controversias en el Perú.

Sin embargo, el arbitraje en nuestro país no es una figura nueva, existe desde el año 1992 con la dación del Decreto Ley No. 25935, derogado por la actual Ley General de Arbitraje vigente.

En este orden de ideas, el arbitraje aparece como vía alterna y excluyente a la vía judicial. Dicho interés por el fuero arbitral se debe a que en este se consigue solucionar complejos, delicados y cuantiosos problemas, en un plazo más corto que el fuero judicial.

La **diferencia sustancial del arbitraje con un proceso en la vía judicial**, es que en este, el arbitro (juez privado, especialista en el tema materia de litis) es elegido por las partes, preservándose el principio de "confidencialidad", en cambio, en el proceso judicial, simplemente, las partes someten a algún juez, no elegido por ellos, su conflicto de intereses, a efectos de que sea resuelto, adhiriéndose al sistema judicial, muchas veces lento e injusto.

En contraposición al esquema impuesto por el sistema tradicional de administración de justicia, la Ley de Arbitraje, deja todo en manos de las partes, así como de los árbitros y se convierte en un marco referencial, en una norma que determina cuáles son los límites máximos que deben ser respetados, supliendo la voluntad cuando no se establecen acuerdos, es decir que el proceso se amolda de acuerdo con la voluntad de los involucrados en el conflicto. Esta nueva norma se ha convertido en una de las legislaciones más modernas de toda Latinoamérica.

El arbitraje es un sistema privado de solución de controversias que implica la participación de terceros, sobre la base de un convenio arbitral celebrado oportunamente por las partes. Como se aprecia, el arbitraje debe su realización única y exclusivamente a la voluntad de las partes que estimen conveniente pactarlo. La existencia del convenio arbitral es la raíz del arbitraje. Este proceso privado, se constituye en un mecanismo ideal para resolver en forma más rápida, económica, eficaz, y reservada; los conflictos patrimoniales, sin necesidad de acudir al Poder Judicial. Sus fallos tienen la misma fuerza obligatoria que las sentencias judiciales. Mediante el arbitraje las partes confían la resolución de sus controversias patrimoniales a un tercero o Tribunal Arbitral privado. Es así que, determinadas controversias se caracterizan por un alto grado de especialización

requerida para su solución. Precisamente, el arbitraje permite que los árbitros sean especialistas en el asunto controvertido, de manera que el conocimiento de estos, garantiza en el arbitraje mayor objetividad para alcanzar la decisión que pondrá fin a la controversia.

Una de las mayores ventajas del arbitraje es su especialización, pues si las partes no quieren que los árbitros sean abogados y prefieren que sean: químicos, ingenieros, agricultores, dependiendo del tema materia de la controversia, es absolutamente posible su intervención y finalmente su decisión materializada en el Laudo Arbitral. La Ley es en este caso bastante liberal, depende de que las partes designen quienes son sus jueces privados y ellos actúan como si fueran magistrados del poder judicial.

Abundando un poco sobre el proceso de arbitraje en si, podemos decir que, deberá constituirse un Tribunal Arbitral, el cual estará compuesto siempre por numero impar de árbitros. Lo más usual, es la integración del tribunal por tres árbitros quienes son designados por cada una de las partes, y estos dos así nombrados designan al tercer arbitro y Presidente del Tribunal Arbitral. Al designar a los árbitros, las partes pueden escoger como tales a personas que consideren de optimo prestigio personal y profesional, y que sean especialistas en la materia que debe dilucidarse.

El arbitraje puede ser de **derecho**, cuando la decisión se toma de conformidad con las leyes vigentes **o de conciencia** o **en equidad** basado en el leal saber y entender del arbitro o árbitros, en base a su "praxis", su experiencia, presumiéndose, si las partes no indican expresamente que es de derecho, que el arbitraje debe ser de conciencia. La diferencia es cierta flexibilidad que existe cuando el arbitraje es de conciencia, ya que la Ley no exige que se haga la valoración de las pruebas en que se sustente la decisión ni que contenga el laudo fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas planteadas, sin el rigor que deben observar en un arbitraje de derecho. Los laudos pueden resolver por unanimidad o por mayoría de votos de los árbitros y si uno de los árbitros no suscribe el laudo, se entiende que el sentido de su voto es el de la mayoría.

El arbitraje como alternativa.-

Decir que el arbitraje es una alternativa, tiene dos dimensiones. Es una alternativa frente a las deficiencias que hemos reseñado y es una alternativa valida, desde el punto de vista jurídico. La Ley No. 26572, reconoce la posibilidad de que las partes, mediante el ejercicio autónomo de sus respectivas voluntades, decidan que sus controversias serán resueltas por las personas que ellos elijan libremente, mediante fallos que tendrán el carácter de cosa juzgada.

Eso es básicamente el arbitraje: un acuerdo libre entre dos partes que someten la decisión de su controversia a un tercero, pudiendo pactar que la decisión de ese tercero será definitiva e inapelable.

El arbitraje tiene naturaleza esencialmente voluntaria. Es decir, puede ser materia de negociación entre las partes contratantes, el incluir o no una cláusula arbitral en un contrato, con la finalidad de someter a arbitraje todas las controversias derivadas de dicho contrato. Incluso las partes pueden negociar sobre la forma en que este arbitraje se va a llevar a cabo y toda esa negociación se hará en función del tipo de contrato que estemos tratando. Así las partes son libres de pactar plazos, penalidades, requisitos, etc. Todos ellos orientados a la solución de las potenciales controversias. El único límite es la Ley.

