

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



Título

El debido proceso judicial y las variaciones generadas en el control judicial de anulación de laudo bajo una lectura jurisprudencial (período 2009-2018)

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

AUTOR

Gino Elvio Rivas Caso

ASESOR

Mario Luis Reggiardo Saavedra

Julio, 2020

RESUMEN

La tesis se propone estudiar el impacto del debido proceso *judicial* en el arbitraje mediante la lectura y evaluación de la jurisprudencia sobre anulación del laudo. El debido proceso no resulta el mismo para un proceso judicial que para un arbitraje, de ahí que sea importante determinar si existen elementos del debido proceso judicial que hubiesen sido insertados en el arbitraje. La aplicación desmedida del debido proceso judicial al arbitraje podría derivar en la inoperatividad de esta institución. El trabajo encuentra que el debido proceso judicial no ha tenido una repercusión significativa y extendida en el ámbito arbitral. La única excepción material radica en el tema del derecho a la debida motivación del laudo, al que se le aplica el estándar de la motivación de las sentencias judiciales. Fuera de ello, la tesis concluye que otras afectaciones al debido proceso no tienen preponderancia como vicios invocados a nivel judicial pues usualmente estas son subsanadas dentro del procedimiento arbitral (lo que no es viable cuando el vicio consiste en un problema en la motivación). En suma, es razonable sostener que los jueces han aplicado una noción correcta del debido proceso en el arbitraje, sin desnaturalizar la esencia y estructura de esta institución.



Índice

Introducción	8
Capítulo I – Proceso de anulación de laudo	11
1. Presupuestos necesarios	11
1.1. Arbitraje	11
1.2. Laudo arbitral	13
1.2.1. Definición	13
1.2.2. Estructura	14
1.2.2.1. Decisión	14
1.2.2.2. Motivación	16
1.2.3. Pedidos sobre el laudo	17
2. Noción y diseño legislativo del proceso de anulación	17
2.1. Opciones legislativas	17
2.1.1. Exclusión del proceso	18
2.1.2. Existencia imperativa del proceso	20
2.1.3. Regulación convencional del proceso	21
2.2. Marco normativo en Perú	24
3. Naturaleza procesal de la figura	25
3.1. Marco conceptual: proceso, demanda y medio impugnatorio	25
3.2. Lectura histórica y comparada del término normativo “recurso” de anulación	27
3.3. Análisis crítico de la naturaleza procesal	29
4. Estructura procesal	33
4.1. Diseño del proceso	33
4.1.1. Competencia judicial	34
4.1.2. Esquema de instancias	34
4.2. Partes del proceso	37
4.2.1. Legitimidad para obrar de terceros	37
4.2.2. Legitimidad para obrar de los árbitros	39
4.3. Procedencia de la demanda	45
4.3.1. Objeto de impugnación	45
4.3.2. Plazo	46
4.3.2.1. Lógica del plazo	46
4.3.2.2. Naturaleza	47
4.3.2.3. Inicio del cómputo	48
4.3.2.4. Caso especial: laudos parciales	49
4.3.3. Objeción oportuna (reclamo expreso previo)	52
4.3.3.1. Noción, fuentes y alcance	52
4.3.3.2. Naturaleza	54
4.3.3.3. Contenido	58
4.4. Pruebas	60
Capítulo II – Aspectos teóricos del debido proceso arbitral	62

1.	Concepción del debido proceso arbitral	62
1.1.	Conceptos base	62
1.1.1.	Concepto base: justicia procedimental	63
1.1.2.	Debido proceso – perspectiva general	63
1.1.2.1.	Definición	63
1.1.2.2.	Extensión	64
1.2.	Presupuestos	66
1.2.1.	Ley procedimental del arbitraje	66
1.2.2.	Procedimiento arbitral	67
1.3.	Cuestiones nominales y metodológicas	68
1.3.1.	Nominación y construcción de la justicia procedimental en el arbitraje	68
1.3.2.	El caso peruano	71
1.3.2.1.	El método escogido	71
1.3.2.2.	El nombre: debido proceso <i>arbitral</i>	73
1.4.	Delimitación de la noción	74
1.4.1.	Definición, naturaleza y fundamentos	74
1.4.2.	Disgregación	75
1.4.2.1.	Orden público procesal transnacional	76
1.4.2.2.	Debido proceso arbitral	77
2.	Contenido – Principios generales	77
2.1.	Igualdad	78
2.1.1.	Definición general y fuentes	78
2.1.2.	Estructura y contenido	80
2.1.3.	Límite	81
2.2.	Imparcialidad e independencia	82
2.2.1.	Definición general y fuentes	82
2.2.2.	Estructura y contenido	83
2.2.2.1.	Imparcialidad del árbitro	83
2.2.2.2.	Independencia del árbitro	86
2.2.2.3.	Extensión a otros sujetos	89
2.2.3.	Afectación	90
2.2.3.1.	Afectación a la imparcialidad	90
2.2.3.2.	Afectación a la independencia	90
2.3.	Debida notificación del caso	91
2.3.1.	Definición general y fuentes	91
2.3.2.	Estructura y contenido	92
2.3.3.	Límite	95
2.4.	Oportunidad razonable para presentar una posición	96
2.4.1.	Definición general y fuentes	96
2.4.2.	Estructura y contenido	97
2.4.2.1.	Acción	97
2.4.2.2.	Alegación y defensa	101
2.4.2.3.	Prueba	106
3.	Estructura (irradiación)	114

Capítulo III – Impacto del debido proceso judicial en el arbitraje peruano	116
1. Panorama estadístico del proceso de anulación de laudo	117
2. Variación en el marco procesal de la anulación de laudo: el reclamo expreso previo	119
2.1. La posición jurisprudencial	119
2.1.1. Posición minoritaria (superada)	120
2.1.2. Posición mayoritaria (vigente)	122
2.2. Análisis crítico a la posición jurisprudencial	126
2.3. El rol del debido proceso judicial en la variación	131
3. Variaciones en el debido proceso arbitral local	132
3.1. Perspectiva general: la imposición del debido proceso judicial	132
3.2. Variaciones concretas	134
3.2.1. La motivación	134
3.2.1.1. Presupuestos necesarios	134
3.2.1.2. El control judicial bajo la LAP	136
3.2.1.3. Las variaciones jurisprudenciales	140
3.2.2. Otras variaciones	149
3.2.2.1. El principio de inmediación	149
3.2.2.2. El principio de congruencia (decisiones <i>infra petita</i>)	154
4. Balance	158
4.1. El debido proceso arbitral para las cortes locales	159
4.1.1. Naturaleza localizada del fenómeno de judicialización	159
4.1.2. Proyecciones a futuro y balance final	161
4.2. Las consecuencias en la práctica arbitral	162
4.2.1. Las consecuencias en la motivación de los laudos	162
4.2.2. Las consecuencias en otros aspectos del debido proceso	163
5. Colofón	165
Conclusiones	167
Bibliografía	171

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAA:	<i>American Arbitration Association</i>
Convención de Nueva York:	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
Directrices IBA	Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014)
FAA:	<i>Federal Arbitration Act</i> (Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos).
ICC:	Cámara de Comercio Internacional.
ICSID:	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
LAP:	Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.
LGA:	Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.
LCE:	Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
LCIA:	The London Court of International Arbitration (LCIA).
LMU:	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas realizadas el 2006).
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial.
OSCE:	Organismo Supervisor de la Ley de Contrataciones del Estado.
RLCE:	Reglamento de la Ley N° 30225, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
Reglas IBA:	Reglas de la IBA (<i>International Bar Association</i>) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional
Reglas ICC:	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, modificado en 2017.
Reglas CCL:	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de 2017.
Reglas UNCITRAL:	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).
SC:	Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.
SSC1:	Sentencia de la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.
SSC2:	Sentencia de la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC:	Tribunal Constitucional.
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
ZPO:	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código Procesal Civil de Alemania).

«[Y] por desgracia, hay que teorizar antes de actuar».
Carlos Fuentes



INTRODUCCIÓN

En el Perú, el arbitraje ha tenido una sólida recepción como medio alternativo de solución de ciertas controversias.¹ De manera concreta, las controversias comerciales de singular magnitud y la contratación pública constituyen sectores en los que el arbitraje juega un rol preponderante.

Al igual que cualquier otra institución, el arbitraje está sujeto a control judicial.² Por definición, este control judicial se encauza a través de la *anulación* del laudo. A nivel global, la anulación de laudo es una figura común, establecida en virtualmente todas las leyes nacionales de arbitraje (Van den Berg, 1993, p. 135).

Ahora bien, en Latinoamérica, el tratamiento del arbitraje se ha visto influenciado por la dedicación del derecho constitucional hacia el arbitraje. Para dicha rama, entender y catalogar al arbitraje ha sido un desafío. El impacto normativo de dichos estudios puede calificarse como la constitucionalización del arbitraje (de Jesús, 2008).

En el plano local, destaca la elevación del arbitraje a la categoría de jurisdicción. Ello derivó en una *equiparación*, a nivel formal, entre proceso judicial y arbitraje. El procedimiento, para ambos mecanismos, debe seguir las mismas reglas. Y es que el arbitraje, “en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuado de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (STC N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

No se discute que el arbitraje debe cumplir ciertos requerimientos básicos de justicia procedimental (Born, 2014, p. 3226), y que por tanto exista un “debido proceso” dentro del mismo. Sin embargo, el concepto de debido proceso aplicable al arbitraje no puede ser idéntico al del debido proceso *judicial*, aquel que se maneja para procesos ante las cortes locales. Por ejemplo: el derecho a la pluralidad de instancias, parte del debido proceso ante juzgados, es inaplicable al arbitraje.

En esa línea, la extrapolación del debido proceso judicial al arbitraje podría generar distorsiones. Así, el control judicial por la vía de anulación del laudo puede incluir elementos que desnaturalizan el esquema teórico del arbitraje.

En el Perú, las disposiciones normativas no son la fuente de la distorsión —o al menos no son su principal responsable—. La Ley de Arbitraje peruana (“LAP”) tiene una

¹ El arbitraje, a diferencia de otros medios alternativos de solución, no cuenta con la misma idoneidad para toda clase de controversias. Así, y solo como ejemplo, por los costos monetarios que involucra, puede considerarse como menos atractivo que la vía judicial para disputas de baja cuantía. Sobre ello, el éxito de su implementación no debería evaluarse según la dimensión de su participación en el universo posible de disputas.

² El artículo 142 de la Constitución reconoce dos excepciones a esto: las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y las del Consejo Nacional de la Magistratura (hoy Junta Nacional de Justicia) sobre evaluación y ratificación de jueces.

redacción bastante acertada, y de ella no se desprende apertura alguna para la aplicación del debido proceso judicial al arbitraje.

Luego, habría que analizar la jurisprudencia. Verificar si los jueces han establecido consignas provenientes del debido proceso judicial que alteran la esencia y caracteres del arbitraje.

Precisamente, este trabajo parte de una lectura completa e integral de la jurisprudencia de las Salas Comerciales de la Corte Superior de Lima en el período 2009-2018 para ubicar las variaciones y calibrar su dimensión. El análisis completo de la jurisprudencia ha permitido identificar *posibles* variaciones en i) el uso proporcional de los fundamentos de anulación de laudo; ii) el marco procesal de la anulación de laudo; y iii) el alcance de las causales enlazadas al debido proceso.

- i) El fundamento más empleado para requerir la anulación del laudo es la afectación al debido proceso, que se utiliza en más del 60% de demandas de anulación del laudo. De forma concreta, se alega una afectación al derecho a la motivación del laudo, el que en realidad forma parte del debido proceso *judicial*.

Pese a que el artículo 62.2 de la LAP prohíbe expresamente a los jueces calificar los “criterios, motivaciones o interpretaciones” de los árbitros, la jurisprudencia del período analizado ha establecido de manera unánime que la judicatura puede evaluar la motivación del laudo.

- ii) El marco procesal de la anulación del laudo ha sufrido una variación en cuanto al alcance del reclamo expreso previo. Este es un requisito de *procedencia* para las causales del artículo 63.1, literales a), b), c), d) y g). Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que, por regla general, si se pide la anulación del laudo por afectación al debido proceso en su vertiente de motivación —que se encauza bajo las causales b) o c)—, el reclamo expreso previo ya no es necesario.
- iii) El ámbito de aplicación de las causales de anulación de laudo sobre debido proceso se ha visto distorsionado. Aquí, el principal fenómeno es el reconocimiento jurisprudencial del cuestionamiento a la motivación como causal de anulación de laudo. Se aplica la noción de la debida motivación *judicial*; numerosa jurisprudencia se remite a la Sentencia 728-2008-PHC/TC, que establece los supuestos que constituyen vicios a la debida motivación en el ámbito judicial, el artículo 122.3 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecen la obligación de motivar para los jueces.

Sin embargo, existen algunos otros fenómenos, de menor frecuencia, también generados por la inserción del debido proceso judicial al arbitraje. Así, la jurisprudencia habla de congruencia *infra petita* y de principio de inmediación como parte del proceso arbitral.

En función a lo expuesto, este trabajo se divide en tres capítulos. El primer capítulo desarrolla el marco teórico sobre el cual se desenvuelve la investigación: el proceso judicial de anulación del laudo en sus aspectos procesales. Sobre ello, el segundo capítulo aborda la noción del debido proceso en el arbitraje: el debido proceso arbitral. Este es un concepto singular, que se diferencia del debido proceso aplicable en el ámbito judicial.

El tercer capítulo aborda el núcleo de la investigación: la inserción del debido proceso judicial al control del arbitraje en vía de anulación de laudo. La investigación trabaja sobre la jurisprudencia de anulación de laudos para determinar las consecuencias de dicho fenómeno, *en su real dimensión*.

La revisión completa de la jurisprudencia nos permite sostener dos ideas centrales. Primero, existe una distorsión material, tanto en extensión como en intensidad, generada por la imposición del debido proceso judicial al arbitraje. Segundo, pese a ello, en esencia tal distorsión es *localizada*. La misma se concentra en la importación de la motivación judicial al arbitraje; las repercusiones restantes son de menor intensidad y no constituyen criterios jurisprudenciales unánimes.

Finalmente, y también en el tercer capítulo, la investigación hace un balance de la actuación de los jueces en el control del arbitraje por la vía de anulación del laudo. Al respecto, es llamativo que la mayoría de alegaciones de afectación al debido proceso se centre en cuestiones de motivación. Es decir, son pocos los casos en los que las partes alegan una transgresión a otros aspectos del derecho de defensa. Esto devela, como se desarrollará en su momento, que los árbitros manejan la noción del derecho de defensa y saben cuán importante es de cara a preservar la validez del laudo.

Por todo lo expuesto, es razonable sostener que, fuera del tema de la debida motivación, en líneas generales la judicatura le asigna al arbitraje un trato correcto.

CAPÍTULO I

PROCESO DE ANULACIÓN DE LAUDO

Una investigación dirigida a evaluar las variaciones generadas por el debido proceso judicial en el control del arbitraje realizado a través de la anulación del laudo requiere, para su efectivo desarrollo, manejar tres conceptos necesarios: arbitraje, proceso judicial de anulación de laudo y debido proceso.

