

**LA IRRACIONALIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LA DOBLE
INSTANCIA EN EL PROCESO ARBITRAL**

**THE IRRATIONALITY OF THE INCORPORATION OF THE DOUBLE
INSTANCE IN ARBITRAL PROCEEDINGS**

Jhonathan Jesús Albino Escriba

jhonathanalbinoescriba@gmail.com

Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

Recibido: 28-02-2016

Aceptado: 15-03-2016

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación el autor analiza la inviabilidad y el carácter antieconómico de incorporar legislativamente la doble instancia en el proceso arbitral. Explica cómo se llegó a considerar ésta alternativa en la realidad peruana debido a ciertos acontecimientos mediáticos. Exhibe la importancia de mantener intacta la ley arbitral en el sentido de que no sea exigible una segunda instancia, ya que eso podría significar desincentivos para las personas que buscan resolver sus problemas mediante el arbitraje. Luego de analizar los antecedentes legislativos como la doctrina y la jurisprudencia más relevante sobre el particular, llego a considerar que incorporar una doble instancia iría en contra de los objetivos de nuestra Ley General de Arbitraje (regulada por el Decreto Legislativo N° 1071), debido a que la consecuencia de admitir estos tipos de regulaciones legales inadecuadas generarían mayores costos que beneficios en el sistema que actualmente tenemos, teniendo que soportar un retroceso tanto en el arbitraje nacional como en el internacional. Por lo que, teniendo presente lo expuesto, queda claro que no se debe incluir normativamente la segunda instancia porque significaría una desnaturalización del arbitraje, y en consecuencia, acarrearía su inutilidad.

PALABRAS CLAVES

Jurisdicción arbitral; instancia plural; arbitraje; Decreto Legislativo N° 1071; reforma de la Ley General de Arbitraje; sobrecostos económicos procesales.

ABSTRACT

In this research work, the author analyzes the infeasibility and the character of wasteful legislation incorporate the double instance in the arbitral process. It explains how came to consider this alternative in the Peruvian reality due to certain media events. It shows the importance of keeping intact the arbitration law in the sense that a second instance is not enforceable since it could mean disincentives for those who seek to solve their problems through arbitration. After reviewing the background to legislative as doctrine and the most relevant jurisprudence on the subject, comes to consider that incorporate a double instance would run counter to the objectives of our General arbitration law regulated by Legislative Decree 1071), since the consequence of support these types of inappropriate legal regulations would generate higher costs than benefits in the system that we currently have having to endure a decline both in the national arbitration and international; and also I will explain the reasons for which the principle of the double instance should not apply in this type of process. So, bearing in mind the above, it is clear that it should not include normatively the second instance because it would mean a denaturing of the arbitration, and therefore would lead to its uselessness.

KEY WORDS

Double instance in arbitral proceedings; Legislative Decree No. 1071; the General arbitration law reform; costs go to the judiciary.

SUMARIO

Introducción I. Arbitraje 1.1. Definición 1.2. Naturaleza Jurídica 1.2.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje 1.2.1.1. Teoría Jurisdiccionalista 1.2.1.2. Teoría Contractualista 1.2.1.3. Teoría Ecléctica o Mixta II. Antecedentes - Ley N° 26572 (Actualmente Derogada por el Decreto Legislativo N° 1071) III. Fundamento del Arbitraje como Medio Alternativo de Solución de Controversias 3.1. Las fuentes de los Métodos Alternativo de Solución de Conflictos en relación con el Arbitraje 3.1.1. La crisis del Poder Judicial 3.1.2. La insatisfacción de las verdaderas y reales necesidades de las partes en conflicto IV. Entre el Arbitraje y el Poder Judicial 4.1. Árbitros y Jueces 4.2. Los costos del proceso 4.2.1. La sobrecarga procesal V. La Doble Instancia Procesal 5.1. La doble instancia: un mecanismo que utilizan los perdedores 5.2. La doble instancia y su incompatibilidad con la institución arbitral VI. ¿Necesita reformarse la Ley de

Arbitraje?: a propósito de algunos casos ocurridos en la realidad peruana 6.1. El problema de las prohibiciones en el Perú 6.2. Analizando algunos aspectos del proyecto de ley N° 4505-2014-CR VII. Conclusiones VIII. Recomendaciones

Introducción

El Proyecto de Ley N° 4505-2014-CR, sobre modificación del Decreto Legislativo N° 1071, que regula el arbitraje en el Perú, tuvo origen en algunos hechos criminales, como fue el caso de la red criminal Orellana, el cual ocasionó mucha incertidumbre a nivel social, volviéndose un problema muy mediático, debido a que se trató de una mafia dedicada a la transferencia ilícita de inmuebles, a través de documentación falsa, como laudos arbitrales; por lo que se buscó alternativas a fin de evitar que se siga usando al arbitraje como un medio para conseguir fines ilícitos.

El referido proyecto busca introducir una nueva regulación en la Ley General de Arbitraje, tal como la instancia plural, la publicidad del proceso arbitral y la responsabilidad civil de los árbitros por sus fallos, entre otros.

