

COMPRANDO JUSTICIA

**¿GENERA EL MERCADO DE ARBITRAJE
REGLAS JURÍDICAS PREDECIBLES?**

Alfredo Bullard G.

1. INTRODUCCIÓN

Si un abogado le dice que le ha pagado a un Juez ¿Qué pensaría? Seguramente nada bueno. Entonces ¿Por qué no debería llamarnos la atención que un abogado le dijo que le pagó a un árbitro? ¿Cómo es posible que quien vaya a decidir un caso con autonomía e independencia reciba dinero de las partes? Intuitivamente la respuesta parece obvia, pero no lo es tanto.

Para quién diga que las partes no le pagan al árbitro para que resuelva de cierta manera, sino simplemente para que actúe con justicia, en un pago conocido por todos y totalmente transparente, habría que recordarle que al designar al árbitro (especialmente si hablamos de árbitros de parte) la decisión de elección lleva indirectamente la decisión de pagarle, lo que puede generar el compromiso de “servir” a quien lo designa. ¿Creemos que sería igualmente aceptable que las partes les pagaran a los vocales de la Corte Superior que “escogieron” para resolver su caso?

Solemos asociar el pagar por la justicia como un acto malo. Parece que dinero y justicia no se llevan bien, porque algo tan “santo y sagrado” (no por nada el símbolo de la justicia en los tribunales es una diosa griega) no puede ser comprado. Es una suerte de regalo divino, que como el maná, cae del cielo, traído

por unos seres desinteresados y alejados del bien y del mal, a los que llamamos jueces.

Pero el mundo real es muy distinto. Ni la justicia pagada es esencialmente mala ni los jueces son esos seres divinos y sobrehumanos que quisiéramos que fueran.

El arbitraje ha avanzado en el mundo, y en particular en el Perú, de manera importante al nivel de haberse consolidado como un sistema muy usado y respetado, al menos en términos generales. Dicho de otra manera, el arbitraje ha ganado espacio en el "mercado de la justicia" a pesar de competir con un sistema judicial que recibe un subsidio estatal y que, como tal, es al menos en términos de tasas, substancialmente más barato. Y si las tasas son mayores, la explicación de su éxito no estaría en un menor precio, sino en una mejor calidad. Y en el mercado de justicia parecería ser que la calidad se mide, entre otras cosas, en términos de celeridad, autonomía, independencia, y carácter más técnico y realista del fallo. Pero muy especialmente en predictibilidad del fallo, es decir en la conciencia de poder saber, con alguna certeza, que es lo que se va a resolver.

Este no es un artículo sobre la corrupción judicial (o arbitral). No vamos a analizar los casos en que las partes en un juicio compran el fallo pagándole al juez y desvían la justicia de sus fines. Vamos a analizar porque pagarles a los "jueces" arbitrales puede conducir a un sistema de solución de controversias más justo que uno en el que uno no les paga a los jueces. Y en particular vamos a analizar por qué este sistema puede ser mejor no sólo para las partes en el conflicto, sino para la sociedad en su conjunto.

Este artículo va analizar la externalidad positiva que el sistema arbitral genera a la sociedad, al generar un conjunto de reglas más predecibles que las generadas en el ámbito judicial, y por esa vía reducir los costos de transacción en la economía. Veremos como un sistema en su origen privado está en capaci-

dad de generar un bien público. Ese bien público es la predictibilidad y calidad de las reglas y principios legales.

Este artículo sostiene que la compra de la justicia es algo bueno, pero no entendido en el sentido de un fallo obtenido pagando dinero, sino como permitir que la justicia sea generada por contratos en el mercado, por transacciones voluntarias en las que las partes se ponen de acuerdo en "comprar" juntos a quien va a resolver un conflicto que los involucra a ambas. El arbitraje es el "bien" que se compra y se vende en este mercado. La premisa que sostendremos es que el resultado de esta compra y venta es no solo una mejor solución al conflicto concreto, sino un mejor sistema legal para todos.

La hipótesis central de este trabajo es que la justicia es un bien que, en la mayoría de condiciones, puede ser producida a través del sistema de mercado, y en concreto a través del arbitraje. En ello este artículo no propone nada realmente novedoso. Cientos de artículos y trabajos enumeran, entre las ventajas del arbitraje frente a los sistemas judiciales, la celeridad, el informalismo, su carácter menos conflictivo, la especialización, entre otras.

Existe un consenso relativamente difundido que el arbitraje es bueno para resolver conflictos entre privados, en especial de naturaleza comercial. Si Juan le vende una casa a Pedro y Juan se niega a cumplir con su promesa, parece mejor irse a un arbitraje que al juez. El árbitro definirá el problema más rápido y de manera más efectiva y especializada que un sistema judicial recargado y saturado de procesos.

Sin embargo una de las críticas más comunes es que el gran problema no está en la función de solución privada de conflictos, sino en la incapacidad del arbitraje de generar reglas generales. Así se suele alegar que siendo un sistema de justicia individualizada y confidencial, donde los incentivos para hacer bien el trabajo son creados por el pago que hacen las partes, no sujeta a

precedentes ni controles de tribunales de apelaciones que cumplan la función nomofiláctica o función de uniformizar criterios¹, y en el que los fallos suelen ser confidenciales, el arbitraje no crea reglas o cuerpos de derecho orgánicos que reduzcan los costos de transacción en la economía en su conjunto. Así la función nomofiláctica no es cumplida por nadie en el arbitraje.

El arbitraje, se dice, tiende a la dispersión de reglas porque los árbitros son especiales para cada caso, y lo resuelven según sus propios criterios y no en función de criterios generales. El resultado es tantas reglas como casos se presenten, y por tanto la justicia arbitral conduce a un supuesto "caos" de decisiones impredecibles e inciertas. Mientras que el sistema judicial cuenta con una Corte Suprema que, cumpliendo la función nomofiláctica, vela por darle organicidad a todas las decisiones y generar un sistema de reglas predecible para todos, los sistemas arbitrales impiden a que cada caso contribuya a este proceso de uniformización, y por el contrario fomenta la dispersión y confusión

El arbitro, se dice, no tiene ningún incentivo para seguir un precedente anterior sobre un tema similar, y tampoco tendrá ningún incentivo para analizar el caso buscando una regla adecuada no sólo para el caso que resuelve, sino para otros casos similares. Finalmente preferirá una regla que se ajuste mejor al problema de quienes le pagan (las partes) y no al problema del resto del mundo, de los que no reciben nada a cambio. Si la regla es buena o mala para casos futuros, ese no es su problema y para eso no lo han contratado.

El resultado sería incertidumbre, y la consecuencia de la incertidumbre es el incremento de los costos de transacción en la economía, es decir, de los costos de contratar. Como las partes no saben como va a resolver un árbitro en una situación dada,

1. Dado el carácter limitado del recurso de anulación que no evalúa lo resuelto en el fondo y que por tanto no tiene revisión de las reglas sustantivas aplicadas, este solo tiene una función nomofiláctica muy reducida y centrada en aspectos meramente formales.

entonces contratar se hace más difícil. Según este argumento los abogados tendrán que hacer contratos más detallados y sofisticados para protegerse de la incertidumbre arbitral y con ello la economía se moverá lentamente. En cambio en un sistema judicial que funcione bien, la Corte Suprema mandará mensajes claros y las partes sabrán cual es el principio aplicable, con lo que contratar se hace más fácil, reduciendo los costos de transacción.

Veremos que el argumento es falaz y no comprende el adecuado funcionamiento de los mercados, siendo el mercado de arbitraje (que no es otra cosa que un mercado de justicia) uno en el que las premisas básicas del modelo económico se cumplen.

2. LA CREACIÓN DE REGLAS PARTICULARES O GENERALES: LA JUSTICIA COMO UN BIEN PRIVADO Y COMO UN BIEN PÚBLICO

Tradicionalmente tendemos a pensar en los sistemas de justicia como un bien público, y que por tanto tiene que ser suministrado por el Estado. Pero la justicia, al menos en temas de Derecho Comercial, es fundamentalmente un bien privado.²

Los bienes privados son aquellos destinados a satisfacer necesidades individuales y como tales pueden ser provistos por el mercado. Se asume, por el contrario, que los bienes públicos no pueden ser provistos por el mercado.

Veamos esto con un par de ejemplos. Imaginemos que deseo un televisor. Tengo una preferencia por un modelo que satisfaga ciertas necesidades (quiero sonido estéreo, pantalla plana, doble sintonizador, etc.) y tengo un presupuesto limitado

2. Para un análisis mucho más detallado del carácter de bien público o privado de la justicia puede revisarse el excelente trabajo de Andrés Bayly Letts y Enrique Pasquel Rodríguez "¿Quién Dijo que en Salem Hubo Brujas? La Privatización del Servicio de Justicia: Rompiendo el Mito de la Justicia Estatal." En Themis-Revista de Derecho. Segunda Época. 2003, No. 46. pp. 315-341.

para satisfacerlo (no tengo dinero infinito, por lo que solo puedo pagar hasta determinado precio). Si voy al mercado tengo distintas alternativas dadas por productores de televisores que ofrecen muchas combinaciones de características y distintos precios. Si encuentro el que quiero al precio que puedo pagar, entonces lo compro.