Este capítulo se centrará en el proceso judicial de anulación de laudo. Así, se hará un desarrollo de los siguientes aspectos: (a) presupuestos necesarios —esto es, el arbitraje y el laudo—; (b) noción y diseño legislativo del proceso de anulación; (c) la naturaleza del proceso de anulación; y (d) estructura procesal de la institución.

1. Presupuestos necesarios

Para estudiar la anulación del laudo, es necesario manejar tres temas como presupuestos básicos: el arbitraje, el laudo y el esquema de control judicial del arbitraje.

1.1. Arbitraje

El arbitraje constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Para definirlo de forma precisa, podemos trabajar sobre los siguientes puntos: (a) los conflictos que pueden ser arbitrados; (b) la caracterización del arbitraje; y (c) los aspectos centrales del mismo.

En cuanto a (a) los conflictos que pueden ser objeto de arbitraje, es necesario tener una determinación de aquello para lo que el arbitraje sirve. Y es que el arbitraje es un *instrumento* para una tarea específica: resolver conflictos.

La noción de conflicto es, por sí misma, bastante amplia. Por ello, resulta necesario acotarla en relación al arbitraje, porque este no resuelve ni se enlaza a toda clase de conflictos.

Primero, los conflictos abordados son los *interpersonales*. Esto es, conflictos en los que dos partes confluyen en cuanto a intereses que son o se perciben antagónicos (Carnelutti, 1944, p. 17).

En segundo lugar, estos conflictos interpersonales deben tener *trascendencia jurídica*, de ahí que controversias de otro tipo como las científicas o las religiosas quedan fuera (Alcalá-Zamora, 2000, p. 17). Las disputas de trascendencia jurídica pueden involucrar problemas de hechos y/o problemas de normas (MacCormick, 1994). Luego, un conflicto de trascendencia jurídica podría ser incluso uno en el que las partes no cuestionen las disposiciones normativas involucradas, sino solo la manera en que sucedieron los hechos; el arbitraje procede también sobre estos casos (González de Cossío, 2008, p. 520).

En tercer lugar, los conflictos deben versar sobre *materia disponible*. El arbitraje es un mecanismo cuyo alcance está restringido por los ordenamientos nacionales (Born, 2014, p. 944). En el Perú, el artículo 2 de la LAP establece que las materias arbitrables son principalmente (i) aquellas de libre disposición y (ii) otras establecidas en la ley, o en tratados o acuerdos internacionales. Tales categorías son generales; y es en la práctica imposible delimitar una lista de materias específicas arbitrables (Cantuarias y Aramburú, 1994, pp. 189-190).

Por lo tanto, el arbitraje se enlaza a conflictos entre dos partes de trascendencia jurídica que versan sobre materia disponible.

Sobre (b) la caracterización del arbitraje, esta se puede dar desde la Teoría del Conflicto y desde el Derecho Procesal.

Desde la Teoría del Conflicto, los conflictos pueden ser tratados de manera adversarial o cooperativa (Cavalli y Quinteros, 2010, p. 37). El enfoque adversarial se refiere a una confrontación entre las posiciones, que termina en la prevalencia de una por sobre la otra. A su vez, el enfoque cooperativo pasa por buscar un consenso en cuanto al tratamiento del conflicto.

Al respecto, puede considerarse que el arbitraje tiene una naturaleza “híbrida” (La Rosa y Rivas, 2018, p. 116). Por un lado, es cooperativo porque el arbitraje requiere de una decisión de las partes de llevar el caso a arbitraje. Dicha decisión constituye un acuerdo relacionado al conflicto; un acuerdo en cuanto a la forma en que el conflicto será resuelto. Por otro lado, el arbitraje es también adversarial en tanto que, luego del acuerdo de arbitrar, el arbitraje pasa a ser un procedimiento de confrontación. Las partes presentan y confrontan sus posiciones, en la búsqueda de que los árbitros elijan una por sobre la otra.

Desde el Derecho Procesal, los mecanismos de solución de controversias se clasifican bajo tres categorías distintas: la autotutela, la autocomposición, y la heterocomposición. Esta última es aquella en la que la solución es provista por un tercero ajeno a la controversia. Es decir, hay presencia de un tercero, y este tercero es el que *impone* la respuesta ante la disputa (Vado, 2006, p. 375).

El arbitraje es un mecanismo de heterocomposición; más aun, se trata de un supuesto de heterocomposición privada (Reggiardo, 2000, p. 242). En este, la solución es vinculante para las partes y es establecida por terceros (privados), terceros cuya designación queda a cargo de aquellas.

En cuanto a (c) los aspectos centrales del arbitraje, para Jarroson (1987) son tres los factores centrales que componen el arbitraje: la presencia de árbitros; de una controversia de trascendencia jurídica; y de un laudo obligatorio para las partes. Sobre ello, consideramos conveniente hacer expreso un elemento más —que está implícito en la noción de Jarroson—: el acuerdo de arbitrar. Luego, tendríamos los siguientes factores:

- (i) La controversia. Esta ya fue desarrollada previamente. Se trata, recordemos, de una controversia con trascendencia jurídica, sea que verse sobre hechos y/o sobre derecho.
- (ii) El acuerdo de arbitrar. Las partes deciden *someter* la controversia a arbitraje. El arbitraje se legitima en el acuerdo para emplear dicho mecanismo.
- (iii) El árbitro. El arbitraje, como expusimos, es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias. En tanto heterocompositivo, involucra terceros; quienes son, precisamente, los árbitros. Estos están a cargo de establecer la solución para la controversia.
- (iv) El laudo. Este constituye la decisión final de los árbitros sobre la disputa, vinculante para las partes. Esto es indispensable porque de lo contrario se estaría frente a una opinión de valor referencial, y entonces el mismo no pondría fin a la controversia.

En síntesis, el arbitraje constituye un mecanismo de solución de controversias de relevancia jurídica y sobre materia disponible. En esta, las partes acuerdan someter la disputa a árbitros, quienes resuelven la controversia mediante un laudo que es de obligatorio cumplimiento para las partes.

1.2. Laudo arbitral

1.2.1. Definición

Bajo el marco normativo peruano, el laudo arbitral puede definirse como una decisión (i) sobre la controversia material o sobre la competencia arbitral; (ii) final; y (iii) de obligatorio cumplimiento.

El laudo es una decisión (i) sobre la controversia material o sobre la competencia del tribunal arbitral.³ En cuanto al primer tema, es común que el laudo arbitral resuelva la controversia sustantiva presentada por las partes. Así, tanto en instrumentos internacionales como en las normas nacionales un aspecto común del laudo es que resuelve un problema sustantivo, no un aspecto procedimental (Born, 2014, p. 2923). En el marco normativo local, el artículo 6 de la LAP define al laudo como aquel instrumento que resuelve la controversia (“[...] laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia”).

Sin perjuicio de ello, laudo también es la decisión arbitral sobre su competencia. Es decir, el laudo puede no pronunciarse sobre la controversia material en sí. Esto es conocido como un laudo de jurisdicción (*award on jurisdiction*).⁴ Sea que la decisión

³ Vale notar que el laudo no es el único pronunciamiento que puede existir sobre el fondo de la controversia. Las decisiones sobre medidas cautelares también se pronuncian sobre el fondo y podrían no calificar como laudos.

⁴ En estricto, bajo el derecho procesal de la tradición de derecho civil, la jurisdicción y la competencia no son conceptos idénticos. Jurisdicción se refiere a la potestad de administrar justicia, mientras que la competencia se refiere al ámbito específico en el que el juzgador puede ejercer la mencionada potestad (Priori, 2004, p. 38).

sobre competencia sea afirmativa o negativa, esta debe ser tratada como laudo (Born, 2014, p. 3019).

El laudo es una decisión (ii) final. La decisión sobre el fondo contenida en un laudo no puede ser sometida a nueva discusión, sea ante la judicatura, ante los árbitros o ante cualquier otro órgano o persona. Así, “in arbitral regimes that provide for internal institutional review or appeal to a second-tier tribunal, the initial decision is not necessarily an award” [en regímenes arbitrales que proporcionan una revisión interna institucional o apelación ante un tribunal de segundo grado, la decisión inicial no es necesariamente un laudo] (Born, 2014, p. 2926). En nuestro ordenamiento, estas características están recogidas en la LAP, que precisa que el laudo incluso genera efectos de cosa juzgada (artículo 59.2), y en la Constitución, que reconoce al arbitraje como jurisdicción (artículo 139.1).

En cuanto a la decisión sobre competencia, la naturaleza “final” de la misma debe entenderse referida a que constituye el pronunciamiento definitivo de los árbitros al respecto. Es final en tanto tiene un efecto preclusivo (Born, 2014, p. 3013-3014).

El laudo es una decisión (iii) de obligatorio cumplimiento para las partes. Este es un carácter indispensable para hablar de un laudo arbitral. Si no fuese vinculante, entonces sería solo referencial, por lo que tendría el valor de una opinión legal, la que no califica como laudo. Luego, “una decisión que no sea vinculatoria o que esté condicionada a la aceptación de las partes no es laudo” (González de Cossío, 2014, p. 856).

En nuestro ordenamiento, la obligatoriedad está recogida en el ya mencionado artículo 59 de la LAP. Sobre dicha base, el proceso único de ejecución del Código Procesal Civil contempla como título ejecutivo al laudo (artículo 688).

1.2.2. Estructura

A nuestro criterio, el laudo puede esquematizarse en dos componentes. Por un lado, el componente esencial de la *decisión* sobre la controversia; y por otro, el componente accesorio consistente en la *motivación* del laudo

1.2.2.1. Decisión

Según expusimos, el laudo constituye una decisión sobre la disputa material sometida por las partes. Este es el elemento indispensable para hablar de un laudo. Esta decisión, vista a la luz del derecho procesal, se constituye como un *mandato*. Estos mandatos pueden ser de condena, consistentes en la orden de realizar una prestación; constitutivos, que generan efectos jurídicos (ej. resolución judicial de contrato); y declarativos, que reconocen una situación existente (Chiovenda, 1925, p. 185). Los laudos, por cierto, pueden seguir también esta clasificación (Ledesma, 2009, p. 195)

Naturalmente, esta decisión no puede ser *arbitraria*. Debe fundarse en criterios objetivos. Para aquellos casos en que el laudo resuelve el fondo de la controversia, los

árbitros deberán aplicar normas y/o criterios de conciencia a los hechos que configuran la referida controversia. Ahora bien, cada ordenamiento jurídico determinará qué normas se aplican y qué orden de prelación se sigue. A nivel local, la LAP regula el tema en el artículo 57⁵ —y que tiene inspiración directa en el artículo 28 de la LMU—. Dicha norma establece un esquema compuesto de disposiciones que pueden ser empleadas para la resolución de la controversia. En esencia, los árbitros deben seguir el siguiente esquema de prelación:

Primero, los árbitros deben observar aquellas disposiciones imperativas del conjunto de leyes aplicables al fondo. En específico, si el arbitraje es nacional, se deben observar las disposiciones imperativas del ordenamiento peruano; y si el arbitraje es internacional, se deben observar aquellas disposiciones imperativas del cuerpo de normas escogido.⁶

Segundo, los árbitros deben aplicar las disposiciones contractuales. Estas priman frente a las normas dispositivas (arbitraje de derecho) o a los criterios de conciencia (arbitraje de conciencia) (Caron y Caplan, 2013, p. 121). Este es el criterio asumido al evaluar el artículo 35(3)⁷ de las Reglas UNCITRAL de Arbitraje de 2010, que es casi idéntico al artículo 57.4. de la LAP.

Tercero, los árbitros deben resolver aplicando las normas dispositivas o sus criterios de conciencia. Esta bifurcación se desprende del artículo 57.3 de la LAP.

- Si las partes determinan que el arbitraje sea de derecho, los árbitros deberán aplicar el cuerpo normativo escogido por las partes. Si estas no hicieron tal elección, los árbitros se encargarán de ello.
- Si las partes determinan que el arbitraje sea de conciencia, los árbitros resuelven aplicando sus criterios de justicia. Esto no quita que aquellos puedan recurrir a normas ya existentes de uno o más ordenamientos jurídicos.

⁵ Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

“1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables”.

⁶ En algunos casos tales disposiciones imperativas podrían no existir. Por ejemplo, un arbitraje internacional en el que las partes determinaron que las controversias serán resueltas siguiendo La Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías.

⁷ Artículo 35

[...]

“3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”.

Cuarto, los árbitros deberán resolver considerando los usos y prácticas aplicables.

1.2.2.2. Motivación

En el punto anterior, expusimos que la decisión consiste en la respuesta de los árbitros a la controversia, la que puede tomar forma de mandato declarativo, constitutivo o de condena. Además, se estableció el conjunto de disposiciones empleadas por los árbitros para resolver la controversia.

Pues bien, en estricto, la decisión y su exteriorización —su constitución a través de un mandato— no contiene exposición alguna de las razones por las que los árbitros adoptaron la misma. Dicha exposición de razones constituye la *motivación* de la decisión, que es un elemento distinto al componente resolutivo.

A continuación, un desarrollo sobre (i) la noción; (ii) la naturaleza; (iii) el contenido; y (iv) las funciones de la motivación. Vale precisar que el control judicial de la motivación será evaluado en el Capítulo III.

Sobre (i) la noción, la motivación puede definirse como la presentación del razonamiento de los árbitros en cuanto a la determinación de hechos y la subsecuente aplicación de normas sobre los mismos (Notario, 2009, p. 200). Todo ello enlazando, naturalmente, a la controversia material (hechos y normas relativas al fondo de la disputa).

En cuanto a (ii) la naturaleza, la motivación constituye un derecho para las partes y una obligación para los árbitros, enmarcadas en una relación crediticia.

En nuestra opinión, la LAP permite sostener que el derecho a la motivación es un derecho *crediticio*. El artículo 56.1 de la LAP señala que todo laudo debe estar motivado salvo acuerdo distinto. Luego, la motivación puede ser acordada o no por las partes.

Dicho esquema denota que la motivación, *en el arbitraje*, no califica como un “derecho fundamental” o “garantía constitucional” (Rivas, 2017, p. 192). Se trata, por el contrario, de un derecho *crediticio*. En la relación crediticia entre las partes y los árbitros, se generan un cúmulo de derechos y obligaciones para ambos (Lew, Mistelis y Kröll, 2003, p. 276). Luego, la motivación constituye una obligación de los árbitros, cuyos acreedores son las partes.

Sobre (iii) el contenido, la motivación debe presentar una exposición del trayecto argumentativo que derivó en la decisión. Esto, concretamente, involucra presentar los hechos a los que arribó el tribunal arbitral, la manera en que aplica las normas sobre tales hechos, y el resultado final de tal ejercicio (silogismo jurídico).

En cuanto a (iv) las funciones, la función principal de la prestación de motivar consiste en satisfacer el interés de las partes.

Sobre ello, para las partes, la motivación tiene una función informativa, en tanto que permite que aquellas sepan por qué los árbitros laudaron en tal o cual sentido; y una función legitimadora, puesto que la motivación proporciona un respaldo a la decisión arbitral, confirma que la misma no responde a arbitrariedades. A la vez, la motivación permite a las partes corroborar que sus argumentos fueron revisados y que por tanto su derecho de defensa fue respetado.