El proyecto en mención parece haber sido propuesto sin un estudio riguroso de las características fundamentales del arbitraje y las ventajas que ofrece al ser un medio alternativo de solución de conflictos. Tiene proposiciones que son incompatibles con el proceso arbitral –como es la incorporación de una doble instancia, ya sea en el fuero arbitral o judicial- y que generaría un dilema para las partes que desean solucionar sus controversias mediante el arbitraje.

Lo anterior pone de manifiesto que el proyecto no está tomando en cuenta la relevancia, tanto social como normativa, del arbitraje y, en ese sentido, legislar de esa manera constituye un peligro social, ya que soslaya muchas características del arbitraje que se toman en cuenta al momento de preferirlo antes que al Poder Judicial.

En el primer capítulo desarrollaré lo que es el arbitraje, su definición, naturaleza jurídica, entre otros temas relevantes y significativos para entender mejor el problema.

En el segundo capítulo, examinaré el antecedente legislativo de la ley vigente, esto es, la Ley N° 26572, que marcó un importante avance en materia de arbitraje, además que se dictó una sentencia muy controvertida durante la vigencia de dicha ley acerca de la posición del Tribunal Constitucional y su visión del arbitraje.

En el capítulo tercero, analizaré la relación del arbitraje y su importancia en relación a los medios alternativos de solución de conflictos y por qué el arbitraje es parte de ellos.

En el capítulo cuarto, determinaré las diferencias más resaltantes del proceso arbitral y el proceso judicial común y las razones por las cuales las personas tratan de evitar a este último.

En el capítulo quinto, me avoco al tratamiento de la doble instancia procesal o instancia plural, sus fundamentos –tanto constitucionales como legales- llegando a la conclusión que no debe ser impuesta en el proceso arbitral.

En el capítulo sexto, analizaré algunas de las propuestas hechas a la ley de arbitraje con relación a la doble instancia y algunos otros aspectos.

Finalmente, en los capítulos séptimo y octavo expondré mis conclusiones y formularé algunas recomendaciones acerca de la inconveniencia e irracionalidad de introducir la doble instancia en el proceso arbitral.

I. Arbitraje

1.1. Definición

Para poder hablar sobre el problema que este tema aborda, se debe tener conceptos claros sobre la institución del arbitraje, y esto debido a que a lo largo de los años se han presentado dudas -y con ello muchas respuestas- sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, así como el camino que debe seguir y la normativa que la debe regular. En relación a esto, es necesario que hagamos un análisis sobre la razón de la existencia del arbitraje y la preferencia que los privados le dan a éste frente al Poder Judicial, ya que muchos tienen ideas erróneas o no muy acertadas del por qué una persona acude a un arbitraje (claro ejemplo es el proyecto de ley N°4505-2014-CR, que trata sobre la inclusión del doble proceso arbitral al cual nos referiremos más adelante).

Es un medio heterocompositivo de resolver conflictos, un mecanismo extrajudicial para resolver conflictos. Un tercero privado ajeno a las partes, pero elegido por el acuerdo de voluntad de éstas, neutral e imparcial, es el que resuelve el conflicto. A este tercero se le denomina tribunal arbitral, que puede ser colegiado o unipersonal.

Es un medio de solución de controversias por el que las partes del conflicto deciden de común acuerdo someter sus diferencias a la decisión de uno o unos terceros neutrales, denominados árbitros, para que le solucionen a sus problemas, mediante la expedición de un laudo que de antemano se comprometen a acatar. Es un proceso privado de solución de controversias mediante la intervención y decisión de un tercero o terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su controversia aceptando de antemano su decisión. Es un proceso por el cual las partes delegan a un tercero la solución definitiva de la controversia a través de una decisión llamada laudo que es de cumplimiento obligatorio.

Es una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner voluntariamente en manos de un tercero o terceros la solución de los mismos, comprometiéndose las partes del conflicto, a respetar la decisión que aquel o aquellos tengan a bien a tomar. Es un método por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que exista entre dos o más partes, a cuyo fin, las partes del conflicto acuerdan la intervención de uno o unos terceros para que resuelvan sus conflictos.

El arbitraje, por tanto, es un proceso privado en el cual las partes en uso de su autonomía privada prevén un conflicto mediante un convenio arbitral suscrito por las partes dentro de un contrato -del cual dicho convenio es independiente-, acudiendo a un árbitro, y aceptando su decisión de antemano, decisión que se plasma en un laudo arbitral (que en principio es definitivo, inapelable e irrevocable) que tiene efectos vinculantes para las partes, y en ciertos casos, a terceros.

Las partes del conflicto se someten a un tribunal arbitral debido a muchas razones, tales como la celeridad o según sea el caso concreto (ad hoc).

1.2. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido muy debatida. En transcurso del tiempo se han ido elaborando teorías acerca de esta institución; algunas de ellas ya han quedado desfasadas de nuestra realidad.

1.2.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje

1.2.1.1. Teoría Jurisdiccionalista

Esta teoría dice que el arbitraje es una categoría excepcional de jurisdicción. Se sustenta en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución vigente. Reconocida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Caso “Fernando Cantuarias”).