Existe la necesidad de abordar el arbitraje con un enfoque realista y un espíritu diferente. Pensamos que el arbitraje no debe verse solamente como una respuesta inmediata a la actual ineficacia de la justicia ordinaria, sino como una alternativa válida cualquiera sea la situación por la que atraviese el poder judicial.

El arbitraje no es una suerte de mal necesario. No es el mal menor por el que pueda optarse ante la disyuntiva de acudir a una justicia estatal que no brinda respuesta, o probar con un sistema privado. Si se lo aborda sin convicciones, con prejuicios o recelos, pensando que es "menos malo" que la justicia, se estará minimizando su verdadero alcance².

Ventajas Cualitativas del Arbitraje.-

Entre las ventajas cualitativas que presenta el arbitraje tenemos:

1.- **Voluntariedad y Menos Formalismo:** Se admite la posibilidad de configuración procedimental, es decir, se puede proveer de procedimientos muy flexibles y comparativamente reducidos, establecidos por las propias partes en conflicto. El formalismo propio de los procesos judiciales cede en el arbitraje a la imperiosa necesidad de buscar la verdad de los hechos controvertidos.

2.- **Especialidad:** Se posibilita la solución especializada de la controversia. Mediante el arbitraje se asegura la calidad de los fallos por la idoneidad y especialidad profesional de los árbitros. Estos pueden ser abogados o profesionales especializados en el asunto controvertido

3.- **Confidencialidad:** Se acentúa la ventaja de la privacidad propia de todo arbitraje. El arbitraje se desarrolla en un marco de absoluta reserva, esto permite que las partes sigan haciendo negocio juntos, aun encontrándose en un proceso de arbitraje.

4.- **Imparcialidad:** Se enfatiza la objetividad en la labor de todo arbitro. Si se pacta arbitraje de conciencia o en equidad, los árbitros fallan de acuerdo a su leal saber y entender, prevaleciendo lo justo sobre lo legal.

5.- **Celeridad:** El arbitraje se resuelve en tres meses, los procesos judiciales no tienen tiempo preciso de duración. Muchas veces su duración es indeterminada.

² CAIVANO, Roque J. "Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos" Ad-Hoc , Argentina- 1993

Reflexión Final:

Han sido nominados los medios alternativos de resolución de conflictos: en calidad de: “alternos”, porque son una posibilidad ante la justicia ordinaria. Una posibilidad distinta al fuero común y reconocida por la ley en los sistemas jurídicos de diversos estados. Una de las motivaciones más importantes del porque de la conveniencia de la existencia de estos medios es que la congestión es un rasgo típico de los sistemas de administración de justicia en el mundo. La razón para ello es muy sencilla: **Siempre los magistrados son unos pocos, que deben resolver muchas controversias que además son distintas entre sí.** Son entonces unos pocos los que tienen la responsabilidad de administrar justicia en el sentido tradicional del término, siguiendo las normas procesales vigentes y las formalidades que ordena la ley. Contra este problema, se han inventando diversas recetas: los medios alternativos de resolución de conflictos, entre estos: el arbitraje, constituye una de ellas.

En el contexto actual, el arbitraje es interesante porque determina que los profesionales y empresarios sean cada vez creativos para facilitar los negocios, lo que implica que las relaciones comerciales tengan un mayor grado de especialización.

En estos momentos las relaciones jurídicas son de una gran complejidad y por lo mismo deben ser atendidas de una manera objetiva. Para el arbitraje, tiene como base el “principio de especialización” teniendo su propio ámbito propio de aplicación, que no compite de ninguna manera con la justicia ordinaria.

Además, el Arbitraje ofrece soluciones prácticas sobre la base del criterio del costo y beneficio en el que una persona dentro de este sistema puede definir cuanto le va a costar resolver la controversia en términos de inversión como máximo y como mínimo.

Con la Ley de Arbitraje No. 26572, se ha dado un paso importante en la carrera de desjudicializar el conflicto, pero por ello será necesario también un esfuerzo conjunto de Estado y Sociedad Civil para lograr ese necesario cambio de mentalidad que propicie resolver nuestras diferencias de manera pacífica, en forma privada, sin tener la necesidad de recurrir a la vía judicial para ello. El reto es de todos: hay que asumirlo. Para ello ayudara tanto el cambio de la currícula en las escuelas y universidades en todos los programas (no sólo en las facultades de derecho) tanto como el aporte que podamos hacer los ciudadanos comunes, tendientes a lograr el cambio de la mentalidad y manejo confrontacional del conflicto a formas privadas de resolución mediante procesos en los cuales podamos coadyuvar a resolverlos, labor de los que deben emitir fallo, sea sentencia judicial o laudo arbitral.

Debemos lograr la formación de una cultura en la ciudadanía, que perciba y se beneficie de las ventajas del arbitraje.

Finalmente, el arbitraje, proceso en el cual las partes nombran al dirimente, ofrece una interesante opción de solución privada de conflictos. Ello nos recuerda aquella máxima de Platón que señala que: “No hay mejor juez, que aquel que las partes eligen como tal”