Una vez hecha la compra puedo excluir a los demás del uso de mi televisor una vez que me lo entreguen, y en principio no genero externalidades a terceros, es decir ni costos ni beneficios externos. El modelo de televisión que compro no afecta ni positiva ni negativamente a otras personas, salvo a mí. Si se ve bien o mal, si el sonido es adecuado o no, ello depende de mi decisión de compra y del cumplimiento de las obligaciones del proveedor. Mi vecino (salvo que lo invite a ver televisión o que no soporte el ruido de un volumen alto) es indiferente a que televisor me compré. No se generan ni costos ni beneficios a personas distintas a quienes celebraron el contrato. No se generan externalidades.

En esa línea el sistema de precios permite que se produzca la cantidad y calidad adecuada de televisores, por medio de las señales que da este sistema. Por ejemplo si una empresa ofrece televisores muy malos o muy caros, el mercado los irá eliminando porque nadie los comprará. Si otro proveedor ofrece muy buenos televisores a precios convenientes, sus ventas aumentarán y se producirán más televisores de ese tipo, sin que nadie distinto a quienes lo compran y lo venden se vea afectado. El mercado asegura una provisión de televisores que se adecue a la demanda, entendiendo demanda como una simple agregación de numerosas demandas individuales.

La situación es distinta, al menos en términos teóricos, con los bienes públicos. Imaginemos una calle. Si yo deseo una calle de determinadas características, bien asfaltada y construida, a un determinado precio, y pago por ella, se produce un problema evidente. Dado que es difícil excluir a los demás del uso de la

calle, los demás usuarios recibirán beneficios de mi gasto, beneficios por los que no pagarían. Tienen una mejor calle gratis. Por su parte, dado que no les cuesta usar la calle, la usaran intensivamente y de mala manera. Si la destruyen, pago los platos rotos. En consecuencia no tengo ningún incentivo para invertir privadamente en calles. El resultado es que usualmente las calles son provistas por el Estado. Como la gente no está dispuesta a pagar por concederle beneficios a los demás, se tiene que usar el sistema tributario, hacer cobros compulsivos llamados impuestos, y así financiar su construcción. La calle, como bien público, es entonces construida por el Estado, por medio de una decisión centralizada y no por el mercado a través de millones de decisiones descentralizadas.³

La pregunta es entonces si la justicia es un bien privado (como un televisor), y como tal susceptible de ser suministrado por contratos en el mercado (arbitraje) o es un bien público (como la calle), y como tal tiene que ser suministrado por el Estado de manera centralizada (cortes ordinarias). ¿Puede generarse una justicia adecuada confiando en un sistema de miles o millones de decisiones individuales y descentralizadas o se requiere de un sistema estatal con decisión centralizada para su diseño e implementación?

En realidad la justicia tiene elementos de bien privado y de bien público. Por un lado la solución de un conflicto particular y específico como si debo o no pagar el precio de la casa que compre, es un bien privado. Si las partes contrataron para que el problema lo resuelva un Tribunal Arbitral, cuyos honorarios serán pagados por ellas, el resultado concreto (si debe o no pagarse) atañe en principio sólo a las partes contratantes que se sometieron al arbitraje. Asumen los costos (pago de honorarios más el riesgo de perder) y reciben los beneficios (solución de su conflicto).

3. En realidad uso el ejemplo de la calle porque es bastante gráfico, pero la idea que las calles son un bien público y que no admiten ser un bien privado es muy discutible. Para ver una breve discusión sobre el tema se puede revisar Bullard G, Alfredo. "Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales". 2da Ed. Palestra 2006. pp. 120-121.

to y eventualmente el éxito en el caso). Si el arbitraje es malo, las partes sufren la consecuencia de haber "comprado un producto" de mala calidad. Si el arbitraje es bueno reciben los beneficios de una decisión adecuada. La justicia recibida es un simple producto adquirido de manera similar a como se adquiere un televisor, con sus ventajas y desventajas. Solo las partes reciben los costos o beneficio de un buen o de un mal arbitraje. Desde esta perspectiva no hay, por tanto, externalidades a terceros.

El único elemento que diferencia el arbitraje de la compra de un televisor es que uno de los adquirentes puede perder y por tanto obtener por su compra algo no deseado. Pero ello es sólo una diferencia aparente y no real si uno entiende el objeto de lo que se compra. La parte, en un arbitraje, no compra un resultado favorable. Sólo compra un mecanismo para arrojar un resultado, conciente que el resultado podría no ser bueno para él. El recibe aquello por lo que pagó si los árbitros fueron justos, rápidos, efectivos y sustentaron bien su fallo. Ganar no es algo que esté en el precio pagado. Una situación similar se presenta en otras operaciones en el mercado. Si compro un billete de lotería, no estoy pagando por ganar. Sólo estoy pagando por tener la posibilidad de ganar siguiendo un procedimiento con reglas establecidas que asumo se aplicarán de manera transparente. Si voy a un médico para que me haga un diagnóstico, no estoy pagando un resultado favorable de los exámenes, simplemente estoy esperando que me digan que tengo, así no me guste.

Sin embargo, se argumenta que la justicia tiene un elemento adicional que la asemeja a un bien público y que, por tanto, sólo puede ser provisto por el Estado. Si los árbitros crean reglas buenas y predecibles, aplicables a otros casos, entonces los demás individuos en la sociedad nos beneficiamos. Si luego de decidido el caso de si debe o no pagarse el precio de la casa, queda claro que el comprador debe cumplir, ello podría beneficiar a todos los demás que tengan un caso igual porque las reglas que se establezcan (1) hacen más fácil la solución de casos posteriores similares por otros árbitros que decidan aplicar el preceden-

te, (2) evitan que se presente el conflicto porque cuando se presenta el problema las partes sabrían como van a resolver los árbitros y por tanto ya no litigarían y simplemente seguirían la regla creada con anterioridad, y (3) harán más fácil la redacción del contrato, porque como ya se conoce la regla no es necesario negociar con tanto detalle el contrato porque ya la consecuencia de un hecho es conocida y está identificada. Ello reduce los costos de contratar.

Estos elementos pueden ser entendidos como bienes públicos porque ahorran costos y generan beneficios para otros que no han pagado a los árbitros. Pero ¿Por qué deberían los árbitros preocuparse por ello si esos terceros no les pagan? En resultado sería entonces que el bien público asociado a la justicia no se produciría de manera óptima. Ocurriría algo similar a lo que ocurre con la calle, cuya producción por el mercado sería subóptima.

3. LA FALACIA DE QUE EL MERCADO NO PRODUCE BIENES PÚBLICOS

La afirmación de que los mercados no pueden generar bienes públicos es falaz. Sobre esta falacia se construye gran parte del argumento desarrollado en el punto anterior. Si bien se puede decir que en determinadas circunstancias el mercado tiene ciertas dificultades para generar bienes públicos, pero los mercados generan una serie de bienes públicos creando externalidades positivas por doquier. Me atrevería a decir que todos los bienes privados generan a su vez bienes públicos y que una parte muy importante, quizás mayoritaria, de los bienes públicos, es generada por mecanismos de mercado.

Los economistas suelen usar como ejemplo para estos efectos el caso de los faros. Los faros, construidos para guiar a los barcos en la noche, son en principio bienes públicos. Una vez construidos benefician no sólo al que pago por su construcción, sino a todos los demás barcos que navegan por las aguas aleda-

ñas. Una vez hecha la inversión no es posible excluir del uso de la luz, en medio de la noche, a aquellos barcos que no han pagado por la construcción y operación del faro. Por otra parte el cobro de un "peaje por uso de luz" es virtualmente imposible. Los faros son típicos bienes públicos y como tales habría que esperar que sean construidos por el Estado con recursos provenientes de nuestros impuestos.

Pero la realidad desmiente ese hecho. En muchísimos países los faros son generados por inversión privada. ¿Qué explica que los privados estén dispuestos en gastar recursos o en generar beneficios a terceros?

En realidad la explicación es relativamente sencilla. Basta que el privado reciba un beneficio individual que supere el costo que tendría que incurrir para tener un bien público que necesita, para que esté incentivado a generarlo. Así, si un conjunto de navieras o el titular de un puerto, que se benefician con la circulación constantemente de barcos por un lugar donde se necesita luz de guía en la noche, encuentran que el beneficio de contar con un faro adecuado justifica la inversión de construirlo y operarlo, entonces tendremos un faro a pesar que hayan terceros que se beneficien gratuitamente de su existencia.

Si bien la luz es un bien público del que no se puede excluir a terceros, tendremos luz si los benéficos privados de tenerla lo justifican. En ese sentido el tener buenas reglas es como la luz: las partes y los árbitros tendrán buenas reglas así no puedan excluir a los demás de generarlas, si el beneficio de esas reglas justifica la inversión privada en generarlas.