Esta tesis defiende el símil de la actividad arbitral con la jurisdiccional. El arbitraje pertenece al ámbito público porque muchas de las funciones que realizan son parecidas a las funciones de los jueces, tales como resolver los pedidos de las partes, emitir resoluciones, escuchar a las partes, tomar una decisión para poner fin al conflicto, dictar medidas cautelares, según cada caso, entre otras actuaciones procedimentales.

A diferencia de los jueces, los árbitros tienen la característica de ser transitorios, siendo el Estado aquel que le inviste del poder de resolución de conflictos.

El Estado ha monopolizado el mercado de la solución de conflictos, la cual ejerce, fundamentalmente, a través del Poder Judicial; sin embargo, también nos da la posibilidad de solucionar nuestros conflictos prescindiendo de ésta vía. Nos provee de mecanismos como la conciliación y el arbitraje, siendo éste último el que más se asemeja con la función jurisdiccional estatal. Podremos someternos a estas vías alternativas según nos permita la ley (que se trate de derechos patrimoniales disponibles).

El arbitraje es una jurisdicción privada, a la cual de manera consensual llevamos nuestros conflictos esperando una solución, que será de obligatorio cumplimiento y tendrá valor de título ejecutivo, por parte de los árbitros; caso semejante pasa cuando acudimos ante un juez cuando surge una controversia. Por eso se dice que el arbitraje es un auténtico proceso.

En caso de que el laudo sea incumplido por alguna de las partes, se podrá recurrir ante el Poder Judicial para su cumplimiento, siendo el laudo un título ejecutivo.

Otra diferencia relevante es que los jueces, a pesar de ostentar una jurisdicción otorgada por el Estado, no son considerados como funcionarios públicos. Los árbitros no tienen la facultad del *ius executio*, que es la facultad, exclusiva de los jueces, para hacer cumplir sus mandatos, ya sea que estén contenidas en una resolución o una sentencia.

En conclusión podemos decir que el arbitraje, desde el punto de vista de esta teoría, es una función jurisdiccional, porque es el Estado quien les confiere facultades de decidir a un particular – aunque limitadas y de manera temporal –, las facultades que tienen los

árbitros se las concede la ley y el laudo es vinculante para las partes, tiene el valor de sentencia.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, comparar al arbitraje con el Poder Judicial no daría una buena referencia de la institución del arbitraje. Cuando una persona recurre a una instancia arbitral, lo hace con el fin de alejarse lo más posible del Poder Judicial y de todo lo que seguir un proceso ahí conlleva, lentitud, estrés, pérdida de tiempo, posible error judicial, posible segunda instancia, costos adicionales como tasas de notificación, etc. Esto genera un gran rechazo hacia el Poder Judicial e incentiva a la gente a suscribir convenios arbitrales, con el fin de una solución célere de la controversia y en la cual las partes en conflicto, al determinar las reglas del proceso, no pierdan sus relaciones como lo harían ante el órgano estatal.

Por lo tanto, si bien es cierto que el arbitraje entraña la jurisdicción, es una jurisdicción muy diferente a la de los órganos estatales.

1.2.1.2. Teoría Contractualista

Esta teoría niega que el arbitraje sea el ejercicio de la jurisdicción, en ninguna de sus modalidades, ya sea especial, excepcional o cualquier otra; por lo que sería contrario a lo expresado por el Tribunal Constitucional en el mencionado expediente.

Se basa en que el arbitraje tiene su origen en la autonomía de la voluntad, que se sustenta en el derecho constitucional de la libre iniciativa privada, al cual hace referencia el Tribunal Constitucional definiéndola brevemente en el extremo 17 de la sentencia del expediente n° 0008-2003-AI/TC, el cual dice:

“17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización” (Estudio de la Constitución Política de 1993, PUCP, Fondo Editorial, 1999)”.

La autonomía de la voluntad, como todos los derechos (absolutamente todos, incluso el de la libertad o el de la vida), tiene límites. Ningún derecho es absoluto, ya que siempre habrá alguna limitación proferida por un determinado número de normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico.

1.2.1.3. Teoría Ecléctica o Mixta

Ésta teoría es la más aceptada por la doctrina, creada por el Dr. Mario Castillo Freire. Es aquella teoría intermedia y la más realista.

Esta teoría trata de ver al arbitraje desde dos perspectivas, juntando la teoría jurisdiccional y la contractual, resaltando las características más importantes de éstas dos.

El arbitraje, según esta teoría, se crea a partir de un consenso entre ambas partes, quienes deciden someterse al arbitraje de manera voluntaria; sin embargo, ese pacto desencadena efectos jurisdiccionales.

Por tanto, se dice que el arbitraje es una jurisdicción convencional (contrato con efectos jurisdiccionales) que nace mediante convenio privado, pero despliega sus efectos jurisdiccionales por autoridad del Estado.

II. Antecedentes - Ley N° 26572 (Actualmente Derogada por el Decreto Legislativo N° 1071)

Para ubicarnos mejor en el tema y ver la evolución de la normativa del arbitraje es importante conocer el antecedente legislativo más remoto, es por eso que hablaremos de la Ley N°26572.

Promulgada el 20 de diciembre de 1995 y entrando en vigencia en enero de 1996, esta ley contenía varios artículos –actualmente muchos ya fueron derogados- que estaban desfasados en nuestro ordenamiento jurídico y que no eran aceptados en otros, tales como

el recurso de apelación en sede judicial o en la misma instancia arbitral, que desnaturalizaba la institución del arbitraje.