Además, para los árbitros, la motivación cumple una función de “respaldo” a su labor. Es un elemento más que permite determinar la competencia, dedicación y seriedad de los árbitros en cuanto al ejercicio de su rol.

1.2.3. Pedidos sobre el laudo

Luego de emitido el laudo, la LAP permite plantear solicitudes específicas contra el mismo (artículo 58.1): rectificación, interpretación, integración y exclusión. Estas solicitudes pueden llamarse “pedidos sobre el laudo” (si el pedido es estimado, entonces la decisión que responde dicho pedido integra el laudo)

- El pedido de rectificación se dirige a corregir errores formales o materiales de cálculo, tipográficos, de transcripción y otros análogos.
- El pedido de interpretación se dirige a que los árbitros esclarezcan algún aspecto dudoso o ambiguo de la parte *decisoria* del laudo.
- El pedido de integración tiene por objetivo que los árbitros emitan una decisión sobre algún aspecto controvertido que les fue sometido pero que no resolvieron en el laudo.
- El pedido de exclusión tiene por objeto que los árbitros supriman algún extremo del laudo que se pronuncie sobre aspectos no sometidos al fuero arbitral.

Es particular notar que la modificación que haga el tribunal arbitral por vía de alguno de estos pedidos sobre el laudo formará parte del laudo (artículo 58.2). Es decir, el laudo pasará a considerarse como la conjunción de lo establecido en el pronunciamiento “inicial” más las ediciones efectuadas en la respuesta afirmativa que hagan los árbitros ante un pedido post laudo.

Los pedidos sobre el laudo tiene por objetivo que los árbitros se encarguen de solucionar algunas anomalías acaecidas en el laudo. Sobre ello, estos pedidos contribuyen a disminuir la necesidad de intervención judicial en el arbitraje (Aramburú, 2011, p. 669). En particular, el empleo de estos pedidos se constituye como un requisito de procedencia para demandar la anulación de laudo en ciertos casos, lo que se desarrollará en 4.3.3.

2. Noción y diseño legislativo del proceso de anulación

2.1. Opciones legislativas

El marco normativo puede tratar a la institución de anulación de laudo de distintas formas. En específico, el legislador tiene tres opciones principales: (a) no instituir una vía de anulación de laudo y prohibir que las partes puedan hacerlo; (b) dejar a las partes la decisión de que exista un control judicial de anulación de laudo; y (c) instituir una vía de anulación del laudo, que no pueda ser regulada por las partes.

2.1.1. Exclusión del proceso

Una primera opción legislativa es vetar el control judicial de anulación de laudo. Es decir, la ley no instituye una vía judicial de anulación de laudo y además prohíbe a las partes establecer una.

La experiencia belga

Esta fue la opción legislativa adoptada por Bélgica por la Ley del 27 de marzo de 1985 —a la fecha la norma vigente es la Ley del 24 de junio de 2013—. Así, dicha norma modificó el artículo 1717 del Código Judicial de dicho país, añadiendo el siguiente párrafo a la misma:

Art. 1717

[...]

Les tribunaux belges ne peuvent connaître d'une demande en annulation que lorsqu'au moins une partie au différend tranché par la sentence arbitral est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale constituée en Belgique ou y ayant un siège quelconque d'opération.

Artículo 1717

[...]

Las cortes belgas no pueden conocer una solicitud de anulación a menos que una de las partes de la disputa decidida en el laudo arbitral sea una persona física con nacionalidad belga o residente en Bélgica, o una persona jurídica formada en Bélgica o que tiene una sucursal o sede de operaciones ahí. (traducción libre al español)

La norma belga restringía el alcance de la anulación de laudo a arbitrajes en los que alguna de las partes fuese belga. A contrario, la judicatura belga no podía evaluar la nulidad de un laudo cuando ninguna de las partes tuviese tal nacionalidad. Se trataba de una prohibición absoluta, puesto que las partes no podían acordar que las cortes belgas fuesen competentes para evaluar la anulación del laudo (Van den Berg, 1993, p. 141).

¿Qué razones motivaron el establecimiento de este esquema normativo? Fueron dos las razones centrales: mantener e incrementar la prominencia de Bélgica como sede de arbitrajes internacionales y reducir el número de casos llevados innecesariamente ante las cortes belgas (Nelissen, 1986, p. 35). El legislador consideraba a la anulación del laudo como un proceso iniciado en esencia para dilatar las consecuencias del arbitraje (Van den Berg, 1993, p. 141).

|

La experiencia, finalmente, no resultó exitosa.⁸ Al contrario de lo proyectado por Bélgica, la comunidad arbitral se veía desinclinada a optar por una sede arbitral que careciese de control judicial de laudos arbitrales (Abedian, 2011, p. 600). Luego, en 1998 se modificó el Código Judicial y se revirtió ese esquema.

A la fecha, bajo el esquema establecido por Ley del 24 de junio de 2013, la vía judicial de anulación de laudo existe para toda clase de arbitrajes; y sobre ello, si en el arbitraje las partes no son belgas y no tienen relación con Bélgica, estas pueden acordar renunciar a la vía judicial de anulación de laudo (salvo para causales sobre orden público) (Dal, 2019, p. 52). La exclusión del proceso judicial de anulación de laudo ya no existe.

Caracteres centrales de esta opción legislativa

La exclusión absoluta del proceso judicial de anulación de laudo nos lleva a enfocarnos en las consecuencias que tiene tal decisión en cuanto a otros medios de control del arbitraje.

Primero, la exclusión de la vía de anulación de laudo no equivale a la eliminación del marco de control judicial sobre el arbitraje. Según vimos, este último tiene distintas manifestaciones, de las cuales la anulación del laudo es una. En ese sentido, la exclusión de la anulación de laudo implica analizar cuál es el ámbito de supervisión que queda a cargo de las otras vías de control sobre el arbitraje.

De entrada, el foco estaría en la vía de ejecución judicial del laudo. Así, incluso en la comentada experiencia belga, las cortes de dicho país rechazarían la ejecución del laudo si es que el mismo se pronuncia sobre materia no arbitrable o afectase el orden público (Nelissen, 1986, p. 36). Es decir, existía un margen de control, que al menos cubriría a las causales de mayor gravedad.

Y es que incluso podría evaluarse si, en algunos casos, la vía de anulación de laudo deriva a un doble control judicial sobre el mismo. Esto porque el laudo se ve escrutado en la vía de anulación en el país de la sede del arbitraje y también en la vía de ejecución si es que se pretende ejecutar el mismo en un país diferente (Van den Berg, 1993, 159).

Sea como fuere, la decisión legislativa de excluir el proceso de anulación de laudo debería analizarse en función a la opción legislativa escogida para el ámbito de control en vía de ejecución de laudo. Esto es, se tendrían que revisar las causales para rehusar la ejecución de un laudo arbitral emitido en sede local (sea arbitraje nacional o internacional).

Por ejemplo, si el estatuto normativo suprime y prohíbe la anulación del laudo, pero permite rehusar su ejecución en función a todas las causales de anulación previstas en, por ejemplo, la Convención de Nueva York, entonces, en términos prácticos, el

⁸ Similar resultado se dio en Malasia, que adoptó un esquema legislativo similar, pero que a la fecha ya abandonó (Born, 2014, p. 3362).

margen de control, sea cual sea su vía, se mantiene en la misma intensidad —al menos en líneas generales—.

En adición a ello, habría que considerar las otras vías de control del arbitraje. En Perú, la hipotética eliminación del proceso judicial de anulación de laudo derivaría en la posibilidad de recurrir a la vía general de nulidad del acto jurídico. Además de ello, el control vía amparo arbitral se mantendría.

Luego, el resultado de tal propuesta podría generar inseguridad jurídica. En efecto, las causales de nulidad del acto jurídico en general no se adecúan a las particularidades de un laudo. Ante ello, el juez se vería en la necesidad de hacer una interpretación extensiva de las causales de nulidad del Código Civil; y esto haría poco predecible el margen de control.

En estricto, una lectura de las causales de nulidad del Código Civil devela que estas cubren un espectro de menor alcance que las de la LAP. Por ejemplo, el incumplimiento de las reglas procesales establecidas por las partes, que está recogida en el artículo 63.1, literal c), no encaja en los supuestos de nulidad del Código Civil. Sin embargo, es poco predecible determinar de qué manera los jueces interpretarían las causales del Código Civil y por consiguiente cuán amplias serían estas al aplicarse sobre un laudo.

Sea como fuere, para materializar esta idea manera correcta, el legislador tendría que establecer no solo la supresión de la vía de anulación de laudo, sino también la *exclusión* de los laudos como objetos de impugnación en la vía general de nulidad del acto jurídico y del amparo. Al menos para el amparo, ello parece inconcebible. Ya expusimos que los únicos casos excluidos del control judicial están expresamente reconocidos en la Constitución.

Segundo, la supresión de la vía judicial de anulación de laudo no impide a las partes estatuir sus propios mecanismos de control del laudo al interior del arbitraje. Las partes, luego, podrían construir un esquema de control de anulación de laudo a cargo de árbitros, quienes incluso podrían constituir una suerte de nueva instancia (árbitros distintos a los que resolvieron la controversia).

2.1.2. Existencia imperativa del proceso

Frente a la exclusión total del proceso de anulación del laudo se encuentra la opción legislativa de instituir una vía judicial de anulación de laudo “intocable”. Esta existe imperativamente y las partes no pueden acordar renunciar a la misma o regular las causales que dan lugar a la nulidad del laudo.

La existencia imperativa del proceso judicial de anulación se fundamenta en no dejar ámbitos libres del control estatal. Se trata, así, de un fundamento que aplica a las instituciones jurídicas en general. En específico, todas las instituciones deben observar las disposiciones generales establecidas en la Constitución. Luego, a nivel local, se

señala que “no existen islas exentas de control constitucional” (STC 358-2013-PA/TC, fundamento 8).

El arbitraje no escapa a dicha lógica. Incluso, constituye un caso especial, pues el laudo es una decisión final, vinculante y con calidad de cosa juzgada. No parece razonable que una decisión vinculante emitida por un particular sea ajena al control de las cortes judiciales. Así, nadie que tenga la atribución de emitir decisiones vinculantes debería escapar al control del sistema (Kerr, 1985, p. 16).⁹

Desde otra perspectiva, aun si las partes lo acordasen, permitir la inexistencia de la vía de anulación de laudo sería afectar el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la consecuente obtención de tutela jurisdiccional efectiva (Cordón, 2005, p. 258). El Estado debe poner a disposición del ciudadano una vía que permita la supervisión judicial de cualquier clase de acto, incluyendo los laudos arbitrales. Precisamente por ello es que, en el ordenamiento peruano (entre otros), existe el proceso constitucional de amparo.

Además, algunos supuestos de anulación de laudo se justifican en fundamentos que trascienden la esfera de las partes involucradas. Por ejemplo, la inarbitrabilidad y el orden público. Parecería difícil, entonces, sostener que la vía de anulación de laudo no debería ser de obligatoria existencia —al menos para ciertas causales de anulación—.

Sin embargo, la LAP sí permite la renuncia a la vía de anulación de laudo, pero solo cuando las partes no tienen conexión con la sede. Como veremos en el siguiente apartado, el fundamento para permitir tal renuncia radicaría que ningún interés de un ciudadano local está en disputa.

2.1.3. Regulación convencional del proceso

El esquema normativo puede dar libertad a las partes para que estas definan si el laudo podrá ser llevado a un proceso judicial de anulación de laudo y bajo qué causales. Ahora bien, existen distintos sistemas con espacio para la regulación convencional. Así:

- Sistemas “puros” de regulación convencional. En estos, las partes deciden si podrán o no recurrir a la vía de anulación del laudo. Aquí hay dos supuestos concretos:
 - Sistemas *opt in*, en los que, por defecto, las partes no pueden recurrir a la anulación del laudo. Será necesario el acuerdo de las partes para revertir tal esquema.

⁹ Por ejemplo, la inexistencia del proceso judicial de anulación de laudo derivaría en que las cortes sean proclives a admitir y tramitar demandas de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra laudos (artículo 178 del Código Procesal Civil). Naturalmente, los supuestos de cosa juzgada fraudulenta (aun si interpretadas extensivamente) dan un ámbito de control menor sobre el laudo que las causales de anulación.

- Sistemas *opt out*, en los que, por defecto, las partes pueden recurrir a la anulación del laudo. Sobre ello, estas podrán acordar renunciar anticipadamente a demandar la anulación del laudo. Este es el caso de Suiza (artículo 192 del Código Federal de Derecho Internacional Privado), Bélgica (artículo 1717 del Código Judicial) y Perú (artículo 63.8 de la LAP) cuando las partes no tienen relación alguna con tales países.

En ambos escenarios, las partes podrían también definir qué causales concretas pueden dar lugar a la anulación del laudo.

- Sistemas “híbridos” de regulación convencional. En estos, la vía de anulación de laudo existe y no puede ser suprimida en su totalidad por las partes. Sobre dicha base, hay tres escenarios:
 - Las partes pueden ampliar el ámbito de control de la anulación de laudo, pero no reducirlo.
 - Las partes pueden reducir el ámbito de control de la anulación de laudo —sin poder llegar a eliminarlo—, pero no aumentarlo.
 - Las partes pueden ampliar o reducir el ámbito de control de la anulación de laudo —sin poder llegar a eliminarlo—.

El fundamento de estos sistemas radica en la voluntad de las partes contratantes. Para el caso de acuerdos que suprimen o eliminan el ámbito de control vía anulación de laudo, el argumento radica en que si partes sofisticadas deciden de manera libre hacer ello, resulta difícil dar una razón para negarle efecto a tal decisión salvo para casos excepcionales (Born, 2014, p. 3368). En el caso de acuerdos que aumentan el ámbito de control, la situación es más sólida aun.

Por casos excepcionales, entendemos a aquellos supuestos que constituyen una afectación grave no solo a los intereses de las partes, sino que el agravio las trasciende y vulnera el propio sistema jurídico nacional. Esto sucedería en supuestos de inarbitrabilidad o violación del orden público.

Para esta opción legislativa, incluso los supuestos de renuncia total a la vía de anulación de laudo o reducción de causales puede justificarse en el hecho de que igual *sí existe un mecanismo de control*, que sería el del reconocimiento/ejecución del laudo (Nuñez, 2017, p. 23). Precisamente, en estos supuestos se pone fin al problema de “doble control”, mencionado anteriormente.

Ahora bien, sea que el acuerdo reduzca o aumente el ámbito de control, puede considerarse que los particulares no deberían poder definir contractualmente cuál será el ámbito en el que la judicatura desplegará su función de control sobre el arbitraje (Born, 2014, p. 3376).

Esto va en la línea de considerar a la función estatal como una atribución exclusiva y excluyente del Estado, que no permite a los ciudadanos intervenir sobre ella para generarla, modificarla, ampliarla, reducirla o suprimirla. Así, en *Hall St. Assoc., L.L.C.*

v. Mattel (2008), la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que la condición de “criatura contractual” del arbitraje nada tenía que ver con el hecho de que la FAA establecía un marco imperativo de control judicial, que no podía ser modificado por las partes.