Podemos citar una serie de otros ejemplos similares. Imaginemos un grupo de empresarios textiles que desean que suba el arancel a los productos chinos para mejorar su negocio. Si tienen éxito la medida no sólo los beneficia a ellos, sino también a todos los empresarios textiles del país. Es pues un "bien público" en beneficio de todos los textiles. Para conseguir su

objetivo se involucrarán en una campaña de lobby dirigida a conseguir que la norma que necesitan se apruebe. Esa campaña tiene un costo (contratación de abogados, de lobbistas, tiempo, campaña de medios, o tratarán de meter al Congreso a varios congresistas asumiendo el costo de su campaña, etc.), costo que tendrá que ser asumido por un grupo restringido de participantes y no por todos los empresarios textiles. Un grupo de empresas asumirá dicho costo siempre que el beneficio de la medida justifique su inversión, y asumirán que su esfuerzo beneficiará a las demás empresas (no participantes en la campaña), que recibirán un beneficio gratuito. Si los costos de transacción lo permiten, el grupo de empresas pagará por el lobby.⁴

Otros ejemplos sería el de una persona que limpia la vereda frente a su casa a pesar que ello beneficia a todos los que pasan, la persona que contrata un vigilante para cuidar su carro a pesar de saber que ello aumenta la seguridad para todos los vecinos de la cuadra, el periodista que encuentra la primicia a pesar de saber que una vez publicada los demás periodistas podrán colgarse de ella, la mujer o el hombre que se arregla para verse más atractivo, beneficiando a todos aquellos que pueden mirarlos sin poder cobrarles el beneficio, el club de Golf que invierte en tener sus áreas verdes en beneficio de todos los edificios que se construyen a su alrededor para aprovechar la vista, las personas que inventan chistes que de boca en boca hacen reír a miles que nunca pagaron por el esfuerzo de crearlos, etc.

4. Nótese que otros grupos pueden tener el interés de generar un bien público distinto. Por ejemplo los consumidores pueden organizar también lobby para que no suba el arancel y gozar de productos más baratos. Lo que la teoría del *public choice* indica es que ese lobby es menos probable porque el interés de los consumidores está disperso en un número mayor de personas cuyos intereses son más difícilmente de alinear en una atmósfera en donde los costos de transacción para organizar el lobby son más altos. Ello explica porque es común encontrar esfuerzos de lobby por parte de grupos empresariales y más difícil encontrar esfuerzos de lobby de grupos de consumidores. Para un detallado análisis de este fenómeno se puede revisar Olson, Marcur, "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". Harvard University Press, 1977, pp. 5-52.

Incluso los típicos bienes privados más típicos generan bienes públicos importantes en el mercado. Regresemos al ejemplo del televisor. Imaginemos que un fabricante de televisores descubre una innovación tecnológica importante que puede beneficiar a los consumidores. Esta innovación es, por ejemplo, el control remoto. Pero dado el carácter nuevo de la tecnología aplicada el costo de los televisores con control remoto es relativamente alto en un inicio y la calidad no está aún bien lograda. Algunos consumidores, con una preferencia muy fuerte hacia la nueva innovación, deciden comprarla. Al hacerlo asumen buena parte del costo inicial de haberla creado y a la vez crean incentivos para mejorar la calidad del nuevo elemento. Esos consumidores están generando, a su costo, beneficios para los consumidores futuros que adquiriremos controles remotos más económicos y mejores mañana, sin asumir los costos iniciales. Sin saberlo, los consumidores pasados están subsidiando a los consumidores futuros. De hecho puede beneficiar a otros productores que imitarán la iniciativa de tener controles remotos en sus televisores sin haber hecho el mismo esfuerzo ni asumido los nuevos riesgos. De esta manera, se genera una externalidad positiva.⁵

Otro ejemplo interesante⁶ es la moda. Los diseñadores crean nuevos modelos usando tiempo y esfuerzo sabiendo que estos podrán ser duplicados casi de inmediato por otros productores de ropa. Alguien tuvo la idea de acampanar los pantalones y de pronto todos los pantalones reflejan ese cambio. El que hizo el esfuerzo genera un beneficio a los demás, que no le van a pagar por el esfuerzo, sólo con el incentivo que la nove-

5. Es cierto que buena parte de los incentivos pueden haber sido creados por protección de propiedad intelectual. La patente permite excluir por un tiempo a nuevos proveedores del uso de la innovación, lo que reduce el efecto de la externalidad. Pero ello no significa que se dejaría de innovar si es que no hubiera protección de la propiedad intelectual y que incluso sin reconocer una patente no habrían inventos. Para una explicación detallada de esto se recomienda revisar el capítulo titulado "Reivindicando a los Piratas ¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?" del libro "Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales" en Bullard G, Alfredo, op. cit., pp. 203-238.
6. Y en el que justamente no hay una protección intensa de propiedad intelectual.

dad y el ser él el que lo innovó le permitirá tener algunos ingresos adicionales.

Con la justicia pasa una cosa similar a con los televisores o la moda. En principio la justicia es un bien privado,⁷ que se puede generar mediante un acuerdo de las partes y los árbitros para resolver una controversia. Pero puede tener un efecto de bien público (mejores reglas para todos). Las partes harán la inversión que generará el bien público si los beneficios que reciben lo justifican.

De alguna manera el dilema de bien privado vs. bien público también esta presente en el litigio ordinario judicial. Imaginemos un caso en el que hay incertidumbre, como ocurrió con el famoso caso *Brown vs. Board of Education*⁸, en Estados Unidos. El caso se trató de la discriminación en las escuelas a las personas de raza negra. Había muchos discriminados, pero bastaría que uno hubiera luchado por generar un precedente para que beneficiara a todos los demás que se encuentran en la misma situación. Uno carga el costo y genera la externalidad positiva en los demás. Y eso es lo que pasó. No todos los discriminados iniciaron la acción, pero todos se beneficiaron. El que cargó con el costo (porque sus beneficios privados lo beneficiaban) generó un bien privado (que no discriminen al grupo que siguió la acción) y un bien público (que no se discrimine en general a nadie).

Ello significa que, contra lo que se cree, incluso en el sistema judicial, buena parte de la predictibilidad de las reglas que benefician a todos, es generada por inversión privada y por argumentos de abogados que brindan servicios de naturaleza privada.

7. Esto se refiere principalmente a la justicia civil y a la comercial, es decir al Derecho Privado. En Derecho penal o en Derecho Administrativo podría ser que los rasgos privados se debiliten y los de bien público aumenten. Por ejemplo perseguir delitos tiene una función preventiva que beneficia a toda la sociedad, lo que aumenta el componente de bien público. Sin embargo este artículo se concentra en la justicia en Derecho Comercial.

8. 347 U.S. 483 (1954)

Como veremos en el punto siguiente, existen elementos de juicio que permiten afirmar que el sistema arbitral tiende a generar reglas más predecibles y adecuadas para la sociedad que las que se generan por medio del sistema judicial.

4. ¿CÓMO PUEDE EL ARBITRAJE GENERAR REGLAS GENERALES BUENAS Y PREDECIBLES?

Las razones más citadas por las que supuestamente las cortes ordinarias superan al arbitraje para generar reglas generales buenas y predecibles son: (1) la existencia de una Corte Suprema o un Tribunal unificador de criterios en el sistema judicial cumple la función nomofiláctica, generando reglas generales adecuadas, mientras ese sistema no existe en relación a tribunales arbitrales; (2) los árbitros no tienen ningún incentivo para generar reglas buenas y predecibles, sino sólo las reglas que solucionen el conflicto entre las partes, porque son ellas las que les pagan; (3) los arbitrajes suelen ser confidenciales y privados por lo que incluso si los incentivos existieran, las buenas reglas no se difundirían y no reducirían los costos de transacción en la economía. En pocas palabras nada difunde el beneficio externo o de externalidad.

Pero problemas similares se presentan en la producción de otros bienes privados que justamente generan como producto colateral bienes públicos.

Pocas cosas son tan predecibles como los productos y servicios que uno adquiere en el mercado. De hecho les puedo asegurar que hay menos incertidumbre de lo que recibiremos cuando compramos una Coca Cola de cuando estamos a la espera de una sentencia judicial. Los productos que tienen marcas reconocidas son increíblemente predecibles. El consumidor suele saber que es lo que va a recibir incluso sin conocer los detalles de donde se hizo el producto, como ha sido fabricado y como esta internamente diseñado. Ello se aplica no sólo a los elementos

privados de los productos, sino a ciertos bienes públicos asociados con ellos. El funcionamiento de un televisor es predecible, más allá de la marca que lleve. El mercado ha generado “reglas de funcionamiento” similares y estándares. Sin leer el manual sabemos como operarlo y manejar los controles, la numeración de canales está estandarizada.

Ello ocurre más claramente con los automóviles. A pesar de la diversidad inmensa de marcas, todos los automóviles se conducen de la misma manera, tienen el freno, el acelerador, la palanca de cambios, las luces, etc, en lugares y formas de operación predecibles. Para conducir un automóvil nuevo el chofer no necesita leer el manual del vehículo, porque las reglas fundamentales se aplican a todos los vehículos por igual. El desarrollo tecnológico puede traer cambios, pero la innovación va reflejándose por medio de una evolución paulatina y también predecible ¿Cómo se generaron esas reglas? Por el mercado, a través de la aplicación repetida de la ley de la oferta y la demanda. Nótese que el bien público “estandarización” ha sido financiado por los compradores anteriores de automóviles, quienes nunca se han preocupado de habernos generado beneficios a quienes compramos automóviles hoy. ¿Por qué no pasaría lo mismo con las reglas legales?

Podemos encontrar cientos de ejemplos similares. La moda que uno va a encontrar en las tiendas en determinado momento también es bastante predecible y facilita nuestros costos de búsqueda y de comparación. Hay una serie de elementos que tiene características y elementos similares en los mercados más allá de quien los ha producido, como tamaños de envases (las gaseosas suelen venir más o menos en ciertas presentaciones), formas de uso (la mayoría de cámaras digitales se operan de manera similar), garantías de fabrica (casi siempre nos ofrecen un año de garantía), e incluso precios (en mercados muy competitivos de bienes homogéneos –commodities– los precios son bastante parecidos), etc.