Al igual que la vigente ley, ésta se expresaba tanto en el arbitraje nacional como el internacional, a diferencia de que, en este cuerpo normativo se regulaba un grupo de normas para el arbitraje nacional y otro para el internacional. La vigente ley regulan de manera uniforme tanto el arbitraje nacional como el internacional, es decir, con un solo cuerpo normativo para ambos, a excepción de algunas normas que se aplican exclusivamente al arbitraje internacional, que se dan por la naturaleza misma del mencionado tipo de arbitraje. Esto con la necesidad de fomentar el arbitraje internacional en el Perú, queriendo dar a entender que el Perú es un lugar adecuado para ser sede de arbitrajes internacionales.

Este cuerpo normativo fue tomado en base a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL); sin embargo, a pesar de ser una ley que no tiene muchos años de antigüedad, se ha presentado la necesidad de cambiarse debido a los cambios que actualmente suceden, tanto en nuestro país como a nivel internacional.

El Perú viene sufriendo un desarrollo importante del comercio e inversión nacionales e internacionales, por lo que se debe procurar que el Perú tenga éxito en el arbitraje internacional.

Una de las comparaciones que se le hace con el Decreto Legislativo N°1071, siendo éste aquel que tiene mejor técnica legislativa que aquella.

Bajo esta normativa, en el año 2006, se publicó la sentencia –muy conocida en derecho de arbitraje. El caso “Fernando Cantuarias Salaverri” (Exp. N° 6167-2005 PHC/TC) es uno de los casos más importantes sobre materia arbitral, el cual ha dado a conocer la posición del Tribunal Constitucional acerca del derecho de arbitraje, pero que ha sido criticada por distintos juristas y, en general, por la doctrina.

En el citado caso se reconoce el marco constitucional del arbitraje. Sobre lo cual, se hace referencia a algunos puntos, entre ellos, a su naturaleza. Y sobre éste punto me referiré principalmente debido a que ha suscitado muchas disconformidades.

El Tribunal hace una interpretación conforme a la constitución, la cual confiere al arbitraje una naturaleza jurisdiccional¹, la cual es otorgada por el Estado y la nombra como “jurisdicción privada”.

Es preciso señalar también el apartado 8 de la sentencia, la cual denota los requisitos mínimos para que exista jurisdicción arbitral, además de tener efecto vinculante:

“8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.*
- b) Interés social en la composición del conflicto.*
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.*
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho”.*

Qué duda cabe, que prima facie la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.”

También nos dice que *“la facultad de los árbitros para resolver un conflicto no se fundamenta en la voluntad de las partes”*, lo cual es altamente cuestionable debido a que son las partes las que deciden someterse a un tercero y no la ley quien obliga el sometimiento a las partes.

El Tribunal declara que *“(...) Los tribunales arbitrales está facultado para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros (...) destinada a avocarse a materias*

¹ Contemplado en el art. 139 inc. 1 de la Constitución, la cual lo considera como una excepción, como un fuero especial que tiene naturaleza excepcional al igual que el fuero militar o el de comunidades campesinas y nativas.

sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.”

Y hace énfasis al principio “*kompetenz - kompetenz*”², la cual dice que los árbitros son tan independientes que ellos pueden determinar su competencia, ellos deciden qué casos ven y qué casos no.

Por último, y principalmente en este punto de la sentencia que quiero analizar por considerarlo importante, debido a que hace referencia a la irrevisabilidad de los laudos arbitrales; la sentencia expresa que el laudo tiene carácter definitivo, salvo por los recursos de “apelación” y de “nulidad”. Bajo ésta antigua normativa el laudo era definitivo, pero se admitía el recurso de apelación en sede judicial, mencionando además que la apelación de aquella resolución que pone fin al conflicto es concedida con efecto suspensivo (paralizando los efectos del laudo hasta la sentencia de vista). Añade que es posible cuestionar el laudo arbitral en el fuero constitucional si un derecho fundamental ha sido afectado, siendo la vía idónea.

El daño que ésta ley le hacía al arbitraje era notable, al incluir artículos que permitían el recurso de apelación, así como permitir la presunción (*iuris tantum*) mediante la cual se entendía que las partes admitían una segunda instancia arbitral en caso de no la hayan pactado expresamente o en caso de duda acerca de tal regulación. **Tal presunción ya no existe en nuestro sistema legal.**

Actualmente la norma que rige el arbitraje es el Decreto Legislativo N° 1071, publicada el año 2008, además de tener mejor redacción que la anterior ley que regulaba el arbitraje, ha derogado artículos que iban en contra de la naturaleza de la institución.

Esta nueva norma se ajusta más a la razón del arbitraje, así como a los estándares internacionales en Latinoamérica que también regulan el arbitraje de manera similar a la nuestra.

Cabe mencionar que éste decreto fue pensado en los más altos estándares a nivel internacional, y por tanto la normativa contenida en tal es fundamental para poder seguir un proceso arbitral adecuado y sin tantas dilaciones.