Un último aspecto a considerar radica en la vinculación de las partes con el Estado que ejercerá el control judicial del arbitraje. El esquema actual adoptado por Bélgica y Suiza denotan una inclinación a la regulación convencional (completa) solo cuando las partes del arbitraje no tienen vinculación con dichos países respectivamente.

Precisamente, parece sólido considerar que el deber de un Estado de garantizar derechos fundamentales puede *atenuarse* cuando se trata de una relación entre sujetos que carecen de vínculo con el Estado. Esta “atenuación”, sin embargo, no significa que las partes pierdan o vean reducidos sus derechos de forma automática, sino que estas podrían decidir voluntaria y conscientemente renunciar a ellos. Así, en *Tabbane v. Switzerland* (Caso 41069/12) la Corte Europea de Derechos Humanos señaló:

Además, debe notarse que una parte, que no tenga domicilio ni residencia habitual ni establecimiento en Suiza, no está obligada a excluir todos los recursos; al contrario, ella puede libremente escoger la posibilidad ofrecida por el derecho suizo y renunciar válidamente a todo recurso ante un tribunal ordinario. La Corte estima que este medio ofrecido a las partes que no tienen vínculo con Suiza es proporcionado para reforzar la atractividad de Suiza en materia de arbitraje internacional y de reforzar el principio de libertad contractual de las partes.

Sobre dicha base, la mencionada corte concluyó que la restricción al derecho de acceso a las cortes era legítima y proporcionada, y que por lo tanto no transgredía el artículo 6.1¹⁰ de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Este razonamiento puede replicarse para la norma peruana. Los sujetos que no son de nacionalidad peruana y no tienen domicilio en Perú pueden *renunciar* a impugnar el laudo. Es decir, la vía de anulación está disponible salvo que los sujetos decidan renunciar a la misma. Así, incluso los sujetos “extranjeros” cuentan con los mismos recursos legales que los ciudadanos locales; pero pueden, si así lo quieren, renunciar a la vía judicial de anulación.

¹⁰ “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

Al final, el legislador y las cortes serán los encargados de definir cuál es el marco normativo de la anulación del laudo en cada país.

2.2. Marco normativo en Perú

En Perú, las normas que regulan el proceso judicial de anulación de laudo son normas de orden público, de observancia obligatoria y no regulables por las partes salvo expresa autorización de la ley.

Al respecto, es necesario entender que la LAP contiene normas de carácter supletorio y normas de carácter obligatorio. Las primeras tratan temas sobre los que las partes pueden regular libremente —regulación que, en cualquier caso, debe respetar el ordenamiento jurídico—. Por contraste, las segundas son de obligatorio cumplimiento.

Las disposiciones sobre actuaciones arbitrales son de aplicación supletoria. Ello se desprende del artículo 34 de la LAP, que da libertad a las partes para regular tales actuaciones. Ahora bien, esta libertad de las partes no es irrestricta, tiene un ámbito determinado para su manifestación. Luego, “la libertad de regulación contemplada en el artículo 34° del D.L. N° 1071 alcanza únicamente a las actuaciones llevadas a cabo al interior del proceso arbitral” (SSC1 232-2014, p. 15).

Por contraste, el artículo 34 de la LAP no alcanza a las actuaciones judiciales. El fundamento de la libertad de las partes no podría justificar la regulación de normas que resultan de aplicación imperativa. Así, “la voluntad de las partes no puede tener virtud de privar la eficacia a aquellas normas que regulan la actuación judicial del Estado en aquello que de acuerdo a tal normativa le ha sido reservado, que se revelan imperativas y de orden público” (SSC1 42-2015, p. 14).

Sobre ello, la LAP ha elegido opciones legislativas diferentes para la anulación del laudo en arbitrajes domésticos y en arbitrajes internacionales.

- Si el arbitraje es entre partes que no tienen vinculación alguna con el Perú (en nacionalidad, domicilio, o residencia habitual), la LAP adopta un sistema *opt out*. El artículo 63.8 permite a las partes acordar renunciar a la vía de anulación de laudo o a alguna de sus causales. Aquí el estatuto normativo imperativo, y de orden público, da una autorización *expresa* a las partes para regular convencionalmente el control judicial vía anulación de laudo. Así:

Efectivamente, el Decreto Legislativo N° 1071 prevé -solo- un escenario en el cual válidamente se pueda pactar renuncia al recurso de anulación o limitar su uso a una o más de las causales establecidas, y ello se cumpliría en la medida que se compruebe que ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en esta país (SSC1 232-2014, p. 15).

- Si el arbitraje es doméstico o internacional con alguna parte vinculada al Perú, el proceso judicial de anulación existe imperativamente. Las partes no pueden acordar renunciar a aquel y tampoco pueden regular las causales de anulación, sea para reducir las o aumentarlas.

Esto se desprende de la naturaleza imperativa de las normas sobre anulación de laudo y de una interpretación en contrario del artículo 63.8 de la LAP. Además, la renuncia a la vía de anulación implicaría una afectación a derechos fundamentales (SSC1 319-2016; SSC2 905-2010). Así:

TERCERO.- Respecto a la renuncia que hiciera el demandante de acudir a la vía judicial para interponer el recurso de anulación de laudo, debe indicarse que dicho acuerdo no se encuentra ajustado a derecho, por cuanto su reconocimiento implicaría la trasgresión al principio y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que toda persona ostenta.

[...]

En consecuencia, no es posible legitimar la renuncia de una de las partes a este (ni a ningún otro) derecho constitucional, lo que lleva a desestimar tal argumento (SSC2 905-2010, pp. 7-8).

3. Naturaleza procesal de la figura

Bajo el derecho procesal, la naturaleza del proceso de anulación del laudo es objeto de discusión. La cuestión está en si entenderla como una demanda o como un recurso —término empleado por la propia LAP—.

Luego, para un análisis integral del tema, desarrollaremos los siguientes aspectos: (a) los conceptos de demanda, proceso y medio impugnatorio; (b) un estudio histórico y comparado a nivel normativo del término de “recurso de anulación”; y (c) un análisis crítico de la naturaleza procesal de la anulación del laudo.

3.1. Marco conceptual: proceso, demanda y medio impugnatorio

Primero que nada, es necesario manejar el marco conceptual pertinente. A continuación, (i) un breve desarrollo de los conceptos de proceso, demanda y medio impugnatorio (categoría en la que se ubica el recurso) bajo el derecho procesal civil peruano y (ii) un análisis de la posible interrelación entre una demanda y un medio impugnatorio.

Conceptos involucrados

Primero, el proceso judicial es un instrumento dirigido a la solución de una controversia jurídica (Vescovi, 1984, p. 103). Se trata de un “conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado” (Monroy Gálvez, 1996, pp. 112-113).

Al constituir una expresión de la función jurisdiccional, son precisamente las garantías de esta las que recaen en el proceso judicial. De ahí que el proceso sea visto ante un juez, que exista un derecho a la contradicción, a la audiencia, etc. En términos simples: el proceso judicial está sujeto a la observancia del debido proceso.

Segundo, la demanda es un acto de “iniciación procesal” (Ledesma, 2008, p. 348). Representa el efectivo ejercicio del derecho de acción —el derecho de acceder a justicia—. Constituye, además, el medio por el cual el solicitante de tutela presenta sus pretensiones (Ledesma, 2008, p. 349).

Tercero, en el proceso judicial, los medios impugnatorios encauzan el cuestionamiento a una decisión judicial, alegando que el mismo adolece de algún vicio o error, con el objetivo de evitar que el mismo derive en una decisión injusta (Fairén, 1992, p. 481). Hay dos clases de medios impugnatorios: los recursos y los remedios. Por un lado, el remedio sirve para cuestionar actos procesales no recaídos en resoluciones (artículo 356 del Código Procesal Civil).

Por su parte, el recurso es un medio impugnatorio contra decisiones contenidas en resoluciones (artículo 356 del Código Procesal Civil). Monroy precisa los siguientes caracteres del recurso: es a pedido de parte, impugna solo decisiones contenidas en resoluciones, debe haber perjudicado a la parte que lo plantea, y puede tener dos finalidades distintas: la nulificante, que implica dejar sin efecto la decisión; o la revocatoria, en la que se sustituye la decisión por una nueva (1992, pp. 22-23).

Interrelación entre demanda y medio impugnatorio

Demanda y medio impugnatorio parecen ser conceptos procesales no solo diferentes, sino que excluyentes entre sí. La demanda constituye un acto procesal de apertura, por el cual se inicia el proceso; por contraste, el medio impugnatorio sirve para cuestionar resoluciones emitidas dentro de un proceso. La demanda representa el primer acto procesal, y el medio impugnatorio presupone la necesaria existencia de actos procesales previos. Demanda y medio impugnatorio no podrían coincidir.

Sin embargo, tal visión no es del todo correcta. Existen medios impugnatorios que, a la vez, constituyen el inicio de un proceso judicial. Este es el caso del remedio de nulidad de sentencia por cosa juzgada fraudulenta (artículo 178 del Código Procesal Civil). Este remedio constituye el “inicio de un proceso contra una sentencia expedida en otro proceso ya concluido” (Monroy Gálvez, 1992, p. 22).

Es decir, el cuestionamiento a una sentencia por cosa juzgada fraudulenta se encauza vía medio impugnatorio que es, a la vez, una demanda. En ese caso, el medio impugnatorio no se plantea dentro del proceso del cual deriva el acto impugnado, sino que se hace a través del inicio de un nuevo proceso: un proceso impugnatorio.

Y es que, en realidad, los medios impugnatorios también pueden clasificarse en *intraprocesales* e *interprocesales*. Los primeros son herramientas impugnatorias enmarcadas dentro del proceso; por ejemplo, el recurso de apelación. Los segundos

constituyen medios autónomos al proceso en el que se ubica el acto cuestionado, y derivan precisamente en un nuevo proceso (Ovalle, 1977, pp. 302-303); y por ello podrían también denominarse *proceso impugnatorios*.¹¹

Luego, no es imposible que un recurso pueda originar un nuevo proceso. Por ejemplo, en México, existe un recurso extraordinario de apelación reconocido expresamente como una nueva demanda (Sánchez y Barragán, 2008, p. 154).

En última instancia, la ley podrá establecer “recursos” con caracteres especiales que no encuadren dentro de la figura tradicional de tal concepto. Al respecto, habrá que analizar la esencia de tales figuras y sus repercusiones para determinar si las mismas respetan la esencia de la noción, o si por el contrario constituyen una especie nueva.

3.2. Lectura histórica y comparada del término normativo “recurso” de anulación

Al elaborar la actual LAP, el legislador consideró adecuado nominar a la anulación del laudo como un recurso. Tal decisión, por cierto, no constituyó una idea original; el término ya había sido empleado antes tanto en el marco local como en el derecho comparado. A continuación, una lectura de (i) la LMU; (ii) normas arbitrales peruanas anteriores; y (iii) normas de arbitraje de habla hispana.

En cuanto a (i) la LMU, este instrumento internacional ha tenido innegable influencia en la regulación de arbitraje en América Latina (Conejero, 2005). La LAP evidencia en su estructura tal inspiración (Mantilla-Serrano, 2010, p. 39).

Pues bien, precisamente la LMU sí emplea el término. Lo hace una sola vez, en el artículo 34, que se denomina “[l]a petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”. Asimismo, en la nota explicativa el término es empleado varias veces.

¿Por qué la LMU empleó dicho término? Para entender ello de mejor manera, habría que recurrir a la versión en inglés. Esta norma denomina al artículo 34 como “[a]pplication for setting aside as exclusive recourse against arbitral award”.

Ahora bien, en el inglés legal, el término “recourse” no equivale a la noción de recurso del derecho procesal; esto es, como un medio impugnatorio. Según el *Black’s Law Dictionary*, la definición de “recourse” no equivale a medio impugnatorio (Black, 2004, p. 677). Además, la apelación, el recurso por excelencia, es empleado como “appeal”, “appellate review”, “motion to appeal”, etc. El término “recourse of appeal” es raramente empleado.

En realidad, en el habla cotidiana, el término “legal recourse” se emplea más como “vía legal”. Esto es, el concepto cubre supuestos de demandas, recursos, peticiones administrativas, etc.

¹¹ Existen diversas maneras de clasificar los actos por los que se ejerce la impugnación. Inclusive, se puede dividir la teoría impugnatoria en dos bloques, teoría impugnatoria recursal y teoría impugnatoria mediante pretensión autónoma (Cavani, 2018, p. 17).

Sea como fuere, parece razonable afirmar que la acepción de “recurso de anulación” tiene como inspiración a la LMU.

En cuanto a (ii) las normas peruanas anteriores sobre arbitraje también empleaban el término de “recurso”. Así:

- La Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, antecedente previo inmediato a la LAP, dedica su Capítulo V a los recursos. En concreto, la LGA alude a recursos en plural porque cubre así al recurso de apelación (artículo 60¹²) y al recurso de anulación (artículo 61¹³).
- El Decreto Ley N° 25935, Ley General de Arbitraje, norma anterior a la Ley N° 26572, también habla de recursos de apelación (artículo 54¹⁴) y de anulación (artículo 55¹⁵).
- Código Civil de 1984. Las figuras de cláusula compromisoria y compromiso arbitral fueron reguladas en el Título XI de la Sección Segunda – Contratos Nominados del Libro VII – Fuentes de las Obligaciones del mencionado código. Ninguna disposición tocaba el tema de la anulación del laudo.

El legislador también se habría inspirado en las normas de arbitraje anteriores para regular el concepto procesal de anulación de laudo.

En cuanto a (iii) las normas de arbitraje de habla hispana, el tratamiento de la anulación del laudo es variado.

- En España, la vigente Ley 60/2003, Ley de Arbitraje emplea el vocablo “acción” para referirse a la anulación del laudo (artículo 40¹⁶). Esta norma es particularmente relevante pues fue una de las principales fuentes de inspiración para la LAP (Cantuarias, 2009, p. 77).
- En Argentina, la Ley 27449 sobre arbitraje comercial internacional emplea la expresión de “petición de nulidad” (artículo 98¹⁷).

¹² Artículo 60.- Recurso de Apelación.- “Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral [...]”.

¹³ Artículo 61.- Recurso de anulación.- “Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73. [...]”.

¹⁴ Artículo 54.- “El recurso de apelación, cuando se hubiera pactado su admisibilidad en el convenio arbitral, tiene por objeto la revisión del laudo [...]”

La apelación puede ser ante el Poder Judicial, o ante otra instancia arbitral en este caso de acuerdo al reglamento a que las partes se hubieran sometido. El laudo de conciencia no es apelable ante el Poder Judicial”.

¹⁵ Artículo 55.- “El recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez de los laudos de derecho y de conciencia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

La pretensión de anulación puede ser ante el Poder Judicial, o ante otra instancia arbitral [...]”.

¹⁶ Artículo 40. Acción de anulación del laudo.

“Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título”.

¹⁷ Art. 98.- “Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los artículos 99 y 100”.