Todo ello ocurre sin que exista un "órgano central de planificación" que desarrolle nada parecido a la famosa función nomofiláctica, equivalente a una Corte Suprema, que establezca estándares de fabricación, calidad o precio. El juego de oferta y demanda cumple con este rol. Por ejemplo la gente suele comprar productos Sony porque son identificados como innovadores. Si la innovación es deseada, el fabricante innovará incluso si sabe que otros aprovecharán su esfuerzo innovativo sin pagar por él. Ello porque quieren fijar su imagen de innovadores frente a los consumidores. Si la gente desea operar los productos de manera sencilla y sin complicaciones, el fabricante hará el esfuerzo a pesar que ello beneficiará al final a los productores de otras marcas que imitarán sus iniciativas.

En segundo lugar podría pensarse (como se argumenta respecto de los árbitros) que los fabricantes de bienes no tienen incentivos para generar bienes públicos porque los beneficiarios no les pagan, y por tanto se limiten a generar bienes que satisfagan a sus clientes. Pero ello parte de la premisa falsa que satisfacer al cliente específico es cubrir un deseo distinto al que podrían tener los demás beneficiados en el mercado. Si una empresa en el negocio de la moda diseña una prenda para vendérsela a sus clientes, ¿Asume acaso que sus clientes desean algo distinto a lo que desean los demás seres humanos? Si bien es cierto que muchas empresas segmentan sus mercados, lo cierto es que incluso en ese supuesto benefician con su esfuerzo a terceros que están en el mismo segmento así no lleguen a ser sus clientes. Lo que es bueno para mis clientes suele ser bueno para los demás.

En tercer lugar buena parte de la información respecto a la calidad o ventajas de un producto se explica por información confidencial o simplemente no disponible al consumidor. Muchas de las ventajas de los productos se deben a secretos comerciales o industriales que el adquirente del producto o servicio ignora. Incluso, así no estemos frente a un secreto, buena parte de la información es simplemente ignorada. No necesito saber como se hace una computadora para saber que IBM es una

buena marca. A veces ni siquiera necesito haber tenido experiencia previa. De hecho no necesitamos conocer todas las experiencias de consumo anteriores sobre un producto para reconocer un producto como bueno. El consumidor ve la calidad en la marca, y no necesariamente la deriva de la comprensión integral de lo que el producto es en sí mismo.

¿Es el mercado de arbitraje distinto a otros mercados en estos aspectos? Los sistemas arbitrales tampoco tienen sistemas de unificación. Sin embargo, si los consumidores desean cosas similares, el mercado producirá cosas similares. ¿Y que desean los consumidores de arbitraje? Al igual como un consumidor de una lotería, el consumidor de arbitraje quisiera ganar. Pero dado que para consumir este bien requiere el acuerdo de su contraparte, el pacto no es posible porque los dos no pueden ganar. Lo que si podrían acordar es que gane el que tiene razón y que lo haga en un proceso transparente de decisión. Eso quiere decir que desean reglas predecibles y buenas. Y en principio querrán que se apliquen las reglas que tengan sentido económico si están involucrados en una relación patrimonial. Si pagué un precio mayor para que la otra parte asuma un mayor riesgo, si la contingencia de riesgo se presenta, lo deseable es que pague quien asumió dicho riesgo. Usualmente al contratar (que suele ser el mismo momento en el que se pacta arbitraje) lo que la gente desea es que se apliquen reglas lógicas desde el punto de vista económico y comercial. Si lo que se desea es transparencia, reglas lógicas y que tengan sentido económico, entonces el resultado será una regla predecible y buena.

Ello se refuerza si tenemos en cuenta como suele pactarse el arbitraje. El pacto arbitral, salvo casos excepcionales, suele presentarse ex ante al surgimiento del convenio, como una cláusula en el contrato cuando ambas partes están felices y no tienen problemas ni conflictos. Los pactos ex post al surgimiento del conflicto son más extraños. Cuando uno pacta ex ante ni siquiera sabe cual es la regla cuya definición será necesaria. No sabemos si será un problema de nulidad, de incumplimiento, de riesgo,

de aplicación de una cláusula de ajuste de precio o de una cláusula penal. No sabemos si nos conviene un arbitraje imparcial o uno que no lo sea tanto, porque no sabemos si nuestro caso futuro será débil o fuerte. Por ello, ante esa situación, el mejor sistema es el que arroje un resultado económicamente lógico, ajustado a los usos y costumbres del mercado, que es lo más que se puede pedir en ese momento dada la información disponible.⁹

Es predecible que las partes establecerán cláusulas que tengan sentido económico y que ambas se perciban como justas. Por ejemplo es de esperar que el riesgo de pérdida de la cosa objeto del contrato se transfiera con la entrega justamente porque la posesión da mayor control sobre el riesgo de pérdida. La regla inversa coloca el costo en quien no puede controlar el riesgo, lo cual no tiene sentido económico y es percibido como injusto. De la misma manera también es esperable que busquen un arbitraje lógico cuyo resultado sea justo. No es fácil que una parte acepte un arbitraje que va a beneficiar a la otra. Y para que ello funcione el mecanismo buscará que se apliquen las reglas que las partes esperan, sea porque están claras en la Ley, o porque están claras en los usos y costumbres del mercado.

Si bien surgido el conflicto las partes pueden tener incentivos, por ejemplo mediante el mecanismo de designación de los árbitros, de generar un sistema no autónomo y menos predecible, lo cierto es que un buen convenio arbitral crea límites para que dicha manipulación no sea posible.

Si ello funciona así no es necesaria la existencia de una Corte Suprema. La predictibilidad no es creada desde arriba, por un

9. Esto explica porque es más difícil pactar un arbitraje *ex post* al surgimiento del conflicto. Allí se sabe cual es el problema y es posible apreciar si me conviene una decisión imparcial o no. Si mi posición es débil no querré un sistema justo, y preferiré un esquema más influenciado y eventualmente corrompible. Pero la otra parte, si sabe que su caso es más fuerte, no querrá un sistema influenciado o corrompible, sino uno justo. Los intereses están más distantes. Ello eleva los costos de transacción de pactar arbitraje bajo tales circunstancias y explica porque el cambio hacia sistemas que no exigen nuevos pactos una vez surgido el conflicto (como la primitiva figura de la cláusula compromisoria) impulsa el desarrollo del arbitraje como ocurrió en el Perú desde la dación de la Ley General de Arbitraje vigente que dejó sin efecto el sistema de cláusula compromisoria.

órgano centralizado superior, sino desde abajo, por medio de las decisiones de los “consumidores” del arbitraje en el mercado.

Ello además se engancha con los incentivos que tiene quien decide, es decir, el árbitro. Retomemos el argumento que los árbitros no tienen incentivos para tomar decisiones adecuadas para todos, sino sólo para quienes les pagan. Ello parte de la premisa equivocada que las partes en un arbitraje quieren algo distinto a lo que todos los ciudadanos queremos: reglas lógicas y predecibles. En principio, todos los que podemos tener un conflicto a ser solucionado queremos lo mismo. Claro que quisiéramos ganar, pero eso no es posible si la otra parte no quiere concedérmelo. Por ello elegiremos mecanismos que nos aseguren árbitros que nos lleven a un resultado justo, y lo justo, por lo menos en el mundo de los negocios, es lo que se ajusta a la lógica económica. Al dar reglas buenas y predecibles los árbitros beneficiarán a los demás que no participaron en el arbitraje.

Pero incluso si eso no fuera cierto y el tipo de reglas que buscan las partes es diferente a las que buscarían el resto de los mortales ante las mismas circunstancias ¿Tendrían todavía los árbitros incentivos para generar reglas buenas para los demás que no les van a pagar? la respuesta es afirmativa. Negarlo es perder de perspectiva que, como suele pasar en el mercado, el arbitraje es un juego repetido, en el que la posibilidad de “vender” mañana mis servicios depende de cómo presté mis servicios ayer. Los árbitros, como cualquier otra persona que “vende” algo, quiere seguir vendiendo en el futuro. Por ello ser reconocido como el generador de un “bien público” le asegura trabajo de la misma manera como el reconocimiento de la Sony, como innovadora le asegura seguir vendiendo sus aparatos en el futuro, así la innovación no sea reconocida como importante por algún cliente específico pasado.

Sólo queda el argumento de la confidencialidad. Si el arbitraje es privado y confidencial, entonces las reglas que de él ema-

nen nunca serán un bien público porque serán información privada. Nadie sabrá que dijeron los árbitros antes.

El argumento está plagado de errores. En primer lugar es conceptual. Como veremos más adelante, los árbitros que generan nuevas reglas serán los que se ajusten a los usos y costumbres del comercio o de las relaciones involucradas. En realidad toman reglas ya existentes y las aplican al caso. Así los árbitros, más que crear reglas, las recogen y sistematizan de los principios que crean y aplican los comerciantes. Esas reglas ya son conocidas. Lo que falta es que su aplicación sea predecible. En contraste con ello, no es de extrañar que el juez ordinario vaya contra tales reglas, y trate de sustituir su aplicación con algún razonamiento legal sofisticado o formalista. En esa línea, los árbitros pueden crear el vínculo entre una regla que todos conocen y la certeza que la misma será aplicada. Así se construye la predictibilidad de las reglas que se aplican en el arbitraje.