² Este principio establece que el tribunal arbitral son los únicos que pueden cuestionar o determinar su competencia, a propósito del art. 41 del D. Leg. 1071.

III. Fundamento del Arbitraje como Medio Alternativo de Solución de Controversias

No se puede soslayar que el arbitraje es calificado como un M.A.R.C.³, un medio heterocompositivo bajo el cual un tercero privado, ajeno a las partes es el que resuelve el conflicto. A este tercero se le denomina tribunal arbitral –ya sea unipersonal o colegiado- el cual es elegido por las partes. Cabe resaltar que solo una persona natural puede ostentar el cargo de árbitro, no pudiendo así una persona jurídica o una organización.

Es importante señalar que el arbitraje al ser un método alternativo de solución de conflictos, se basa en la existencia de una “Cultura de Paz” interiorizada en las personas, la cual trata de que las personas deben resolver sus problemas comunicándose y no directamente en un proceso judicial. Por lo que se concluye que el arbitraje se basa en la confianza de las personas, la cual se plasma en el convenio arbitral dentro de un contrato.

En el Perú, el arbitraje y, en general, los métodos alternativos de solución de conflictos no han tenido éxito debido a que para llegar a una cultura de paz se debe tener en cuenta la buena fe de las personas, y eso es lo que nos hace falta; a diferencia de otros países en los que los métodos alternativos sí han tenido los efectos queridos, porque se trata de culturas diferentes, en las que las personas son más racionales y buscan soluciones cooperativas, las cuales se logran mediante el diálogo y el intercambio de información entre las partes, y, en consecuencia, se reducen los costos que les llevaría ir a un Proceso Judicial o incluso a una instancia arbitral a resolver sus conflictos.

En consecuencia se llega a concluir que el arbitraje – al igual que los demás medios de solución de conflictos- se basa en la confianza de las personas.

3.1. Las fuentes de los Métodos Alternativo de Solución de Conflictos en relación con el Arbitraje

3.1.1. La crisis del Poder Judicial

³ Método Alternativo de Solución de Conflictos. Son mal llamados alternativos debido a que no se puede recurrir al arbitraje de manera facultativa en todos los casos, sino solo las de libre disposición como lo indica la vigente ley de arbitraje en su artículo número 2, por lo que sería mejor llamarlos “aceptados” o “adecuados” en lugar de alternativos.

El Poder Judicial es un sistema al cual acuden las personas a resolver sus conflictos ante un tercero imparcial y neutral, el cual emite una sentencia obligatoria para las partes en virtud del poder que le otorga el Estado. Este sistema parecía haber monopolizado la solución de conflictos, sin embargo cuando entró en crisis y colapsó, mucho se habló sobre buscar otros medios que también solucionen conflictos de una manera más eficiente, y ahí es donde surge el arbitraje, junto con otros medios alternativos.

Las personas, ya sean naturales o jurídicas prefieren acudir al arbitraje por diversas razones. Primero, por ser una institución que se aleja lo más posible a las características negativas del Poder Judicial, como lo son la corrupción, morosidad, lentitud, sobrecarga procesal, carga emocional y económica, el índice de error judicial, etc., sin perder la sustancia de un juicio – en donde se ofrecen pruebas, alegatos, y, permite un sistema de defensa adecuado ante una determinada controversia –. Segundo, porque el arbitraje, a diferencia del Poder Judicial, permite a las partes establecer sus propias reglas, así como decidir por quien serán juzgados, manteniendo no un ambiente de adversidad, sino un sentido de cooperación y compromiso por resolver el conflicto suscitado entre ellos, manteniendo así las relaciones entre ellas, lo cual es muy importante en materia comercial.

3.1.2. La insatisfacción de las verdaderas y reales necesidades de las partes en conflicto

Muchas veces (o la mayoría) al momento de buscar una solución en la esfera judicial, no encontramos la solución que realmente buscábamos o la más adecuada para resolver realmente la controversia, y esto se debe, básicamente, a que los jueces no entienden realmente cuales son nuestras verdaderas necesidades, solo se remiten a resolver el problema desde su punto de vista, creyendo que lo que plasmaron en la sentencia es lo mejor para las partes, lo cual, en la mayoría de los casos, no es cierto.

Por eso, acudir al arbitraje es otra de las razones para obtener un fallo adecuado, eso se explica al momento de elegir a los árbitros o las reglas del arbitraje mismo.

IV. Entre el Arbitraje y el Poder Judicial

4.1. Árbitros y Jueces

Tanto el juez como el árbitro deben ser personas naturales (nunca una persona jurídica) y deben gozar de capacidad plena para ejercer sus derechos civiles, lo mismo que significa, poder ejercer completamente sus derechos y, consecuentemente, sus deberes ante cualquier relación jurídica. Por lo que ante la ley, eso significa que se debe ser mayor de edad (mínimo 18 años).

Con respecto a la nacionalidad, el juez, según el artículo 4 de la Ley N° 29277 numeral 1, el juez debe ser peruano de nacimiento; a diferencia del árbitro que puede ser peruano o extranjero. Para ser juez se requiere una serie de formalidades, eso debido a el estructuramiento de nuestro sistema jurídico, por lo que, se requiere mucha más preparación para serlo – eso debido al proceso de selección que hace el Consejo Nacional de la Magistratura – a diferencia del árbitro, ya que éste último es seleccionado por las partes, por su mera expresión de voluntad. Sin embargo, depende de las partes que el árbitro sea peruano o extranjero, eso lo señala el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 1071 cuando nos dice: “(...) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que se actúe como árbitro.”, esta parte podría configurar un impedimento para ser árbitro si el convenio así lo estipula.