- En Chile, la Ley 19971 sobre arbitraje comercial internacional, del 2004, sigue fielmente la redacción de la LMU y por ello emplea el término de “recurso” (artículo 34¹⁸).
- En Colombia, el Decreto 2279 de 1989, Decreto “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones” —hoy ya derogado—, también emplea el término de recurso (artículo 37¹⁹, entre otros).
- En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación se refiere a la “acción de nulidad” (artículo 31²⁰).
- En México, el Código Comercial —cuya redacción actual de los artículos de arbitraje data desde la reforma de 2003— habla de “petición” de nulidad de laudo (artículo 1458²¹). No hay referencia al término de “recurso” para la nulidad del laudo.
- En Uruguay, la Ley 19.636 sobre arbitraje comercial internacional usa la expresión de “petición de nulidad” (artículo 39²²).

Por todo lo expuesto, parece razonable considerar que los antecedentes históricos y comparados daban una base al legislador para el empleo del término “recurso”. Al respecto, las normas arbitrales peruanas anteriores y la LMU servían de base para nominar a la anulación del laudo como un recurso.

3.3. Análisis crítico de la naturaleza procesal

Definir la naturaleza procesal de la anulación del laudo pasa por evaluar los fundamentos (i) que sostienen que es un recurso; esto es, un medio impugnatorio (Ledesma, 2009, p. 144) y (ii) que afirman que es una demanda. Sobre ello, presentaremos (iii) nuestra posición, incluyendo las críticas y debilidades de la misma.

Posición pro recurso

A continuación, los principales argumentos para sostener que la anulación del laudo es un recurso.

Primero, la interpretación literal, la LAP emplea el término de forma clara el término de “recurso”. Más aun, se alega que hubo polémica sobre si la anulación de laudo era

¹⁸ Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. [...].

¹⁹ Artículo 37. “Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. [...].

El recurso se surtirá ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente”.

²⁰ Art. 31.- “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad [...]”.

²¹ Artículo 1458.- “La petición de nulidad deberá formularse dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la fecha de la notificación del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo a los artículos 1450 y 1451 desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral”.

²² Artículo 39

“(La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral).-

1) El laudo solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo”.

o no un recurso precisamente poco antes de la emisión de la LAP, y pese a ello el legislador optó por el término de “recurso” (Alva Navarro, 2011, p. 55).

Es decir, la ley ha definido a la anulación del laudo como un recurso. Ningún ejercicio interpretativo podría cambiar tal naturaleza.

Segundo, el TC ha adoptado la misma postura. La STC 928-2001-AA/TC señala que “el recurso de anulación establecido en el artículo 61 ° de la Ley General de Arbitraje N.º 26572 [...] no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho”. Así, el TC considera que efectivamente el recurso de anulación se enmarca dentro de un proceso híbrido: un proceso que inicia en el fuero arbitral pero que luego pasa al fuero judicial mediante el empleo del recurso de anulación.

Tercero, asumir que se trata de una demanda implicaría estar frente a un proceso judicial que, desde su diseño, no respeta la garantía fundamental de la doble instancia. Ello porque el artículo 64.5 de la LAP establece que contra la sentencia solo procede recurso de casación cuando el laudo hubiese sido anulado.

Más aun, al establecer un recurso de casación restringido solo a un resultado (laudo anulado), se estaría inclusive produciendo una afectación al derecho de igualdad ante la ley (Reggiardo, 2014, p. 160), además de ser a la vez una afectación al debido proceso en su vertiente del derecho a la igualdad de armas.

Posición pro demanda

Los principales argumentos para alegar que la anulación del laudo es una demanda son los siguientes.

Primero, la diferencia en la naturaleza del arbitraje y del proceso judicial. En la anulación del laudo, “se somete a evaluación del juez la actividad realizada por un órgano decisorio de diferente naturaleza” (Alva Navarro, 2011, p. 48). La noción tradicional de recurso no encaja en este rol de medio para conectar fueros distintos.

Segundo, los recursos involucran la resolución del acto impugnado por un órgano jerárquicamente superior (Monroy Gálvez, 1992, p. 23).²³ Si el recurso implica revisión por un órgano superior, la anulación de laudo no puede calificar como tal (Xiol, 2014, p. 795). Admitir que la anulación del laudo es un recurso equivaldría a establecer un esquema en el que el tribunal arbitral es el órgano inferior y que la judicatura a cargo de la anulación es el órgano superior.

Tercero, la jurisprudencia de las salas comerciales establece copiosamente que la anulación del laudo es un proceso autónomo, y no una instancia. Así, “el recurso de anulación no es una instancia sino un proceso autónomo en el que de modo puntual

²³ Salvo los denominados recursos impropios, en los que la resolución se da por el mismo juez que emitió el acto impugnado (Monroy Gálvez, 1992, p. 23).

se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral” (SSC2 90-2017, p. 7). El fundamento es el siguiente:

[L]a función de este Colegiado no es la de revisar la valoración probatoria ni corregir los errores *in iudicando* que se pudieran haber producido al emitirse el laudo. Por tanto, este Colegiado tiene claro que la función de control judicial que le ha sido encomendada por la ley, según el diseño normativo del arbitraje y su interrelación con el sistema de justicia a cargo del Estado, no equivale a una función revisora propia de una instancia de grado (SSC2 28-2015, p. 7; y SSC2 21-2015, p. 11).

En esa línea, el proceso de anulación de laudo concibe que puedan plantearse excepciones. En numerosas sentencias la judicatura ha recibido, evaluado y resuelto sobre excepciones de caducidad, competencia, legitimidad para obrar, entre otras (SSC2 571-2009, SSC2 647-2009, SSC1 4-2012, SSC1 78-2012, entre otras). Por lo tanto, en la práctica judicial, la anulación del laudo es considerada como una demanda y tratada como tal.

Nuestra posición

La anulación del laudo es un medio impugnatorio interprocesal que da origen a un nuevo proceso. Por lo tanto, tiene naturaleza impugnatoria pero no es un recurso, y al ser un nuevo proceso implica que hay una demanda. Es un *proceso impugnatorio*.

En efecto, la posición consistente en considerar a la anulación como un proceso no tiene que ser “absoluta”, pues existen precisamente los procesos de impugnación (Wong, 2013, p. 82). Luego, la anulación del laudo es un proceso impugnatorio autónomo; propuesta que, en realidad, ya ha sido evaluada antes (Wong, 2013, pp. 81-83; Reggiardo, 2014, p. 151). Esta es, por cierto, la posición en España, pues la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 dice: “[r]especto de la anulación, se evita la expresión “recurso”, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”.

Primero, la noción de recurso no resulta adecuada para la naturaleza de la anulación del laudo. El recurso, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, implica, con algunas excepciones,²⁴ que un órgano distinto revisa la decisión de un órgano primigenio *dentro de un mismo proceso*; aplicar ello al tema bajo análisis implicaría distorsionar la relación entre árbitros y jueces, pues de ninguna forma estos coinciden en un mismo procedimiento.

Segundo que la anulación del laudo no sea un recurso no implica que este no tenga naturaleza *impugnatoria*. Los medios impugnatorios, según expusimos, pueden ser *interprocesales*, y generar un nuevo proceso judicial. En estos casos, estamos frente a un proceso impugnatorio autónomo. Y precisamente por tratarse de un *proceso impugnatorio*, el órgano que conoce del mismo no tiene que calificar necesariamente

²⁴ Por ejemplo, el recurso de reposición (artículo 362 del Código Procesal Civil) es resuelto por el mismo juez.

como “órgano superior”. Es, simplemente, un órgano distinto (en un nuevo procedimiento).

En Perú, esto se corrobora con el proceso judicial de amparo; en especial a través del amparo contra resolución judicial (reconocida expresamente en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional). Así, la demanda de amparo se interpone ante un juez de primer grado (artículo 51 del mencionado código). Es decir, un juez de primer grado podría evaluar decisiones judiciales de cortes de apelación o de la Corte Suprema. Asimismo, el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178 y ss. del Código Civil), la demanda contra una sentencia de una sala superior o de la Corte Suprema es revisada primero ante un juzgado superior.

Tercero, y enlazado al punto anterior, al ser la anulación del laudo un proceso impugnatorio, ello implica que hay una nueva *demanda*. Con esto, se logra mantener al procedimiento arbitral como autónomo, y se descarta que este sea un proceso híbrido en el que confluyen los fueros arbitrales y judiciales. Si el “recurso” de anulación del laudo es en realidad una nueva demanda, entonces el control judicial de anulación se encauza en un proceso judicial autónomo y separado. Esto descarta que el control judicial de anulación de laudo pueda considerarse como una “instancia” a la que se llega luego de una instancia arbitral inicial.

Asimismo, asignarle la naturaleza de demanda armoniza con la jurisprudencia de las Salas Comerciales sobre el tema y permite contar con una justificación al hecho de que la parte demandante en una anulación de laudo pueda deducir excepciones.

Ahora bien, esta posición colisiona con la STC 928-2001-AA/TC, que considera al recurso de anulación como “parte integrante y residual” del procedimiento arbitral. Consideramos que el TC erró al definir de tal manera a la anulación del laudo. Sin embargo, dicha posición habría sido ya superada por el propio TC, pues en el caso *Minera Maria Julia* señaló que “[...] el recurso de anulación [...] como fórmula *a posteriori*, no significa que tal mecanismo sea integrante del proceso arbitral” (STC 142-2011-PA/TC, fundamento 17).

Sí, es indiscutible que existe un control judicial, pero este no se estructura como parte del procedimiento arbitral. Es un control *ex post*, pues se produce una vez concluido el arbitraje (Reggiardo, 2014, p. 151). Si el arbitraje y el recurso de anulación formasen parte de un único proceso, este último no podría considerarse *ex post*.

Otro aspecto difícil radica en la pluralidad de instancias, que está reconocida en el artículo 139.6 de la Constitución. Al ser un proceso impugnatorio autónomo, hay una demanda, y esta deba dar origen a un proceso judicial con todas las garantías del debido proceso, lo que incluye al derecho de apelación y al principio de pluralidad de instancias. Sin embargo, en el proceso judicial de anulación el derecho de apelación no existe propiamente, pues solo se concibe un recurso de casación, que a su vez solo puede plantearse en caso el laudo haya sido declarado nulo.

Al respecto, vale notar que la pluralidad de garantías no es, en su esencia, una garantía insuprimible e irrenunciable (Cappelletti, 1974, p. 279); al final, la misma se elevó a rango constitucional pese a solo ser una opción (Monroy, 1993, pp. 47-48). Así, en el Perú, el arbitraje es jurisdicción, pero igual este no cuenta con un esquema plural de instancias. Luego, no es inviable que puedan existir procesos judiciales diseñados sin doble instancia; ese sería el caso del proceso de anulación de laudo.

En síntesis, la anulación del laudo es un proceso impugnatorio autónomo. Es impugnatorio, pero no califica propiamente como recurso; y al ser un proceso entonces deriva en una nueva demanda, lo que permite mantener separado al procedimiento arbitral del proceso judicial. Esta noción de anulación como recurso especial y demanda armoniza con:

- El control a cargo de un órgano que no califica como “instancia superior”.
- La posición de las Salas Comerciales y la estructuración de la anulación de laudo como una demanda (la parte demandada puede deducir excepciones).
- La autonomía del procedimiento arbitral y la carencia de instancias judiciales engarzadas dentro del mismo.
- La naturaleza *ex post* del control judicial de anulación de laudo.

Por su parte, la noción planteada no concilia fácilmente con:

- La denominación de “recurso” empleada en la Ley de Arbitraje.
- La pluralidad de instancias y su naturaleza de garantía constitucional. No obstante, el arbitraje es jurisdicción y se le permite no contar con instancias plurales. La anulación de laudo puede ser un proceso especial diseñado para ser de instancia única (este tema será analizado a detalle en 4.1.2.).

4. Estructura procesal

El proceso judicial de anulación de laudo tiene ciertas particularidades. estas se enlazan a

- (a) El diseño del proceso, que incluye aspectos sobre la competencia judicial, el número de instancias y las etapas del procedimiento.
- (b) Las partes del proceso, que se refiere a la legitimidad para obrar, análisis que no solo debe versar a las partes del arbitraje, sino también evaluar los casos de los árbitros y de otros terceros.
- (c) La procedencia de la demanda, pues los requisitos de procedencia tienen una lógica y sentido especial a la luz del arbitraje.
- (d) Temas de prueba, pues el proceso de anulación de laudo solo permite la presentación de prueba documental.

A continuación, un desarrollo de tales aspectos.

4.1. Diseño del proceso

4.1.1. Competencia judicial

Marco general

La competencia para conocer el proceso judicial de anulación de laudo es reducida comparada a la de ejecución de laudo. Así, mientras la ejecución del laudo puede solicitarse en cualquier parte del mundo (Blackaby et al., 2015, p. 569), es un principio general que la anulación del laudo solo pueda solicitarse ante las cortes del país en el que se ubica la sede del arbitraje (Van den Berg, 1993, p. 136).

El caso peruano

El Perú no escapa al esquema general de competencia de las cortes para resolver casos de anulación de laudo. Las cortes peruanas tienen competencia para conocer procesos de anulación siempre que en estos se impugnen laudos emitidos por tribunales arbitrales con sede en Perú.

Sobre dicha base, para determinar específicamente qué corte judicial es la competente, debe observarse (i) la competencia territorial; y luego (ii) la competencia por especialidad.

En cuanto a (i) la competencia territorial, el artículo 8.4 de la LAP establece que la competencia judicial pertenece a las cortes del lugar específico del arbitraje. Ahora bien, ello no impide que se produzca la prórroga de competencia territorial.

En efecto, las reglas generales del Código Procesal Civil establecen que las partes pueden acordar “someterse a la competencia territorial de un Juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable” (artículo 25). La LAP no dice nada sobre la prórroga de competencia territorial, por lo que en aplicación supletoria del Código Procesal Civil esta sí podría darse. Por cierto, esta es la posición de la judicatura, la que considera que la competencia territorial para demandar la anulación del laudo sí es prorrogable (SSC2 253-2016, pp. 16-17).

Sobre (ii) la competencia por especialidad, el mencionado artículo 8.4 de la LAP precisa que son competentes las Salas Civiles con subespecialidad en materia comercial, y en defecto de tal subespecialidad, las Salas Civiles en sí. A la fecha, la subespecialidad comercial solo existe en el distrito judicial de Lima (ver Resolución Administrativa 006-2004-SP-CS).

4.1.2. Esquema de instancias

Marco general

Cada país define su propio esquema para los procesos que se sigan ante sus cortes, y el proceso judicial de anulación de laudo no es la excepción. De manera concreta, no existe un único esquema de instancias judiciales para el proceso judicial de anulación de laudo. Sin perjuicio de ello, los principales modelos son:

- Doble instancia + recurso ante corte de vértice.

La decisión judicial sobre la anulación del laudo puede ser apelada para que esta sea conocida en una segunda instancia. Contra esta última decisión, se puede interponer algún recurso especial para que el caso sea visto por una corte de vértice.