En segundo lugar, no es necesario conocer las reglas específicas para saber que alguien produce o recoge buenas reglas como no es necesario saber como funciona una cámara de video para saber que las cámaras de video de Sony son buenas. Ello explica porque hay "jugadores repetidos" en el arbitraje. Los consumidores buscan "buenas marcas" más allá de comprender exactamente como las marcas se han hecho prestigiosas. La permanencia en la actividad arbitral se reduce a un grupo relativamente pequeño de personas que suelen actuar como árbitros. Las listas de árbitros, el prestigio que ganan por los comentarios de partes en proceso anteriores y que se difunden boca a boca, los ranking que publican revistas especializadas, el prestigio de Centros o instituciones arbitrales, entre otros elementos, contribuyen a identificar árbitros predecibles así las reglas que producen no sean conocidas de manera específica. Todos estos elementos desarrollan funciones parecidas a las de las marcas en otros mercados y permiten que los árbitros predecibles sean contratados con mayor frecuencia.

Si bien muchas veces se pretende explicar la existencia de números relativamente pequeños de personas que actúan como árbitros de manera recurrente con la acusación de la existencia de "argollas" formadas por árbitros que se nombran entre ellos (lo cual de hecho si existe), lo cierto es que lo más probable es que el juego repetido permita identificar ciertas "marcas" arbitrales o Centros Arbitrales que se consolidan como los más usados. De hecho la sensación que uno tiene es que el mercado de presidencias de tribunales es cubierto por un grupo distinto al de árbitros de parte, y que el valor de la autonomía, la independencia, y la comprensión del problema económico de base suelen ser variables constantes que encuentra uno en los árbitros que "repiten el plato" con frecuencia.

Nótese que lo mismo no ocurre con los jueces ordinarios. La cantidad de casos, el volumen de trabajo y el nivel de ingresos de un juez no se relaciona con un juego repetido ni con la cantidad de trabajo. Las partes quedan sujetas a ciertos jueces por un sistema centralizado y planificado de turnos que asigna trabajo sólo porque te toca. ¿Qué incentivo tiene un juez en dar reglas buenas y predecibles? Pues en principio ninguno. El juego seguirá siendo igual de repetitivo resuelva bien o resuelva mal, y lo que es peor, seguirá cobrando lo mismo. Bajo esas reglas es entendible porque "comprar justicia" en el ámbito judicial se acerque más a una compra inmoral, a una forma de corrupción. Por el contrario, "comprar justicia" en el campo arbitral es un mecanismo que genera como virtud, mejores reglas futuras.

Finalmente, no es totalmente cierto que las reglas que los árbitros crean sean siempre confidenciales o privadas. Incluso bajo las reglas de confidencialidad, una buena cantidad de laudos se hacen públicos porque contra ellos se interpone un recurso de anulación, se autoriza su uso para efectos académicos o de publicación, son publicables por disposiciones legales, están exentos de la regla de confidencialidad por acuerdo de las partes, etc. Basta entrar a Internet o revisar libros y artículos de arbitraje, para ver la inmensa cantidad de laudos cuyo contenido y

razonamiento se pueden encontrar libremente. Y en muchos casos el contenido del laudo o el razonamiento seguido simplemente se filtran y es discutido por abogados que comentan las bondades o defectos del mismo. Por ello el argumento de que los laudos son secretos es bastante incompleto y no responde a la realidad de las cosas.

Este contexto explica que es de esperar que las reglas que produce el arbitraje tiendan a ser más predecibles, buenas y ajustadas a las prácticas comerciales, que las reglas que produce el sistema judicial, de la misma manera como es más predecible la calidad de un televisor que la de un procedimiento administrativo seguido ante un Ministerio. Ello a pesar que la producción de televisores proviene de un sistema aparentemente caótico y descentralizado al que llamamos mercado y los procedimientos administrativos de un supuesto procedimiento estandarizado y centralizado al que llamamos Estado.

5. ¿POR QUÉ LOS ÁRBITROS SUELEN SER MÁS PREDECIBLES QUE LOS JUECES?

El uso más generalizado del arbitraje se da en el campo de las controversias comerciales. Como ya hemos sugerido en páginas anteriores, la solución de ese tipo de problemas está relacionada con conocer los principios, usos y costumbres que rigen el comercio y los negocios. Si asumimos (como resulta obvio) que los comerciantes conocen el mundo del comercio y que los árbitros son elegidos por tener el mismo conocimiento, es entendible porque sus decisiones deberían ser, al menos para los comerciantes, más predecibles que las de un juez.

Por otra parte, siguiendo la línea de razonamiento anterior, si dos comerciantes saben que pueden tener un conflicto y quieren reglas predecibles y adecuadas, entonces escogerán árbitros que tengan conocimiento de esas reglas y entiendan su lógica y principios. El resultado será un círculo virtuoso en el que los

árbitros predecibles son elegidos, y al decidir hacen a la vez predecibles las reglas para un futuro. Veamos como ocurre esto con un ejemplo.

Una buena parte de (sino todos) los arbitrajes se refieren a actividades de interpretación contractual. Tiene que ver con los alcances que se da a un término contractual o su aplicación a la circunstancia concreta que se ha presentado.

Pero la interpretación contractual, en especial en problemas comerciales, es más que descubrir simplemente lo que las partes acordaron. Muchas veces (y me atrevería a decir la mayoría) la labor de decisión se refiere a completar el sentido del acuerdo. No es sólo leer el contrato, es crear la regla contractual. De alguna manera se trata de resolver el hecho de que las partes sólo están de acuerdo de que en un extremo no estuvieron realmente de acuerdo.

En mi experiencia arbitral ocurrió un hecho que justamente muestra el punto que quiero destacar. Durante la ejecución de un contrato de obra bastante complejo surgió una discrepancia sobre quién debía preparar y nivelar el terreno sobre el que se iba a levantar una parte de la construcción. El propietario de la obra sostenía que el trabajo estaba comprendido en las obligaciones asumidas por el contratista. El contratista decía que se trataba en realidad de una labor que el propietario de la obra debía realizar previamente para que el contratista pudiera efectuar la construcción de aquello a lo que estaba obligado.

La correspondencia entre las partes mostraba dos posiciones claramente discrepantes, que basaban la discrepancia en la ambigüedad del propio contrato. Lo que es cierto es que el contratista decía que no era su responsabilidad (y por tanto su costo) el preparar el terreno. Por el contrario, el propietario era enfático en afirmar que la preparación del terreno era una labor del contratista, que éste no podía evadir.

El problema principal es que la discrepancia no parecía ser de fácil solución, y las idas y venidas de posiciones tenían detenida la obra con lo que afectaba el interés del propietario de tenerla lista a tiempo y del contratista de acabarla y cobrar su contraprestación.

Ante esta situación las partes elaboraron un acta (que podría ser definida como un contrato modificatorio o complementario) que decía más o menos lo siguiente: "El contratista procederá a nivelar el terreno". Sin embargo, al terminar la ejecución de la obra la interpretación de la frase era, nuevamente, claramente divergente. Para el contratista "procederá a nivelar el terreno" no quiere decir hacerlo gratuitamente, y por tanto concedía el derecho a solicitar un adicional de obra que compensara un trabajo no contemplado en el contrato original. Efectivamente nada en el documento indicaba una renuncia a solicitar una contraprestación, pero tampoco indicaba que tal contraprestación existiría ni menos aún como se calcularía.

Pero el propietario de la obra sostenía que la frase significaba un reconocimiento que nivelar el terreno era parte de las obligaciones del contratista y por tanto no merecía ninguna compensación adicional.

¿Cuál de las dos interpretaciones era la correcta? Pues ninguna, si es que definimos interpretar cómo descubrir cuál es la voluntad común expresada por las partes. Era clarísimo de las pruebas actuadas y de las posiciones de las partes que nunca se pusieron de acuerdo sobre quién asumiría el costo de la nivelación. Sólo encontraron una redacción que les permitía a ambas sostener que era la otra parte. Con ello reservaban la discusión para el futuro, se la dejaban al árbitro, y con ello podían continuar con la obra y así superar la situación de suspensión que afectaba a ambas. Era un texto concientemente ambiguo, y que justamente reflejaba el acuerdo de que no estaban de acuerdo. Tan es así que durante el informe oral les pregunté a las partes qué tan representativa era la siguiente frase: "En realidad sólo se

pusieron de acuerdo de que no estaban de acuerdo". Ambas partes coincidieron en que era una buena descripción de lo "acordado".

En ese caso la interpretación no significaba descubrir una voluntad común inexistente. Era, por el contrario, resolver un punto en el que precisamente, no estaban las partes de acuerdo, sólo que ocultó en una aparente ambigüedad que no es propiamente tal.

No quiero sin embargo sugerir que la interpretación se reduce a casos tan extremos como el descrito. La interpretación sí significa, en ocasiones, descubrir una voluntad común expresada defectuosamente o de manera ambivalente. Por ejemplo, en una ocasión tuve, en otro arbitraje, que determinar si el término "*medida judicial*" incluido en un contrato significaba también medidas adoptadas por un árbitro.

También incluye supuestos en que las partes, conciente o inconscientemente, usan términos generales o abiertos porque no quieren "atarse" a términos excesivamente precisos, porque desconocen con claridad cómo deberá aplicarse el contrato cuando se presente una situación concreta. Por ejemplo, a veces en lugar de definir con precisión todas las obligaciones de un contratista, se limitan a decir que "*ejecutará sus obligaciones como lo haría un contratista experimentado*" sin haber definido qué se entendía por "*contratista experimentado*". Y sinceramente ese término puede significar muchas cosas distintas. Las partes prefieren sin embargo dejar al juzgador la definición de su sentido frente a la circunstancia concreta que surja en el futuro. Términos de ese tipo, muy comunes en los contratos, son en realidad invitaciones al juzgador para completar un contrato que no puede ser completado con precisión al momento de su celebración.