Con respecto a las formalidades de elegir al tercero imparcial, en referencia al arbitraje, es muy importante el que la ley haya autorizado a las partes escoger a su juzgador, sea éste abogado o no, y esto debido a que en la realidad, a veces, surgen conflictos en los que no, necesariamente, un abogado o juez sea el más adecuado para resolver el conflicto; por ejemplo, en el caso de que haya un problema en la construcción de un inmueble que ha sido recientemente construido y vendido, el mejor para decidir si el inmueble está bien construido o no puede ser un ingeniero y no un abogado.

Otra similitud entre éstos dos es que ninguno debe ser incompatible con la labor que va a realizar. En el caso de los jueces, la incompatibilidad se regula en el artículo 51 del Código Procesal Civil, el cual, para resumir, se reduce al parentesco o relación con alguna de las partes o si el juez tiene algún provecho o interés con el resultado del proceso. En el caso del árbitro, el artículo 21 de nuestra actual ley que regula el arbitraje, nos dice tajantemente que las personas que son designadas por las partes como árbitro, deben carecer de incompatibilidad para serlo, y el mismo artículo nos señala que una persona es incompatible cuando se trata de un funcionario o servidor público del Estado peruano.

El árbitro al igual que el juez no representa a las partes ni sus intereses, solo deben limitarse a resolver el problema planteado, independientemente de quién los haya elegido (aunque en la realidad es lo normal que el árbitro elegido por una parte falle por ésta).

Otra similitud es que ambos gozan de la obligación negativa a la que se refiere el secreto profesional.

Entre las diferencias están que el árbitro, desde la aceptación del cargo tiene la obligación de cumplir con sus funciones dentro de los plazos establecidos por las partes, bajo sanción de responder por los daños y perjuicios que pueda ocasionar su retardo o incumplimiento de su obligación.

Otra diferencia es que el árbitro debe ser pagado por las partes (salvo pacto en contrario), cosa distinta sucede con el juez, ya que es el Estado quien le asigna su sueldo.

Además, los tribunales judiciales pueden ser conformados por uno o tres jueces, dependiendo de la instancia; en el arbitraje, el número de árbitros depende de las partes.

Y, otro de los aspectos más relevantes es la facultad del coertio (facultad del juez para hacer cumplir sus mandatos, expresados en resoluciones), la cual es tenida por el juez, pero no por el árbitro, por lo que, éste, para hacer cumplir sus laudos debe recurrir a un proceso judicial de carácter civil, en la vía del proceso único de ejecución en mérito del título ejecutivo que es el laudo arbitral.

4.2. Los costos del proceso judicial

Aquí tenemos una de las causas, sino la más relevante, por las cuales las personas prefieren acudir al arbitraje como medio de evasión al Poder Judicial, y es debido al temor, fatiga, incertidumbre, e incluso riesgo acerca de la resolución del conflicto y los daños que pueden ocasionar la demora (lo que casi siempre ocurre).

Se sabe, como ya se ha mencionado antes, que la resolución de conflictos en sede judicial ha sido monopolizado por el Estado, ya que es éste aquel que decidió que las controversias se diriman mediante un juez y siguiendo una serie de procedimientos, asimismo, es éste también el que decidió legalizar el acceso los medios alternativos de solución de conflictos, llámese conciliación, llámese arbitraje. Sin embargo, al hacer esto, y si

estamos realmente conscientes de la situación del Estado en la realidad peruana, el mercado del sistema judicial tiene muchas fallas.

Primero, se conoce al sistema judicial por ser el ente que defiende los derechos de las personas y los hace posibles – esto en la realidad es muy debatible – mediante sus órganos, mediante el juez que es quien resuelve los conflictos; sin embargo la realidad es un tanto diferente, ya que se realizan muchos actos en el Poder Judicial en contra de la norma y algunos principios procesales como lo son los de celeridad o economía procesal; y eso se debe a la ideología de muchos jueces, quienes creen que por tener la calidad de tales no deben cumplir la norma pero los demás sí.

Además es muy criticado el criterio de muchos jueces para resolver conflictos, ya que muchas veces sus resoluciones carecen de una argumentación razonable o de acuerdo al caso concreto, y eso, por ejemplo, se ve cuando se busca la inadmisibilidad de una demanda con el fin de tener una mayor expedición de resoluciones judiciales, y de esa manera ser calificados en su momento de una mejor manera, teniéndose la creencia de que el juez que más resoluciones expida, más eficiente es, lo cual en la realidad genera perjuicios para los usuarios del servicio del sistema judicial, debido a que, el rechazar, notificar, ingresar otro escrito, pagar de nuevo la tasa, etc., tiene un costo, no solo monetario, sino también temporal, siendo éste último irrecuperable, entre otros.