Este es el caso de Estados Unidos de América y de Inglaterra. En el primero, la demanda de anulación se presenta ante una *District Court*, y luego se puede apelar ante la corte de apelaciones del circuito judicial respectivo. Finalmente, la decisión de la corte de apelaciones puede ser objeto de un *writ of certiorari* ante la *Supreme Court* de los Estados Unidos de América.

En Inglaterra, El *challenge to the award* (cuestionamiento contra el laudo) se presenta ante la *High Court of Justice*. La decisión de dicha corte puede apelarse ante la *Court of Appeal* (artículos 67(4), 68(4) y 69(8) de la *Arbitration Act* de 1996). Finalmente, puede apelarse la decisión de la *Court of Appeal* ante la *Supreme Court of the United Kingdom*.

- Instancia única + recurso ante corte de vértice.

Aquí no existe el tradicional recurso de apelación contra la decisión de la corte competente. Sin embargo, la decisión puede ser revisada por una corte de vértice mediante algún recurso especial.

Este es el esquema adoptado por Francia. Las demandas de anulación se interponen ante la respectiva *cour d'appel* (*Code de procédure civile*, artículo 1494 para arbitraje doméstico y artículo 1519 para arbitraje internacional). Contra la decisión de tal corte se puede interponer un recurso para llegar a la *Cour de Cassation*.

- Instancia única (ausencia de apelación u otros recursos).

En este modelo, la anulación de laudo es conocida por una corte específica — sea corte de vértice o no—, sin que tal decisión pueda ser llevada a otra corte.

Aquí se ubica España. Según el artículo 8.5 de la Ley 60/2003, la competencia para conocer anulaciones de laudo recae en “la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado”. Sobre ello, el artículo 42.2 de la misma norma precisa que “frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno”.

El caso peruano

La LAP ha optado por un modelo peculiar de instancia única + recurso ante corte de vértice (artículo 64.5). Se trata de un esquema ya existente en las normas arbitrales

peruanas anteriores: reconocido tanto en la LGA (artículo 77) como en el Decreto Ley N° 25935 (artículo 72).

Primero, el esquema de instancia única es singular en tanto, a primera vista, podría resultar lesivo sobre el derecho de apelación. Según referimos antes, el artículo 139.6 reconoce a la pluralidad de instancias como una garantía de la función jurisdiccional. Al respecto, este tema puede ser confrontado con distintos argumentos según si se considera a la anulación del laudo como una nueva demanda o no.

Si el mecanismo a través del cual se solicita la anulación del laudo no es considerada una demanda, sino solo un recurso, entonces no hay vulneración a la pluralidad de instancias. La garantía de la doble instancia se respeta pues se estaría frente a un proceso jurisdiccional híbrido, con una “primera instancia arbitral” y una “segunda instancia judicial”, la que se activaría con el recurso de anulación.

Si la anulación del laudo es considerada una demanda, puede alegarse que el artículo 139.6 de la Constitución concibe excepciones. Una excepción es el propio arbitraje, pues el laudo es final e inapelable. Luego, el proceso judicial de anulación de laudo puede constituir también una excepción.

Segundo, la peculiaridad del modelo peruano radica en que el acceso a la corte de vértice solo está permitido cuando el laudo fue anulado en todo o en parte. Esta, en verdad, constituye una decisión polémica. Y ello responde a que un esquema así afecta el debido proceso y el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad de armas.

La igualdad de armas se refiere a que las partes se encuentren en posiciones equitativas en el proceso. Esto es, que “las partes del proceso detentan las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra” (STC 6135-2006-PA/TC, fundamento 5).

Pues bien, la regla del artículo 64.5 de la LAP hace que solo una parte pueda interponer el recurso de casación. En efecto, si este recurso solo puede interponerse cuando el laudo ha sido anulado total o parcialmente, entonces el único que podrá emplearlo es el demandado. En aquellos casos en que el laudo no sea anulado, el demandante no podrá acceder a la Corte Suprema vía casación.

Así, existe una desigualdad de oportunidades. Por un lado, el demandado cuenta con dos instancias para defender la validez del laudo: el proceso ante la Sala Superior y luego la casación ante la Corte Suprema. Por el otro, el demandante solo tiene una oportunidad para lograr la anulación: la Sala Superior. En otras palabras, el demandado puede intentar ser escuchado por dos órganos distintos, mientras que el demandante solo puede hacerlo ante un único órgano.

Este trato desigual es innegable, por lo que solo quedaría intentar darle alguna justificación que lo sostenga. Al respecto, podría sostenerse que el recurso de casación es *extraordinario*, y no forma parte del núcleo constitucional del derecho al debido proceso.

Sin embargo, tal argumento no parece sostenible. La extraordinariedad del recurso de casación y su naturaleza ajena al ámbito constitucional del debido proceso podrían sustentar que el proceso judicial de anulación de laudo carezca de recurso de casación, pero no permiten sostener una existencia parcial del recurso de casación restringida a una sola parte.

Al final, no parece irrazonable concluir que el diseño actual del proceso judicial de anulación de laudo es inconstitucional.²⁵

4.2. Partes del proceso

En el proceso judicial de anulación de laudo, es indiscutible que los sujetos que se enfrentaron en el arbitraje son partes de dicho proceso. Sin embargo, cuestión distinta es el tratamiento de los árbitros o incluso de terceros ajenos al arbitraje. Sobre ello, es necesario evaluar la relación jurídica procesal del proceso de anulación de laudo; y en ese esquema determinar si los árbitros o terceros ajenos al arbitraje pueden formar parte del proceso judicial de anulación.

4.2.1. Legitimidad para obrar de terceros

Si la relación jurídica material del proceso de anulación de laudo es la relación en el arbitraje, es claro que las partes del proceso judicial son aquellos sujetos que fueron precisamente partes en el arbitraje. Luego, queda pendiente por definir si terceros al arbitraje pueden también ser parte del proceso judicial de anulación de laudo.

En primer lugar, es necesario definir el concepto de tercero. Ello puesto que, como vimos al desarrollar el amparo arbitral, los sujetos englobados bajo esa categoría pueden variar según la noción específica de tal concepto. Por ejemplo, todo sujeto que no firmó el convenio arbitral puede considerarse como un tercero en cuanto a dicho instrumento, más a la vez algunos sujetos dentro de tal supuesto sí podrían participar en el arbitraje y por tanto no calificarían como terceros en cuanto al procedimiento arbitral.

Sobre ello, tercero sería todo aquel sujeto que no tuvo la calificación de “parte” en el procedimiento arbitral.

²⁵ Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Perú parece considerar que la norma es válida y no adolece de inconstitucionalidad alguna. En un caso, se limitó a hacer una interpretación de la misma, sin apreciar ningún problema en ella. Así:

“[E]s posible advertir que para declarar la procedencia del recurso de casación en la tramitación de “recursos” de anulación de laudo arbitral se prevé como requisito que el laudo previamente haya sido anulado total o parcialmente; *contrario sensu*, cuando ello no haya sucedido no cabe la interposición de recurso alguno, ni siquiera el de casación. [...] Así las cosas al haberse rechazado el “recurso” de anulación de laudo arbitral, entonces no procedía legalmente la interposición de recurso alguno (apelación, queja o casación), puesto que el laudo no fue anulado total o parcialmente. Por esta razón las resoluciones cuestionadas que decretaron la improcedencia de los recursos de apelación y de queja por denegatoria de apelación han sido expedidas conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el Arbitraje (Ley Especial sobre la materia)” (Auto TCP 461-2012-PA/TC, de 3 de octubre de 2012)

En segundo lugar, pese a que la legitimidad para obrar se define en función a los conceptos de relación jurídica material y relación jurídica procesal, la ley puede a su vez determinar si sujetos ajenos a la relación pueden participar en el proceso como parte, o si sujetos dentro de la relación quedan fuera del proceso judicial (Viale, 1994, p. 31).

Sobre dicha base, podemos evaluar si los terceros cuentan con legitimidad para obrar.

A nivel internacional, se considera que las partes del arbitraje son las que pueden demandar la anulación de laudo (Born, 2014, p. 3392)²⁶. Los fundamentos, sin embargo, variarán según el ordenamiento jurídico específico.

Sin embargo, el fundamento para el derecho civil sí parece claro: el tercero no forma parte de la relación jurídica material pues no participó en el arbitraje. Es decir, “las partes son únicamente las que lo fueron en el proceso arbitral. No hay portillo abierto para terceros” (SAP Madrid 456/2008). A nivel nacional dicha posición también es compartida:

En el caso de la falta de legitimidad para obrar en un proceso de anulación de laudo arbitral, esta se verifica cuando quién interpone (legitimidad para obrar activa) el recurso de anulación de laudo arbitral o contra quién va dirigido (legitimidad para obrar pasiva), no participó en el proceso arbitral; es decir, no formó parte de la relación jurídica arbitral (SSC1 232-2012, p. 10).

En esa línea, el artículo 63.1 de la LAP señala que el laudo “solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación [...]”. La norma se refiere claramente a las partes en el arbitraje. Así, la citada norma estaría determinando que la legitimidad para obrar (activa) recae solo en alguna de las partes del arbitraje. Luego, en Perú, la legitimidad para obrar activa viene determinada por la ley: la norma establece que son las partes las que pueden demandar la anulación, quedan por lo tanto excluidos los terceros.

En resumen, los terceros, sujetos que no participaron en el arbitraje, carecen de legitimidad para obrar en cuanto al proceso judicial de anulación de laudo.

Para finalizar, en el plano local esta respuesta se confirma pues el esquema normativo actual incluye al amparo arbitral, que procede precisamente para, entre otros casos, los terceros ajenos al arbitraje. En efecto, antes de la delimitación realizada por el TC en el caso *Minera María Julia* (expediente N° 00142-2011-PA/TC), podía tener sentido permitir que los terceros puedan iniciar una demanda de anulación de laudo, y precisamente la judicatura, en su momento, aceptó ello (SSC2 571-2009, pp. 1-6).

²⁶ Sin embargo, hay excepciones incluso entre los países con una asentada cultura arbitral. Por ejemplo, el artículo 10(b) de la FAA de Estados Unidos establece que el *vacatur* (anulación) puede ser interpuesto por cualquier tercero que se haya visto afectado, en ciertos supuestos.

Sí, es cierto que el amparo es de naturaleza residual y es improcedente cuando existan vías específicas igualmente satisfactorias para la tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, la sentencia del caso *Minera María Julia* precisó que la anulación de laudo era una vía de dicha naturaleza (específica e igualmente satisfactoria) para un cúmulo de supuestos, salvo tres excepciones específicas, una de ellas el caso de los terceros.

Luego, cuando se afecten derechos constitucionales de terceros, estos deberán recurrir a amparo pues el proceso judicial de anulación de laudo no resulta una vía idónea para su tutela. Aquí vale notar que virtualmente en todos los casos el tercero vería afectado al menos un derecho constitucional: el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley (artículo 139.3 de la Constitución).

4.2.2. Legitimidad para obrar de los árbitros

Por regla general, los árbitros no participan en el proceso de anulación de laudo como parte —la participación como testigos es evaluada en 4.4.—. Virtualmente ninguna legislación establece que los árbitros formen parte del proceso de anulación de laudo. Sin embargo, las razones para ello no son las mismas en los distintos ordenamientos.

Para efectos de orden, dividiremos el análisis de la legitimidad en función a sus dos tipos: legitimidad para obrar activa y pasiva.

Legitimidad para obrar activa de los árbitros

La idea de un árbitro como demandante en un proceso de anulación de laudo resulta insólita, por la correlativa remota posibilidad de que algo así suceda. En esencia, un árbitro no va a pedir la anulación de su propio laudo. Sea como fuere, evaluaremos este tema en dos partes: (i) la idea a nivel abstracto y (ii) la legitimidad para obrar activa del árbitro en Perú.

En cuanto al (i) análisis abstracto, resulta razonable sostener que el árbitro carece de legitimación activa, y que ello se desprende de la propia naturaleza del proceso de anulación (Segoviano, 2004, p. 672). La razón central, para la legitimidad activa, es que por regla general el árbitro no tiene interés alguno que lo legitime a pedir la anulación del laudo. El interés tutelado en este proceso es el de las partes del arbitraje, pues ambas buscan efectos *materiales*, una a través de la declaratoria de nulidad del laudo, y la otra a través de la defensa del mismo.

Sobre ello, un aspecto adicional a considerar está en el de los actos propios. Resulta contradictorio que un árbitro suscriba un laudo y luego demande la nulidad. Asignarle legitimidad activa en este caso implicaría, entonces, amparar un supuesto de actos propios (Hinojosa, 2016, p. 841).

Naturalmente, hay casos en los que no se configuraría un supuesto de actos propios. Por ejemplo, en casos de tribunales colegiados, un árbitro podría no suscribir el laudo. Sin embargo, en estos casos, el árbitro estaría “liberándose” de responsabilidad

(Hinojosa, 2016, p. 841), lo que denotaría que aquel no tiene ningún interés en que el laudo sea o no anulado.

Sin embargo, creemos que dicha regla general puede ceder en algunos casos. Casos en los que el árbitro no incurre en actos propios y sí tiene un interés merecedor de tutela en cuanto a la impugnación del laudo. Por ejemplo, después de emitido el laudo, uno de los árbitros del tribunal descubre un hecho de corrupción gravísimo, un atentado al orden público.

En este escenario, el árbitro podría tener un interés legítimo. Y es que el sostenimiento del laudo en un caso así podría generarle responsabilidad en distintos ámbitos (penal, civil, etc.). En esa línea, el árbitro merece ser atendido al requerir la anulación del laudo, pues la nulidad de este le reportará un beneficio tangible.

En resumen, creemos que, a nivel teórico, el árbitro sí puede demandar la anulación del laudo. Tendrá legitimidad para obrar siempre que no incurra en actos propios y tenga un interés merecedor de tutela.

En (ii) el caso concreto de Perú, consideramos que el marco normativo no da margen para que el árbitro pueda demandar la anulación del laudo. Por un lado, del artículo 63.1 de la LAP se desprende que la demanda de anulación es planteada solo por una parte del arbitraje (“El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe”). En ese sentido, el árbitro carecería de legitimidad para obrar activa porque así lo establece la ley.

Por otro lado, no parece que exista alguna norma imperativa peruana que obligue a los árbitros a denunciar delitos cometidos dentro del procedimiento arbitral. Así, el artículo 407 del Código Penal sanciona la omisión de denuncia “cuando [el sujeto] esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo”, lo que no se configura en el caso del árbitro.

Legitimidad para obrar pasiva de los árbitros

Por regla general, los árbitros no son emplazados como demandantes en procesos de anulación de laudo. Aquí procederemos a (i) evaluar la situación en perspectiva comparada; (ii) analizar el caso en nuestro sistema normativo local; (iii) plantear nuestra posición sobre el tema; y (iv) las contingencias que conlleva para el árbitro intervenir activamente en el proceso de anulación.

En (i) perspectiva comparada, la no participación de los árbitros como demandados es un rasgo común en sistemas de *common law* y de derecho civil.

Bajo el *common law*, esto se manifiesta a través del *immunity* (inmunidad). A grandes rasgos, dicha institución exime de responsabilidad a ciertas personas/funcionarios durante el ejercicio de sus funciones. En esa línea, los árbitros tienen inmunidad arbitral, lo que evita que estos puedan ser demandados por su actuación como árbitros.