Quiero destacar, sin embargo, que las situaciones que describo en los últimos dos párrafos no difieran tanto de la primera que mencioné, pues directa o indirectamente reflejan una volun-

tad, en ocasiones muy claras y en otras imprecisas, de no ponerse de acuerdo sobre todo, o de dejar temas "librados a la imaginación" de un intérprete futuro, es decir el juez o el árbitro.

Cuando las partes usan un término como "*contratista experimentado*" en el fondo están diciendo que no se sienten en capacidad de ponerse de acuerdo en torno a todo lo que ello significa. Es cierto que buena parte del contenido del término puede estar definido por la ley o por precedentes judiciales o arbitrales. Puede ser también que el término tenga un sentido más o menos conocido en la práctica comercial. Pero incluso si eso fuera cierto, las partes renunciaron a incluir tales definiciones en el texto del contrato, porque finalmente contratar cuesta, y contratar con mayor detalle cuesta más.

Y la situación, con claros matices, tampoco es muy distinta a la falta de previsión de las partes en definir qué *medida judicial* también comprende a las medidas arbitrales. Lo más probable es que la omisión sea consecuencia de un desliz o la falta de previsión, o simplemente de haber tomado el texto de un modelo anterior incluido sin mucha reflexión. Y si bien las partes no fueron concientes de su omisión, sí son concientes de cuanto tiempo dedican a revisar y reflexionar sobre el contrato. Todos sabemos que más tiempo en la redacción y negociación deben conducir a un contrato más claro y preciso. Pero también somos concientes que más redacción y negociación tiene un costo en tiempo y abogados, es decir, en dinero. En un momento ambas partes expresan que ya no quieren seguir negociando o redactando más. Y saben que en ese momento su decisión conducirá a un nivel de perfección menor a aquel que el contrato tendría si decidieran invertir más recursos. De la misma manera como la gente que decide no hacer ejercicio es conciente que su expectativa de vida se puede reducir, las personas que deciden no seguir estudiando la redacción de su contrato son concientes que "dejar de seguir poniéndose de acuerdo" significa contratos con mayor riesgo de litigio y discrepancia futura. Hay una cierta "intencionalidad" en la imprecisión, es sólo que no es que el

efecto concreto haya sido querido (la ambigüedad) pero sí había conciencia del riesgo que se estaba asumiendo de que tal ambigüedad podría producirse. De alguna manera las partes están de acuerdo que no quieren seguir poniéndose de acuerdo.

Existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así definimos una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros. A ellos los rodeamos y complementamos con figuras afines como la analogía, la interpretación a contrario o la integración contractual y los lubricamos con principios como el de conservación del acto jurídico o el de buena fe.

Voy, para efectos de comprender el rol del árbitro en la solución de controversias, usar una clasificación más simple y general, usada por el análisis económico del derecho, y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

La primera la vamos a llamar "textualismo", castellanización del término inglés *textualism*. Como señala Cohen, si los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes. Sin embargo, la consecuencia de ello es que si las partes no llegan a tener un contrato completo, se presume, bajo el textualismo, que su carácter incompleto es no deseable. En ese contexto, el rol de las cortes o los árbitros debe ser el de desincentivar contratos incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo.¹⁰ Esta es la aproximación que suele tener una buena parte de la doctrina y de los sistemas legales.

10. Cohen, George M. "Implied Terms and Interpretation in Contract Law" pp. 82-83. En *Encyclopedia of Law & Economics*, Publicada por Edgar Elgar y University of Ghent, Editores Generales Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, <http://encyclo.findlaw.com/>

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de buena fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa.¹¹ Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En el sistema anglosajón el textualismo impacta en la existencia de principios como el llamado *parol evidence rule*¹² o la *four corners rule*¹³ que prohíben o limitan al intérprete el uso de pruebas distintas al texto del contrato para encontrar el sentido del mismo.

El textualismo trata además de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y por tanto nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede entonces ser visto como una limitación a tal autonomía al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo (castellanización del término inglés *contextua-*

11. También podría decirse que la interpretación sistemática, orientada a usar los otros términos del contrato para entender que dice un término dado, muestra una aproximación textualista atemperada, pues sigue usando el texto del contrato, pero acepta que las cláusulas no pueden interpretarse leyéndolas en su solo texto.
12. Como señala Richard Posner (Posner, Richard, "The Law and Economics of Contract Interpretation" John Olin Law & Economics Working Paper No. 229, (2D series), p. 29-30 en <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>) según la *parol evidence rule*, si las partes han redactado un contrato que se ve como completo no es posible producir o evaluar pruebas vinculadas al proceso de negociación que condujo a la celebración del mismo. Tales pruebas son inadmisibles en el juicio.
13. Como también dice Posner (op cit, pp 21-22) según esta regla las partes de un contrato que aparece claro de su simple lectura (lo que significa que una persona competente en inglés y que desconoce el contexto en el que se dio el acuerdo pensaría que el texto solo admite un significado) están impedidas de presentar pruebas sobre como debe ser interpretada extrínsecas a "las cuatro esquinas" del texto del contrato escrito.

lism). Como dice Cohen, el contextualismo parte de la premisa que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto las Cortes llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían (o querrían), usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato.¹⁴

Del contextualismo se derivan métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común.

Bajo el contextualismo las Cortes presumen que las partes contrataron bajo la expectativa que dichas Cortes llenarán los vacíos o imprecisiones de lo que han escrito usando los términos que partes racionales hubieran usado bajo condiciones de costos de transacción bajos.¹⁵

Se cuestiona que el contextualismo enfrenta un riesgo evidente, y es que la regulación de una relación contractual privada queda fuera del ámbito de control de la autonomía de las partes, sujeta a la composición por terceros que no necesariamente son los que mejor conocen el interés de los contratantes. Esta es una afirmación que debe ser matizada. Efectivamente se abre la puerta a que sea un tercero el que decida qué es mejor para las partes. Pero, por otro lado, si partimos de la idea que son las partes las que pudieran acordar que no estaban de acuerdo, lo que han acordado implícitamente, por voluntad propia, es que sea otro el que decida por ellas. Y ello porque asumen que la labor interpretativa de un tercero es más barata que los costos de negociar para ponerse de acuerdo en un texto más preciso.

La disyuntiva entre textualismo y contextualismo refleja el conflicto entre precisión e imprecisión, entre contratos perfectos

14. Cohen, op. cit., p. 83.

15. Goetz y Scott, citados por Cohen, op. cit., p. 83.

y contratos óptimos. Y ese no es otro que el conflicto entre seguridad jurídica y flexibilidad ante nuevas situaciones. En ese conflicto no hay reglas únicas. En algunos casos, en particular en los que hay situaciones fáciles de prever la seguridad (y por tanto el textualismo) parecen adecuados. Por el contrario, situaciones en que es difícil prever que va a pasar, la flexibilidad del texto contractual, y por tanto el contextualismo, parecen la mejor opción.

¿Que tienen que ver toda esta discusión sobre textualismo y contextualismo con la capacidad de los árbitros de generar decisiones predecibles? Pues tiene mucho que ver. En el mundo de los negocios y el comercio, por la dinámica de los mismos, la necesidad de transacciones rápidas y de bajos costos de transacción, es de esperar que los comerciantes necesiten que el sistema de solución de controversias sea más contextualista. Quieren flexibilidad. Pero la interpretación contextualista es más insegura porque deja mayor discrecionalidad al juzgador. Es necesario que quien va a desarrollar interpretación contextualista conozca el mundo del comercio y los negocios para, sin pegarse al texto literal del contrato, encuentre en uso de su mayor discrecionalidad una regla predecible para los comerciantes. Y en eso un árbitro lleva ventaja sobre un juez. Y los árbitros comercialmente más predecibles llevan ventajas sobre los que no lo son. En el juego repetido, el resultado será el deseado: árbitros contextualistas más predecibles.

Este resultado está muy bien explicado por Posner. La calidad y competencias del intérprete permiten aumentar o reducir los costos y beneficios de la interpretación. Como bien señala Posner¹⁶ un Poder Judicial bien capacitado y entrenado (y por tanto más costoso de implementar) reduce el costo de error y con ello mejora los beneficios de la actividad interpretativa. Ello incrementa el costo para el Estado, que tiene que contratar mejores jueces y dotarlos de recursos, pero reduce los costos a las partes de negociar todo el contrato al detalle. Sin embargo, podría

16. Posner, *op cit*, p. 16.

haber un beneficio incluso en la reducción de costos gubernamentales, porque mejores jueces hacen la interpretación más predecible, y al hacerlo reducen en número de juicios, lo que a su vez significará menos jueces en el futuro.¹⁷

El contextualismo será una buena solución en esta situación porque los jueces serán confiables para completar el contenido de los contratos. El resultado es que los costos de transacción ex ante se reducirán porque las partes no tendrán que invertir tanto en negociar y redactar el contrato. Ello generará a su vez más contratos. La actividad interpretativa se inclinará a la búsqueda de aproximaciones contextualistas, es decir, a encontrar la intención real de las partes (más allá de lo que diga el texto literal del contrato) o al uso de la regla eficiente para completar el contenido contractual.