Segundo, existe una gran desconfianza, en este país, de las personas hacia su sistema judicial. Ésto se da por muchas razones, ya sea por la corrupción, por el error que los jueces puedan cometer al resolver un caso, por la incertidumbre que puede ocasionar el tiempo en la resolución del conflicto, la falta de predictibilidad de las resoluciones, etc.

Tercero, cuando una persona decide ir a juicio lo hace porque lo más probable es que ya haya agotado las vías previas para solucionar el conflicto; sin embargo muchas veces las personas acuden al sistema porque creen que es la única forma de resolver el conflicto, y es parte del rol del abogado buscar soluciones más eficientes.

Teniendo en cuenta lo mencionado se puede apreciar que los costos de acudir al proceso no solo son monetarios (aquellos que son especificados en dinero, como las tasas judiciales), sino también los que no lo son (costos no monetarios, que no son fácilmente apreciados en dinero y que requieren de una apreciación subjetiva, como el tiempo). Una persona al momento de someterse a un proceso judicial debe tener en cuenta todos estos

aspectos que casi siempre se llevan a cabo en sede judicial y que de alguna manera significará para el acreedor del derecho una pérdida.

Cabe resaltar que el proceso arbitral esta clase de situaciones no se dan, ya que al ser justicia privada, contratada por las partes, éstas tienen un derecho respecto del tribunal arbitral, quienes son deudores de la obligación que aceptaron, y por lo tanto, las partes resolverían su conflicto de acuerdo a los procedimientos planeados por éstas y en un tiempo adecuado.

4.2.1. La sobrecarga procesal

La sobrecarga procesal se debe, fundamentalmente, por la cantidad de demanda de resoluciones judiciales en un corto periodo de tiempo, atendiendo a situaciones como el número de personas que decide someter su conflicto al Poder Judicial, y el tiempo que se demoran los justiciables para resolver las pretensiones. También se puede deber a otros factores que tienen que ver con la falta de capacitación de los operadores del sistema, la falta de sofisticación de instrumentos de trabajo, etc.

V. La Doble Instancia Procesal

El derecho de instancia plural es aquel de orden constitucional que pretende proteger a la persona que se siente afectado negativamente por una resolución que pone fin al proceso, ya sea una sentencia o un auto.

El derecho de la doble instancia se ejerce mediante los medios impugnatorios previstos por ley (*numerus clausus*). El medio impugnatorio más criticable con respecto al arbitraje fue el de apelación, el cual se encontraba regulado en la ley anterior.

“Al dividirse el proceso en dos instancias o grados jurisdiccionales, se atribuye competencia a un órgano jurisdiccional para conocer en la segunda instancia, y a otro órgano (generalmente colegiado) para conocer en la segunda instancia. Existe así un doble grado de jurisdicción o pluralidad de instancias. La función de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia es la de revisar las decisiones de los magistrados de

primera instancia, siempre y cuando alguna de las partes hubiese interpuesto el correspondiente medio impugnatorio. (...)”⁴

Por lo que la importancia del acceso a una segunda opinión, juicio o instancia es innegable, ya que se trata de los derechos fundamentales de una persona.

Sin embargo, veremos que este principio es una excepción en el arbitraje.

5.1.La doble instancia: un mecanismo que utilizan los perdedores

Si bien es cierto, la doble instancia es un mecanismo creado para tutelar derechos y reducir el error judicial, confiriendo a la parte afectada una mejor apreciación del conflicto y, consecuentemente, una mejor resolución, también se puede prestar para realizar actos de mala fe entre las partes.

Una parte puede apelar bien porque considera que su derecho ha sido afectado o bien porque esa sería una forma de alargar más el proceso, ya que, como sabemos, la apelación tiene carácter de efecto suspensivo, por lo cual el acreedor del derecho no podría ver satisfecho su derecho hasta que se dirima la apelación, lo cual genera también muchos costos.

Muchos de los litigantes que son vencidos apelan por inercia, lo que quiere decir que no les interesa si de verdad tienen el derecho o no, simplemente lo hacen para “estar a salvo” más tiempo, mientras la otra parte tiene que seguir el juicio porque su derecho depende de eso. Ha pasado en muchas ocasiones que demandantes han abandonado el proceso debido al largo tiempo que demora y a la incertidumbre sobre si el deudor pagará la deuda que le debe íntegramente.

5.2.La doble instancia y su incompatibilidad con la institución arbitral

Como ya hemos dicho, la importancia de la doble instancia en sede judicial es innegable; sin embargo, no pasa lo mismo en sede arbitral, en donde permitir la instancia plural desnaturalizaría la figura de tal institución.

⁴ División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2015). Manual del Proceso Civil, Tomo I. Perú, Lima.

¿Y por qué no se permite la inclusión de la segunda instancia en el arbitraje, siendo un mecanismo de protección ante los vicios del proceso? La respuesta es que, en principio, las partes se someten a un tribunal arbitral renunciando a su derecho de apelación, porque así lo han querido, ellas se someten a la decisión del árbitro sea cual sea, y es por eso que el laudo arbitral tiene el carácter de definitivo, inapelable y vinculante para aquellos que firmaron el convenio arbitral y en algunos caso para terceros; así lo proscribe el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071.