En Estados Unidos de América, el punto de partida es la inmunidad judicial y sus fundamentos. Al respecto, en *Pierson v. Ray* (1967), la Corte Suprema señaló que la inmunidad judicial es necesaria para proteger la independencia de los jueces en tanto los litigantes no podrán intimidarlos o sesgarlos a través de demandas. Sobre dicha base, en *Butz v. Economou* (1978), la Corte Suprema estableció pautas para determinar la extensión de la inmunidad a ciertos funcionarios que ejercían un rol cuasijudicial (una suerte de jueces administrativos que eran parte del *State Department of Agricultura*). Dichas pautas son conocidas como el *Butz test* y se emplean para evaluar la extensión de la inmunidad a nuevos grupos.

Butz v. Economou ha sido empleada como fundamento para que la inmunidad cubra también a los árbitros (Warwas, 2017, p. 259). Ahora bien, esta inmunidad no alcanza solo a demandas de indemnización contra los árbitros; en *Tamari v. Conrad* (1977), la Corte de Apelaciones del 7º Circuito señaló que “arbitral immunity should be extended to cases where the authority of an arbitrator to resolve a dispute is challenged” [la inmunidad arbitral debe ser extendida a casos en los que la autoridad del árbitro para resolver la disputa es cuestionada].

Así, la inmunidad arbitral cubre también a los árbitros frente a demandas de *vacatur* (anulación). En *Mical v. Glick* (2014), caso de *vacatur*, una corte distrital de Illinois señaló que “is undisputed that the Arbitrators have been sued on account of their actions pertaining to the Arbitration, and their actions hence fall within the scope of the absolute immunity granted to arbitrators in Tamari and subsequent cases” [es indiscutido que los árbitros han sido demandados por sus acciones relacionadas al arbitraje, y sus acciones entonces recaen dentro del ámbito de absoluta inmunidad otorgada a los árbitros en Tamari y posteriores casos].

En Inglaterra, la inmunidad se encuentra recogida en el artículo 29 de la *Arbitration Act* de 1996. Según el artículo 29(1), el árbitro no es responsable por nada hecho u omitido durante la realización o supuesta realización de sus funciones salvo que el hecho o la omisión se deba a mala fe. Sobre ello, parecería que los árbitros no podrían ser demandados en el proceso de anulación de laudo.

Sin embargo, la respuesta específica es que la inmunidad *permite* a los árbitros no ser parte en el proceso judicial de anulación de laudo (Hwang, Chung y Cheng, 2008, p. 243). Así, en *Port Sudan Cotton Co v Govindaswamy Chettiar & Sons* (1977), la *Queen’s Bench Division* (Corte Superior) señaló que, en casos de denunciada conducta indebida del árbitro, este puede elegir (α) asumir un rol completo en el proceso como parte; (β) presentar un *affidavit* con los hechos que considere útiles para la corte; o (γ) no tomar ninguna acción. Para dicha corte, esto se fundamenta en la justicia natural pues “no one should have his conduct criticised without being given an opportunity for replying or explaining” [nadie debe ver su conducta criticada sin haber tenido la oportunidad para responder o explicar].

Otros ordenamientos de *common law* han seguido la posición de Inglaterra (Golvan, 1995, p. 10). En síntesis, la inmunidad, en relación con el proceso judicial de anulación

de laudo, no debe entenderse de manera absoluta. Esta podría matizarse a *decisión del árbitro*.

En el derecho civil, el esquema es distinto. No existe una figura asimilable a la *immunity* arbitral del *common law*. Sobre ello, las razones para no emplazar al árbitro como parte varían según cada jurisdicción.

En Francia, la regla general es que el árbitro no forme parte del proceso judicial de anulación. Mediante sentencia del 9 de abril de 1992, la *Cour d'appel de Paris* señaló que “l'instance ne peut viser que la sentence, et non l'arbitre, qui n'est pas partie dans ce débat” [el proceso de anulación se dirige contra el laudo, y no contra el árbitro, que no es parte en este debate]. El fundamento de ello radica en una analogía entre la participación del juez luego de emitida la sentencia y la del árbitro luego de emitido el laudo. Dice Fouchard:

De même que tout juge étatique dont la décision est attaquée devant une juridiction supérieure n'est ni présent ni appelé à cette nouvelle procédure, de même l'arbitre ne peut être impliqué personnellement dans la contestation de sa sentence. C'est une règle statutaire destinée à protéger tous les juges, publics ou privés, et à garantir leur sérénité avant, pendant, et après leur décision.

[Así como un juez cuya decisión es impugnada ante un órgano superior no está presente ni es llamado a dicha instancia, el árbitro no puede estar implicado personalmente en el cuestionamiento a su laudo. Esta es una regla estatutaria destinada a proteger a todos los jueces, públicos o privados, y a garantizar su serenidad antes, durante y después de su decisión] (1996, p. 334).

En España, el fundamento es que el árbitro carece de interés tutelable en el resultado del proceso judicial de anulación. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el árbitro no puede ser parte del proceso, puesto que tal condición les corresponde a quienes “derechos e intereses legítimos” en el litigio (ATC 326/1993), los que serían precisamente las partes. En esa misma sentencia, dicho tribunal precisó que el árbitro, por la labor desempeñada, no debería ser parte del proceso debido a la tarea que desempeña (ATC 326/1993).

Por lo tanto, sea en el sistema de *common law* o en el de derecho civil, parecen haber razones atendibles para que el árbitro carezca de legitimidad para obrar pasiva (o activa).

En (ii) Perú, el marco normativo no se pronuncia sobre la participación de los árbitros en el proceso judicial de anulación de laudo. A su vez, dado que lo estándar es que una parte demande la anulación del laudo y emplaz a la otra parte del arbitraje como demandada, la judicatura solo tendría oportunidad de pronunciarse si es que alguna de las partes alegase que los árbitros deben ser emplazados. Por suerte, ello ha sucedido en algunos casos.

La jurisprudencia peruana denota que los árbitros no pueden formar del proceso judicial de anulación de laudo. De la jurisprudencia, podemos extraer dos fundamentos: primero, la demanda debe emplazarse contra la otra parte del proceso arbitral, pues aquella es la favorecida por el laudo (SSC2 93-2015, p. 4);²⁷ y segundo, los árbitros no dado su rol de ente administrador de justicia, por lo que no podrían defender lo que estipularon en el laudo (SSC2 196-2016, p. 5).

En (iii) nuestra opinión, un esquema de inmunidad que sin embargo permita al árbitro definir si interviene en el proceso, como el de Inglaterra, constituye la mejor opción para regular la intervención del árbitro en un proceso de anulación.

Dicho esquema se justifica en la necesidad de proteger al árbitro. Estos se verían desincentivados a ejercer tal función si existe un riesgo de verse incorporados en la disputa, y de tener que asumir gastos para su defensa legal cuando el resultado final de la disputa material les es irrelevante (*Tamari v. Conrad*, 7th Cir. 1977). En última instancia, la protección del árbitro deriva en la protección del arbitraje. El arbitraje requiere de terceros dispuestos a resolver disputas como árbitros, por lo que se hace necesario resguardar dicho rol (*Corey v. New York Stock Exchange*, 6th Cir. 1982).

Otro argumento es el de no afectar el rol que tienen los árbitros de ser objetivos y administrar justicia. Involucrarlos como parte en un proceso de anulación iría en contra de dicho rol. No obstante, vale precisar que el emplazar a los árbitros no implica automáticamente que estos distorsionen su rol de juzgador para pasar al rol de demandante. El emplazamiento nunca podrá obligar a los árbitros a que presenten argumentos, planteen recursos, participen en audiencias, etc. El árbitro podrá mantener incólume su rol de juzgador optando por mantenerse en silencio en el proceso judicial de anulación.

Igual, el árbitro que considerase necesario o pertinente intervenir en el proceso debe tener una vía para hacerlo. Y no solo ello, sino que debe dársele el margen para definir si interviene como parte, o si reduce su intervención a alguna acción concreta. En última instancia, si el árbitro quiere ser escuchado, debe permitírsele hablar.

Ahora bien, materializar este esquema en función al marco normativo actual parece difícil. No parece viable que el árbitro pueda participar como demandado.

- No parece que exista la intervención coadyuvante regulada en el artículo 97 del Código Procesal Civil. Esta permite la intervención del tercero que tiene una relación con alguna de las partes y se verá afectada si aquella pierde. El tercero es titular de una relación “técnicamente dependiente” a la que discuten las partes en el proceso (Prado y Zegarra, 2016, p. 306). Sin embargo, el árbitro no se verá afectado indirectamente por la derrota de una de las partes. El

²⁷ La sentencia incluso llega a afirmar que su decisión armoniza con un “criterio pacífico asentado por la jurisprudencia de las Salas Comerciales [...] de Lima”. Entenderíamos, luego de una revisión completa a las sentencias emitidas desde el 2008, que tal criterio se habría asentado antes de dicho año. Sin embargo, no hemos podido corroborar ese dato.

árbitro no ingresaría para apoyar a una de las partes, sino que lo haría para proteger al laudo de una declaratoria de nulidad.

- La intervención litisconsorcial, regulada en el artículo 98 del Código Procesal Civil, y aplica para sujetos que se consideren titulares del derecho discutido (Prado y Zegarra, 2016, p. 308). Sin embargo, este no es el caso del árbitro. Si existe un derecho discutido en torno a la validez del laudo, este le pertenece a las partes del arbitraje, y no al emisor del mismo.

Para finalizar, (iv) la intervención activa del árbitro en un proceso judicial de anulación le genera a este contingencias. El árbitro deberá merituar estas al momento de decidir si interviene activamente o no.

Por un lado, *hacia atrás*, en sentido estricto la intervención activa del árbitro no implica automáticamente la distorsión de su rol de juzgador objetivo. Las causales de anulación se refieren a aspectos *formales*, y no inciden en el fondo de la controversia. Por lo tanto, que el árbitro se pronuncie sobre tales aspectos no desvirtúa o menoscaba la imparcialidad ejercida en cuanto a la resolución del fondo.

El árbitro, por ejemplo, podría considerar imperativo defenderse de una acusación de corrupción que constituye fundamento para pedir la anulación del laudo. Dicha defensa en modo alguno deslegitima su rol de juzgador objetivo ejercido en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, en otros casos la actuación del árbitro podría derivar en una crítica a su propio proceder en el arbitraje. Por ejemplo, si una parte demanda la anulación por exceso de autoridad o por inarbitrabilidad de la materia, ¿qué tendría que responder el árbitro al respecto que ya no hubiese dicho en la respuesta al pedido de exclusión que, seguramente, la parte planteó contra el laudo? En teoría, el árbitro ya dijo, en la respuesta a dicho pedido, todo lo que tenía que decir al respecto, por lo que parece raro que pase a defender, en el proceso de anulación, dicha decisión adoptada.

Por otro lado, *hacia adelante*, la situación es muy distinta. La participación activa derivaría en que el árbitro ya no pudiese continuar con el caso en caso el proceso de anulación del laudo derivase en el reinicio de las actuaciones arbitrales. Y es que parece razonable argumentar que el árbitro que participó en el proceso de anulación no debería continuar como árbitro. Puede decirse que su actuación en dicho proceso, aun cuando no puede justificar ninguna crítica a su tarea durante el arbitraje inicial (es decir, hasta la emisión del laudo ahora anulado), sí le impide, ahora en el reinicio de actuaciones, continuar como árbitro.

Que el árbitro haya litigado “al mismo nivel” que una de las partes ya no le permitiría fungir como árbitro en ese caso. Dicha actuación, es indiscutible, tendrá un efecto —consciente o inconsciente— en la manera en cómo el árbitro trate a las partes. Ello basta para sostener que existe una duda justificada en cuanto a su imparcialidad. Por lo tanto, lo razonable sería que, en caso de reinicio de actuaciones, el árbitro renuncie a su cargo.

Para finalizar, lo expuesto solo aplica en casos de participación activa del árbitro. Creemos que la presentación de una declaración —*affidavit*, como lo conciben algunos ordenamientos de *common law*— no afecta la imparcialidad del árbitro y no justificaría que este deba dejar su rol en caso de reinicio de actuaciones. Aquí, el árbitro podría limitarse a hacer precisiones que considere útiles para que la judicatura pueda tener un panorama mejor o más completo del caso.

4.3. Procedencia de la demanda

La procedencia pasa por verificar, en el plano de elementos formales ajenos al fondo, la ausencia de defectos de invalidez insubsanables (Monroy Palacios, 2007, p. 302). Si se verifica un supuesto de improcedencia, el proceso concluye sin pronunciamiento sobre el fondo.

Al respecto, lo primero a evaluar está en (a) el objeto de cuestionamiento, es decir, qué actos pueden cuestionarse mediante esta demanda. Sobre ello, podemos analizar los dos factores de procedencia establecidos en la LAP: (b) el plazo para demandar y (c) la objeción oportuna (reclamo expreso previo).

4.3.1. Objeto de impugnación

Marco general

Así como una pretensión de desalojo en un proceso de conocimiento sobre nulidad de acto jurídico resulta improcedente, tampoco puede requerirse cualquier clase de pretensión dentro de un proceso judicial de anulación de laudo. El proceso judicial de anulación de laudo es un proceso especial que solo permite pretensiones *impugnatorias* contra actos específicos.

Por regla general, el proceso judicial de anulación de laudo se emplea contra laudos. Es decir, la anulación del laudo “procede contra el laudo”, y no debería apuntar hacia una resolución cualquiera (SSC2 225-2014, p. 13). Vale notar que si el proceso judicial se denomina “proceso de anulación del laudo”, parece razonable que el único objeto impugnado en dicho proceso sea, precisamente, el laudo. Sin perjuicio de ello, el marco normativo permite cuestionar otras decisiones.²⁸

Laudos

El proceso judicial de anulación de laudo sirve para cuestionar laudos. Si la demanda es exitosa, el laudo no surtirá efectos y se producirán diversas consecuencias específicas según la causal que produjo la anulación.

La impugnación de laudos aplica por igual para los laudos sobre competencia arbitral y sobre el fondo de la controversia. Asimismo, la impugnación puede dirigirse contra

²⁸ La anulación del laudo puede dirigirse contra decisiones finales que derivan de procedimientos periciales regulados en la Décimo Tercera Disposición Complementaria de la LAP.

laudos finales o laudos parciales (Cantuarias, 2009, p. 77). El laudo parcial, como veremos a detalle en 4.3.2.4., comparte la misma naturaleza que el laudo final, por lo que puede también ser impugnado.

La impugnación del laudo también implica que el cuestionamiento puede dirigirse contra las decisiones que disponen la rectificación, interpretación, integración o exclusión de algún extremo del laudo, pues estas también forman parte de aquel (SSC1 375-2015, pp. 11-12).

Asimismo, la impugnación del laudo también sirve para cuestionar laudos que contienen una transacción en los términos establecidos en el artículo 50 de la LAP. Que el laudo contenga un acuerdo entre las partes no implica que este pueda ser anulado. Ese, por cierto, es el razonamiento que aplica para la LMU según el *Digest of Case Law* de la LMU (UNCITRAL, 2012, 137).