Por el contrario, si el Poder Judicial es incompetente o corrupto, el resultado será que es poco confiable para completar el contrato, lo que conducirá a las partes a una actividad de redacción más intensa que a su vez incrementará los costos de transacción ex ante. Si los jueces son poco confiables, los costos de transacción ex post se incrementan, lo que hace recomendable el uso de reglas que limiten la ambigüedad ex ante. En ese contexto una actividad interpretativa textualista, centrada en el texto literal del contrato, parece más adecuada porque reduce la discrecionalidad del juez.

Ello explica una tendencia, al menos en el discurso, a limitar las facultades de interpretación de juez, cuando este pertenece a un sistema judicial poco capacitado o corrupto. Más de una vez un cliente me ha indicado, cuando pide que le redacte un contrato que “No requiera ir al Poder Judicial”, en el sentido que tenga tanto detalle que no genere conflictos. Pero ello incrementa el costo de negociarlo y redactarlo.

17. Como también señala Posner (op. cit., loc. cit.) mejores jueces afectan el negocio de arbitraje, porque mejores jueces hacen menos necesario contratar árbitros que suelen ser “contratados” como intérpretes calificados con experiencia en los temas objeto de controversia.

Esta explicación demuestra el uso más intenso del arbitraje para temas contractuales-comerciales. Es de esperar que el sometimiento a arbitraje lleve a que las partes se inclinen por reglas interpretativas más acordes con el contextualismo. Ello porque la elección de los intérpretes asegura una mejor calidad de los mismos, y a su vez, una mayor confiabilidad en el uso de elementos distintos al texto del contrato para la interpretación. Se reduce los costos de transacción *ex ante*, se reduce parte de los costos de transacción *ex post*, en especial los vinculados al error en la interpretación, pero eleva otros, al menos para las partes, que tienen que incurrir en los costos de pagar los honorarios arbitrales que se incrementan según se busca mejores árbitros, de la misma manera como ocurre con el gobierno si desea un mejor Poder Judicial.

Si los comerciantes necesitan contratar rápidamente y de manera predecible, un contextualismo a cargo de los árbitros es la mejor alternativa. Contratos de contenido detallado y completo, son muy costosos para la velocidad de los negocios. Pero la falta de textualismo conduce a falta de predictibilidad. El arbitraje permite conciliar bajos costos *ex ante* (menos detalle en los contratos al restringir el textualismo) y menos costos *ex post* (contextualismo más predecible). El resultado será entonces un sistema arbitral que por medio de la elección de los árbitros tratará de darle al sistema la predictibilidad que no puede tomar de un sistema textualista.

De hecho, los árbitros suelen ser elegidos precisamente por su conocimiento de los mercados en que se contrata, lo que explica además por qué no es inusual tener árbitros que no son abogados, sino personas con conocimiento de los mercados involucrados. No es extraño tener ingenieros arbitrando contratos de construcción o economistas arbitrando temas de regulación tarifaria.

Es usual además que los árbitros sean abogados en ejercicio, acostumbrados a contratar y a atender demandas de servicios de

comerciantes y empresarios. Conocen mejor el tipo de problemas que deben enfrentar sus clientes y comprenden la lógica económica de las cláusulas, y la eficiencia de ciertas salidas frente a otras, al menos mejor que jueces que usualmente se dedican sólo a resolver casos y no saben qué se encuentra “tras bambalinas” en el mundo de los contratos comerciales, es decir, en el mundo de los negocios. El contextualismo parece por tanto una mejor opción en el mundo del arbitraje.

Ello además es consistente con la existencia del llamado arbitraje de conciencia en el que los árbitros resuelven según sus conocimientos y su leal saber y entender.¹⁸ Los conocimientos del árbitro y su leal saber y entender son elementos ajenos al texto del contrato y suelen reflejar aspectos técnicos o económicos del mercado en el que el contrato objeto de controversia está incluido. Un árbitro de conciencia, en contraposición a un árbitro de derecho, es un intérprete invitado a ser más contextual, y menos textual, al revisar no solo el contrato sino incluso la misma Ley, en base a aspectos ajenos al texto escrito.

Si ello es lo que necesitan los comerciantes, entonces en el juego repetido de elección de árbitros, los que conocen el mundo de los negocios (y que es para los comerciantes lo más predecible que pueden encontrar) tendrán ventajas competitivas. Los jueces, ajenos a ese mundo de los negocios, terminarán tomando decisiones “*random*” es decir al azar, sin ningún criterio lógico predecible por parte de los comerciantes. Ello explica porque las reglas de interpretación de los contratos serán más predecibles bajo el arbitraje.

18. Ver por ejemplo la Ley General de Arbitraje Peruana:
“Artículo 3°.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.
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.
Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.
Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.”

Todo esto significa que es de esperar que en contratos con cláusulas arbitrales, tal como sugiere Posner,¹⁹ el detalle y precisión del contrato (y por tanto los costos de transacción ex ante, derivados de la negociación del mismo) sean menores a los que se tendrían en un contrato cuyos conflictos interpretativos van a ser resueltos por un juez ordinario. Y significa también que debe entenderse al árbitro como un intérprete "más liberal" que un juez en relación al texto estricto del contrato. Pero más liberal no quiere decir menos predecible. Finalmente, para un comerciante las reglas de los usos y costumbres comerciales son más conocidas, familiares y predecibles que el texto frío y seco de la Ley, que finalmente no le dice nada.

Lo explicado en relación del arbitraje también se refleja en otra situación relativamente común, y tiene que ver con el llamado "adelanto de opinión". En lo judicial se considera una seria infracción del juez adelantar opinión sobre lo que va a resolver. Pero en el arbitraje es común que los árbitros "adelanten opinión" sutilmente sobre el tema sujeto a su decisión. No es extraño además el dictado de laudos parciales o simplemente de instrucciones o actuaciones orientadas a motivar acuerdos entre las partes. Ello es especialmente interesante en un contrato que invita a ser contextual. No es extraño que los árbitros adelanten criterios o parámetros de su decisión y dejen luego un espacio para que las partes se pongan de acuerdo. Hace poco, en un arbitraje en el que actuaba como abogado, surgieron una serie de asuntos probatorios. El Tribunal, en lugar de resolver cada una de las tachas, oposiciones y discrepancias (que eran cientos) simplemente anunció los considerandos generales de su decisión, es decir, los criterios que usaría, y dejó que las partes se pusieran de acuerdo sobre qué pruebas quedaban y cuáles no. La controversia se redujo sustancialmente a unos pocos documentos.

La lógica de interpretación que estamos analizando parece sugerir el uso de la misma técnica. El árbitro podría adelantar en

19. Posner, *op cit*, p. 18.

un laudo parcial los criterios que va a usar y de ahí dejar que las partes se pongan de acuerdo. Luego sólo resolvería lo que no pudieron acordar. Esta es una técnica usualmente aplicada por conciliadores, pero que perfectamente podría ser usada por árbitros. Pero para ello hay que desaparecer el temor al adelanto de opinión. Finalmente, ya los árbitros están decidiendo, es solo que están decidiendo por partes y no de un solo golpe.

Lo que la técnica referida significa es que en una situación que invita al textualismo, surgido el conflicto hay más información sobre como debió haberse pactado, porque ya se conoce el problema.²⁰ Definir algunos criterios ayuda a que las partes hagan lo que no pudieron hacer antes porque los costos de transacción no lo permitían. La actividad de los árbitros es reducir los incentivos de conducta estratégica que se generan durante el litigio.

Todo este razonamiento nos conduce a tomar conciencia de algo bastante obvio: lo que ocurre en el mundo del arbitraje es que este tiene ventajas competitivas, incluso en términos de predictibilidad, en un mundo donde son los usos y costumbres comerciales, antes que la Ley escrita, lo que las partes desean que se aplique. Un sistema excesivamente legalista más que predictibilidad genera rigidez. Y los comerciantes necesitan una "flexibilidad predecible". Un mundo que confía en una Corte Judicial que unifique todos los criterios genera una predictibilidad rígida, como la de un cementerio, en el que el orden de las lápidas se deriva justamente de la falta de movimiento. Los negocios necesitan un orden en movimiento y por tanto requiere que ese orden tenga capacidad de respuesta al día a día. Ello significa leyes, contratos y juzgadores más flexibles. Pero a su vez no quiere un caos anárquico en el que no hay reglas. La competencia entre árbitros asegura un mejor resultado que el monopolio estatal, para lograr ese fin.

20. Regresando al ejemplo antes citado del acuerdo de que el honorario se devengaría cuando se llegue a un acuerdo con los principales acreedores, hoy ya se sabe a que acuerdo se arribó y con quién. Anunciar los criterios generales puede conducir a que las partes se pongan de acuerdo sobre los detalles.

6. ¿Y QUÉ DICE LA HISTORIA SOBRE LA PREDICTIBILIDAD DEL ARBITRAJE?

Hasta aquí todo lo dicho parece una simple, especulación teórica y conceptual. ¿Pero que dice la historia? ¿Es efectivamente el arbitraje el creador de reglas más predecibles para los comerciantes?

La historia ha sido categórica: el cuerpo comercial de reglas más predecibles y universal es la *lex mercatoria*, ese cuerpo de reglas y normas comerciales que no han sido creadas por ningún legislador ni por ningún juez. La *lex mercatoria* fue y es creada todos los días por los comerciantes, pero el instrumento por medio del cual estas reglas se ordenaron y aplicaron es el arbitraje.