Entonces, estamos de acuerdo en que no se deber exigir la doble instancia ya sea en sede judicial o arbitral - eso ya depende de la autonomía de la voluntad de las partes - así como otros mecanismos que desvirtúen la naturaleza del arbitraje, afectando la autonomía de las partes, la celeridad, la determinación del procedimiento, obstaculizando la eficiencia del arbitraje.

En consecuencia, el arbitraje dejaría de ser utilizado para recurrir a otras alternativas más eficientes.

VI. ¿Necesita reformarse la Ley de Arbitraje?: a propósito de algunos casos ocurridos en la realidad peruana

El proyecto de ley N° 4505-2014-CR ha sido propuesto en circunstancias coyunturales inadecuadas, y eso queda reflejado en el sentido de sus normas.

El mencionado proyecto de ley es dado con el fin de otorgar protección a las personas ante supuestos fraudes, y con eso me refiero a la gran cantidad de ilícitos que cometió la red Orellana, un grupo mafioso que se dedicaba a la adquisición de bienes inmuebles valiéndose del artículo 2014 del Código Civil, el cual se refiere a la adquisición mediante buena fe, así como con los laudos arbitrales falsificados.

Este proyecto de ley lo que busca es darles mayor protección a las personas que desconocen del proceso de arbitraje, así como una mayor seguridad para evitar que algunas personas se utilicen el arbitraje para cometer fraudes, pero lo hace de manera inadecuada y sin un estudio concreto de la realidad del problema, desconociendo totalmente la naturaleza del arbitraje.

6.1.El problema de las prohibiciones en el Perú

En el Perú hay una gran creencia de que los problemas que unos pocos causan pueden ser resueltos mediante prohibiciones para todos; y el caso de la red Orellana es uno de muchos, así como paso también con las modificaciones al sistema registral peruano. En vez de perseguir a las personas que cometieron el ilícito se pretendió crear más formalidades para tratar de evitar los daños de aquellas personas, ejemplo de ello es que hayan ampliado los requisitos para la adquisición de la buena fe a la condición de revisar los títulos archivados.

Y eso puede generar la ineficiencia de algunas instituciones.

6.2.Analizando algunos aspectos del proyecto de ley N° 4505-2014-CR

Este proyecto no solo quería incorporar la segunda instancia en sede arbitral, sino también incidir en la autonomía de la voluntad de las personas cuando el conflicto trate sobre la transmisión de bienes, prohibiendo el arbitraje ad hoc para éstos.

Además, pretende que el proceso arbitral sea publicitado por edictos, lo cual iría en contra del principio de confidencialidad, otra de las razones por la cuales se acude al arbitraje.

Otra de los errores de esta norma es querer que los árbitros tengan responsabilidad civil por sus fallos, es decir, por los daños que causen estos, lo cual ocasionaría un gran desincentivo tanto para los árbitros como para las instituciones arbitrales. Se asume que cuando una persona se somete al arbitraje y elige un árbitro es porque confía en el fallo que éste vaya a dar en el resultado del proceso, por lo que no tendría sentido responsabilizarlo por su manera de decidir el conflicto.

VII. Conclusiones

- El arbitraje es una institución que es de mucha ayuda, tanto para las personas que lo utilizan como para el mismo Estado, por lo que se le debe proteger y cuidar su naturaleza, impidiendo que cualquier criterio contenido en alguna reforma lo modifique.

- Nuestra actual ley de arbitraje está hecha a base de los más altos estándares internacionales, eso con el fin de que el Perú sea sede de grandes procesos arbitrales de talla internacional, lo cual beneficiaría mucho al país.
- No se deben establecer prohibiciones sin sentido debido a la actividad ilegal de ciertas personas, que por ser éstas causantes de un gran impacto, se crea que su actividad es común en mucha más gente.
- Por último, el arbitraje puede ser visto como un medio alternativo al Poder Judicial, el cual trae muchos beneficios en la actividad comercial, ya que resuelve conflictos de forma rápida y cooperativa, a diferencia del sistema judicial, que es adversarial y lenta.

VIII. Recomendaciones

1. Proteger las normas contenidas en el presente Decreto Legislativo, en lo referente a la naturaleza jurídica del arbitraje, tales como la instancia única, la confidencialidad, la celeridad, la autodeterminación de las partes, entre otros.
2. Corregir mediante un nuevo precedente vinculante el carácter del arbitraje como institución regida por la teoría mixta o ecléctica. Así como reconocer los aspectos más relevantes y controvertidos del arbitraje.
3. Entender que el arbitraje es una institución que ayuda a solucionar el conflicto de manera sana, y, por tanto, se debe incentivar en el país, así como los demás métodos alternativos de resolución de conflictos.

Bibliografía

- Franciskovic Inguza, Beatriz. Manual de Derecho Procesal Civil. Editorial Universitaria. Lima, Perú. pp. 38.
- División de Estudios de Gaceta Jurídica. Manual del Proceso Civil. Tomo I. Editorial El Búho. pp. 685 – 693.
- Gaceta Civil y Procesal Civil N° 26 (Agosto del 2015). Pp. 219 – 224.
- Gaceta Civil y Procesal Civil N°25 (Julio del 2015). Pp. 205 – 213.