De hecho los últimos siglos nos muestran una intensa tensión entre los sistemas procesales ordinarios (judiciales) y el arbitraje, en una secuencia más o menos predecible: la *lex mercatoria*, aplicada por los árbitros, se torna en un paradigma más adecuado y predecible. Entonces los legisladores tratan de “expropiarla” mediante leyes y códigos de comercio, y los jueces tratan de “expropiarla” mediante la aplicación por las cortes ordinarias de los propios principios de la *lex mercatoria*, solo que sin cobrar el costo de un Tribunal Arbitral porque se recibe un subsidio estatal. Pero en su actividad no pueden desprenderse de la rigidez que les es consustancial y continuamente pierden frente a las ventajas competitivas del arbitraje. Entonces intentan mediatizar esas ventajas atacando la base misma del arbitraje y tratando de procesalizarlo, en una suerte de competencia desleal, por medio de leyes, normas y decisiones judiciales que “contaminan” el arbitraje con elementos que le son ajenos.

Así, en el “hábitat” de las relaciones comerciales el arbitraje supera con creces al Derecho Procesal común. De hecho, el arbitraje como lo conocemos hoy (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los

procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La cámara designaba a otros comerciantes (no a un abogado) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, se resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados, con nuestros complicados lenguajes, “latinazgos” y exabruptos, no teníamos “vela en el entierro”. No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes (y buena parte de la doctrina) asumen, de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido “abonado” con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retórico derecho procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. Y haría lo mismo en otras áreas si la Ley liberara su fuerza competitiva. Hoy en el Perú, es difícil imaginar conflictos de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje.

Pero los “dinosaurios” procesales se resisten a perder vigencia, y a falta de habilidades competitivas propias para capturar las preferencias de los comerciantes, recurren a la Ley para protegerse. Entonces pretenden que las Leyes fuercen a que el proceso civil entre a debilitar el arbitraje y reforzar la oportunidad de supervivencia de lo procesal en el campo comercial.

Como bien relata Benson, cuando en los años 20 en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el

arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el lobby de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio. Según la estadística, la representación con abogados frente a los Tribunales arbitrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947.²¹ El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* (282 U.S. 30 (1930)) en el que se declaró como boicot, y por tanto contrario a las normas de libre competencia, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo.²²

El ejemplo muestra el punto: cuando los abogados procesalistas o mejor dicho “procesaloides” (muchas veces disfrazados de “expertos” con “vocación” arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.²³

Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se ampara en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una “función nomo-

21. Benson, Bruce. “Arbitration” en *Encyclopedia of Law and Economics*. <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>, p. 169.

22. *Ibid.*, p. 170.

23. Un buen ejemplo es un artículo recientemente publicado en *Legal Express* (Matheus Lopez, Carlos Alberto. “Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje” *Legal Express* No. 67, Año 6, Julio 2006. p. 15). Su perspectiva parte de una concepción “procesaloide” del arbitraje y por tanto de ignorar su verdadera naturaleza y ventajas. Es fruto, sin duda, de “impericia” arbitral.

filáctica” que en el arbitraje no es necesario porque como vimos, la naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol.

Y además partes de la errada concepción de visualizar al arbitraje como un satélite del sistema judicial, como un “desprendimiento” de la jurisdicción ordinaria, gracias a la “generosa autorización” dada por la Ley para que las personas puedan arbitrar.

Pero las formas de justicia originarias no aparecen con el monopolio estatal. Por el contrario son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos.²⁴

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra precisamente como un ejemplo de justicia privada:

“Aunque el Derecho consuetudinario anglo-sajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, *lex mercatoria* o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronterizas, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales.”²⁵

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de generación de reglas, superando a la Ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que a su vez se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho.

24. Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisar Bruce L Benson *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000.

25. Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000 p. 43.

¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él los comerciantes:

“...participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones nacen de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no solo en teoría, sino también en la práctica.

Esté análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal”²⁶

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el intercambio, es el mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Y explica también porque el arbitraje genera reglas predecible. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. Ello conduce a que prefiera identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando a su vez confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo incluso a que la *lex mercatoria* compitiera con éxito contra la Ley estatal.

26. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1964, p. 24.

Como dice Benson:

“El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto”²⁷

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso como un sistema de solución de controversias que se basa en la constitución de Tribunales diferentes para cada caso puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios que supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones que cumplan una función nomofiláctica.

Así la explicación del carácter predecible de la *lex mercatoria* es el mismo fenómeno que explica el carácter predecible de las reglas arbitrales. La *lex mercatoria* es predecible a pesar que es creada por un sistema descentralizado privado. El arbitraje genera predictibilidad a pesar que es creado por un sistema descentralizado privado. Y no sólo eso. El arbitraje tiende a que los árbitros más predecibles sean los que más arbitran. Bajo esta idea es totalmente predecible que el arbitraje será predecible. Es el juego repetido y el esfuerzo de los árbitros por ser elegidos más veces, lo que explica este fenómeno.

27. Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000, p. 45, citando a Trakman, *The Law Merchand*, p. 24.

Ello también explica una tendencia a que el mercado de árbitros de parte (es decir designados por una de las partes) pueda ser ligeramente (pero no tan) distinto al mercado de presidentes de Tribunales Arbitrales. En principio la elección del árbitro de parte puede estar motivada por conseguir ganar. En ese contexto nombraré quizás un "árbitro encamisado" (es decir que tenga puesta la "camiseta" de mi posición). Pero de encontrarse con otro árbitro de parte que busca lo mismo, es difícil que el presidente sea parcializado. Sin embargo, árbitros de parte demasiado favorables a la parte que los designó pueden quedar muy lejos de la posición del árbitro imparcial y con ello tornarse en irrelevantes. Por ello no es buena idea escoger como árbitro de parte un árbitro parcializado, porque si el presidente es neutral, simplemente no oír al que muestra un claro favoritismo y no se sentirá persuadido por lo que le diga. El resultado será en general la búsqueda de árbitros más predecibles, incluso para árbitros de parte.

En síntesis, no es de sorprender que con la ventaja competitiva del arbitraje para la solución de conflictos comerciales, este derrotando con gran ventaja a los sistemas ordinarios de administración de justicia. De hecho las estadísticas demuestran que en países como Estados Unidos, al menos el 75% de los litigios comerciales se resuelven a través de arbitrajes o mediación privados, con dictámenes basados en la costumbre y práctica de los negocios (Derecho Mercantil consuetudinario).²⁸ Si bien en el Perú no hay estadísticas confiables, el crecimiento y desarrollo del arbitraje es exponencial y se ha vuelto la primera forma de solución de controversias patrimoniales importantes derivados de contratos mercantiles. Y no cabe duda que éstos avances se deben, entre otras cosas, al hecho que las partes sienten un resultado menos sorpresivo en un arbitraje que en un proceso judicial. Si eso no es predictibilidad, entonces es difícil entender que puede serlo.

28. Auerbach, Jerold S., *Justice Without Law*. New York. Oxford University Press, 1983. p. 113.

7. CONCLUSIÓN

La justicia es un tema sensible e importante. Bajo tal argumento solemos sostener que debemos alejarla del mercado, porque el dinero y los actos comerciales no son buenas formas de generarlos. Por ello preferimos un sistema más político o estatal, y usamos impuestos para generar un sistema que creemos mejor y que esperamos sea más justo y predecible.

El pan también es importante. Quizás más importante que la justicia. Y hoy confiamos en el mercado como el mejor sistema para producirlo. A veces creemos que el uso de mecanismo de mercado “ensucia las cosas” cuando en realidad las limpia y hace más transparentes y eficientes.

La creencia de la superioridad de la justicia pública por sobre la justicia privada parte del error que apuntaba el Premio Nóbel de Economía James Buchanan, de visualizar la política o lo estatal como algo romántico²⁹. Lo cierto es que la justicia estatal es una de las cosas menos “románticas” imaginables. La hipócrita representación de la Justicia como la diosa griega vendada, con una balanza en la mano y una espada en la otra, actuando desinteresadamente para tratar con igualdad a las partes, es una de las metáforas más desacopladas de la realidad que uno puede imaginar. Esa “diosa” difícilmente actúa guiada por un espíritu romántico de conseguir resultados buenos.

La posición a favor del arbitraje es mucho más sincera. Asume que los que van a actuar como “jueces” tienen intereses privados. No necesariamente son unos “románticos” Quieren ganar dinero y es legítimo que lo hagan si cumplen las reglas. La diferencia es que en el arbitraje su estructura contractual alinea los intereses para conseguir un resultado justo para las partes, y nos regala, de paso, un resultado justo para la sociedad. En la

29. Para una explicación más detallada de esta idea revisar Buchanan, James M. “Politics Without Romance” en *Collected Works of James Buchanan*, Vo. 1, Liberty Fund, Inc., 1999, pp. 45-59.

Alfredo Bullard G.

justicia ordinaria ello no ocurre, porque al confiar en el romanticismo de los jueces, presente en un número reducido y destacable de individuos excepcionales (los buenos jueces), nos entrega también a individuos privados que carecen de los incentivos para hacer lo correcto. Por ello ni resuelven bien el conflicto entre las partes, ni generan reglas que beneficien a la sociedad en su conjunto. Bajo tales premisas parece mejor comprar justicia, que regalarla.