Para finalizar, hay una precisión importante que hacer: la demanda de anulación de laudo no necesariamente debe requerir la anulación total de este. Puede solicitarse la anulación de solo algunos extremos resolutivos del laudo, esto es, se puede requerir una anulación parcial.

4.3.2. Plazo

El artículo 64.1 de la LAP establece que la demanda de anulación de laudo debe interponerse en un plazo de 20 días (hábiles). Tres son los aspectos centrales a tratar aquí sobre el plazo: (i) la lógica detrás del mismo; (ii) su naturaleza; y (iii) el inicio de su cómputo. Además de ello, evaluaremos (iv) el caso de los laudos parciales.

4.3.2.1. Lógica del plazo

En cuanto a la lógica del plazo, sucede que “time is of the essence in relation to the challenge of awards” [el tiempo es de esencial importancia en relación al cuestionamiento de los laudos] (Lew et al., 2003, p. 671). Ello se debe a que la amplitud del plazo tiene una relación con la naturaleza “final” del laudo arbitral. Un plazo corto da mayor fuerza a dicha naturaleza “final” y también garantiza la rapidez y eficiencia del arbitraje como medio de solución de disputas; por ello prácticamente todos los ordenamientos nacionales manejan plazos cortos para solicitar la anulación de laudo, que van en general desde los 5 días hasta los 6 meses (Born, 2014, p. 3379).

Este esquema difiere perceptiblemente del plazo para pedir la nulidad de cualquier otro acto jurídico. El artículo 2001 del Código Civil establece un plazo prescriptivo de 10 años para la nulidad de acto jurídico, y de 2 años para la anulabilidad. Mediante la prescripción se busca dar seguridad jurídica al poner fin a situaciones con problemas latentes (STC 2132-2008-PA/TC, fundamento 32); pero igual los plazos que se manejan para la prescripción son de años.

La LAP opta por un plazo reducido de 20 días hábiles —plazo de caducidad—. En ese sentido, la LAP opta por un plazo pequeño, a comparación del plazo de la LMU (3 meses).

4.3.2.2. Naturaleza

El plazo para la demanda de anulación es de caducidad y no de prescripción. Esto significa que al vencer el plazo establecido se extingue automáticamente el derecho a cuestionar el laudo por los supuestos cubiertos bajo la LAP.

Son varias las razones para sostener que el plazo es de caducidad y no de prescripción. Primero, y según ya se expuso, el plazo para demandar la anulación de laudo está directamente enlazado a la naturaleza final del mismo y al hecho de garantizar que el arbitraje es un mecanismo rápido y efectivo de solución de controversias. En esa línea, el plazo máximo para demandar la anulación debe fungir como un mecanismo *contundente* de cierre de acceso a la justicia.

Así, la caducidad resulta preferible frente a la prescripción. Establecer que el plazo es prescriptorio implica entregar la potestad de invocar el efecto extintivo y su consecuencia (conclusión del proceso) en el sujeto demandado (Ariano, 2014, p. 331). Si el plazo es de caducidad, la situación se automatiza más: concluido el plazo, extinto el derecho. Ello resulta más conveniente para el arbitraje y la naturaleza final del laudo.

Segundo, y enlazado al anterior, el control judicial de anulación de laudo recae sobre un acto de trascendental importancia no solo para el arbitraje, sino para la propia función jurisdiccional. El laudo es un pronunciamiento jurisdiccional con efectos de cosa juzgada.

Ahora bien, la especial trascendencia de este acto desalienta que la extinción del derecho a reclamar por los vicios de tal acto deba materializarse en un derecho potestativo, como sucede en la prescripción. Por el contrario, el transcurso del plazo máximo debería, por sí mismo, extinguir el derecho a cuestionar tal acto (laudo). Así:

Dada la naturaleza de la función de control judicial por vía del recurso de anulación de laudo, y del acto objeto de control (un acto de jurisdicción especial al que la ley le otorga la calidad de cosa juzgada), es claro que el plazo previsto en la norma glosada, es fatal, equivalente a uno de caducidad que procura la seguridad jurídica de lo resuelto en sede arbitral (SSC2 349-2014, p. 19).

Tercero, el diseño normativo del proceso de anulación de laudo instruye a los jueces calificar si la demanda de anulación se presentó dentro del plazo establecido, lo que denota que el plazo es de caducidad y no de prescripción ya que el análisis de esta última es a pedido de parte (SSC2 166-2012, p. 12).

En efecto, dentro de la práctica judicial, las Salas Comerciales consideran que el plazo es de caducidad (SSC2 571-2009, SSC1 4-2012, entre otras) y por ello verifican el cumplimiento del plazo establecido en la LAP. El sustento de ello radicaría en el

artículo 64.3 de la LAP, al establecer que “[l]a Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso [...]”.

Finalmente, y derivado de su naturaleza de plazo de caducidad, el plazo para interponer demanda de anulación de laudo no puede ser modificado por las partes, pues los plazos de caducidad solo son fijados por ley (artículo 2004 del Código Civil). Al respecto, la jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de descartar que las partes no puedan alterar el plazo de 20 días establecido en la LAP:

CUARTO: [...] si bien el reglamento al cual se acogieron las partes para la tramitación del procedimiento arbitral se indica que el plazo para interposición del recurso de anulación de laudo es de 10 días a partir de la notificación del laudo [...], nuestra norma arbitral en su artículo 64 establece claramente que este se interpone dentro de los 20 días siguientes de la notificación del laudo o de la decisión que resuelve los recursos que provee la ley; situación que no concebimos, en tanto una norma contenida en un reglamento no puede prevalecer sobre una norma de carácter imperativo (SSC1 124-2012, p. 7).

4.3.2.3. Inicio del cómputo

El cómputo del plazo inicia desde la notificación del laudo. Sin embargo, dicha regla merece precisiones.

Y es que los casos de anulación contra un laudo emitido deben ser analizados de forma detallada. Aquí el cómputo del plazo dependerá de la notificación del laudo y de la resolución de las eventuales solicitudes post laudo (rectificación, interpretación, integración y exclusión). En específico:

- Si el laudo es notificado y ninguna de las partes plantea alguna solicitud post laudo, el plazo para solicitar la anulación del laudo se computa desde la mencionada notificación.
- Si el laudo es notificado y alguna de las partes presenta una solicitud post laudo luego de vencido el plazo para ello, el plazo para solicitar la anulación del laudo se computa desde la mencionada notificación (SSC1 179-2015, p. 2; entre otras).
- Si el laudo es notificado y algunas de las partes presenta una solicitud post laudo dentro del plazo para ello, pueden darse dos escenarios distintos:
 - Si vence el plazo del tribunal arbitral para resolver la solicitud post laudo sin que aquel se pronuncie, se entenderá que la solicitud ha sido rechazada (artículo 58.3 de la LAP). En ese caso, el término de 20 días hábiles para solicitar la anulación del laudo comienza a computarse desde el mencionado vencimiento (SSC1 82-2017, p. 14).

- Si el tribunal arbitral resuelve la solicitud post laudo y notifica dentro de plazo su respuesta, el término de 20 días hábiles para solicitar la anulación de laudo se computará desde la notificación de dicha respuesta.

Ahora bien, es claro que el punto de partida del cómputo es la notificación del laudo. ¿Qué pasa si no se produjo tal notificación? Mejor dicho, casos en los que la discusión se enlaza a una inexistente o indebida notificación del laudo. Para la jurisprudencia, en tales supuestos no es exigible cumplir con el plazo (SSC1 120-2011, p. 4). Puede decirse que el derecho a cuestionar un laudo surge desde que este es puesto en conocimiento a la parte, y mientras ello no se realice de la forma debida, el derecho no se ve sujeto a un plazo de caducidad.

En esa línea, la notificación del laudo debe hacerse de manera tal que el sujeto notificado pueda corroborar la veracidad del documento. Así por ejemplo, si el laudo es notificado mediante copia simple por la contraparte (una parte notifica a la otra), tal notificación no cuenta para efectos del cómputo del plazo de caducidad, pues la parte notificada no puede determinar de forma concluyente si el documento es veraz o no (SSC2 349-2014, p. 22).

En síntesis, el plazo para solicitar la anulación de laudo es de 20 días (hábiles) y es un plazo de caducidad. El cómputo iniciará según el supuesto específico (notificación de decisión que concluye el caso distinta a laudo, notificación de laudo con o sin subsiguientes solicitudes post laudo).

4.3.2.4. Caso especial: laudos parciales

Un tema particular es el del momento en que se debe demandar la anulación de laudos parciales. En esencia, existen dos posturas: por un lado, el laudo parcial debe ser impugnado dentro del plazo respectivo luego de su notificación (Osterling y Rebaza, 2013, p. 1314); por el otro, se debe esperar hasta la emisión del laudo final (Villa-García, 2009, p. 105).

Al respecto, abordaremos los siguientes temas: (i) la respuesta bajo una lectura de la LAP; (ii) la posibilidad de que las partes regulen en qué momento se puede plantear la demanda; (iii) el tratamiento actual del tema bajo la jurisprudencia; y (iv) la respuesta idónea bajo nuestro criterio.

En cuanto a (i), una lectura literal de la LAP permite concluir que la demanda de anulación contra el laudo parcial debe hacerse en el plazo respectivo desde la notificación del mismo. Es decir, no tiene que esperarse al laudo final. Ello se sustenta en las siguientes disposiciones:

- Por “laudo”, la LAP se refiere tanto al laudo “parcial” como al “final” (artículo 6).
- Según el artículo 59.1, “todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes”. Al respecto, la judicatura, al

comentar este artículo, entiende que el carácter definitivo se da “cuando el pronunciamiento arbitral pone fin al proceso arbitral o cuando estamos frente al supuesto de un laudo parcial” (SSC2 361-2014, p. 13).

Así, considerando que para la LAP no hay distinción entre laudo parcial y laudo final, la demanda de anulación contra un laudo parcial debería seguir las reglas establecidas para todos los casos. Es decir, la demanda debería presentarse dentro del plazo correspondiente luego de emitido el laudo parcial.

Ahora bien, esta postura genera algunos problemas. El principal radica en la generación de incertidumbre debido a que podrían darse pronunciamientos disímiles entre procesos judiciales de anulación de distintos laudos parciales y/o sobre el laudo final (Osterling y Rebaza, 2013, p. 1310). En realidad, en paralelo pueden darse varios procesos judiciales de anulación mientras a la vez también continúan las actuaciones arbitrales. Todo ello incrementa la chance de decisiones contradictorias y por tanto genera inseguridad jurídica.

Sea como fuere, consideramos que demandar la anulación del laudo parcial dentro del plazo respectivo desde su notificación no es la opción legislativa más adecuada. Ello porque en algunos casos, la existencia y magnitud de la afectación generada por el vicio puede variar según el resultado del laudo final.²⁹

Además, el control judicial sobre el arbitraje es *ex post*. Lo correcto es que el arbitraje concluya en su totalidad para que pueda iniciarse el proceso judicial respectivo. Los jueces deben ingresar a la escena una vez los árbitros dejan ella.

Sobre (ii) la posibilidad de que las partes regulen cuándo se presenta la demanda contra el laudo parcial, creemos que la misma no existe. Según expusimos antes, las partes no pueden modificar las normas que regulan el proceso judicial de anulación de laudo. En concreto, las partes no pueden suprimir o modificar las disposiciones sobre la procedencia de la demanda.³⁰

Por otro lado, (iii) la posición de la judicatura no ha sido uniforme. En algunos casos las demandas contra laudos parciales fueron admitidas, tramitadas y resueltas sin

²⁹ Por ejemplo, en un caso de responsabilidad contractual, una parte considera que no hubo equidad de trato en la audiencia previa al laudo parcial, y dicho laudo determinó que tal parte incumplió el contrato. Sin embargo, en el laudo final se concluye que el monto de indemnización es de cero al no haberse acreditado los daños.

En un caso como ese, si la demanda de anulación solo puede interponerse contra el laudo final, la parte definirá si le conviene impugnar un laudo que no le genera afectación patrimonial alguna. Sin embargo, si se exige que la demanda se interponga contra el laudo parcial dentro del plazo de 20 días de notificado este, la parte tendrá que definir si interpone la demanda aun desconociendo cuán grave será la afectación integral a sus intereses generada por el arbitraje.

³⁰ Al respecto, es ejemplar, por errado, el caso del anterior reglamento de arbitraje de la CCL. Su artículo 54 establecía que los laudos parciales “podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso”. Así, este reglamento, que se integra dentro del acuerdo de las partes sobre la tramitación del arbitraje, estipulaba una regla sobre la procedencia de la demanda de anulación contra un laudo parcial, lo que atenta contra el estatuto normativo del proceso de anulación de laudo.

esperar a la notificación del laudo final (SSC1 261-2013 y SSC1 38-2014; SSC2 47-2013).

Sin embargo, en otros casos se ha considerado improcedente la demanda contra un laudo parcial. Así, en la SSC1 300-2013 se señala lo siguiente:

En el caso de autos, no hay duda que la anulación de laudo que se pretende, se refiere a la anulación de laudo parcial [...], sin embargo, [...] no se ha demostrado que el proceso arbitral en el que se discute la cuestión principal que llevó al conflicto a las partes haya concluido con laudo, siendo que el pedido de anulación de laudo parcial, resulta prematuro, siendo un supuesto de falta de interés para obrar, ya que se ha solicitado tutela jurídica al Estado sin que se haya agotado la discusión sobre la materia controvertida central, más si la anulación de laudo parcial se debe hacer de forma conjunta con el laudo que resuelve la controversia principal (p. 3).³¹

En esa línea, en otros casos la judicatura ha tramitado demandas de anulación contra laudos parciales que fueron presentadas luego de notificado el laudo final (SSC1 251-2011, SSC2 159-2016, entre otras).

Luego, ante esta situación, lo idóneo resulta presentar la demanda de anulación contra laudo parcial dentro del plazo de 20 días desde notificación. De lo contrario se corre el riesgo de que, al presentarse la demanda una vez emitido el laudo final, se considere a esta improcedente.

Finalmente, (iv) nuestra posición es que el inicio del cómputo del plazo para presentar una demanda de anulación contra laudos parciales debe ser *variable*.³² En algunos casos, deberá computarse desde emitido el laudo parcial, y en otros solo luego de que se emita el laudo final.

En aquellos casos en que el laudo parcial constituya solo un pronunciamiento afirmativo³³ sobre la competencia (*award on jurisdiction*), la demanda de anulación deberá presentarse luego de emitido el laudo final. Ello debido a que, según expusimos, el control judicial sobre el arbitraje es *ex post*. El tribunal arbitral no ha concluido su función, pues todavía tiene que resolver la disputa de fondo.

Asimismo, en aquellos casos en que el pronunciamiento sea afirmativo sobre la competencia para ciertas pretensiones, pero negativo para otras, igual la demanda de anulación deberá presentarse después de emitido el laudo final. Ello por la regla específica establecida en el artículo 41.5 de la LAP.

³¹ A nuestro juicio, en este caso la judicatura aplica incorrectamente la noción de falta de interés para obrar. Ello debido a los argumentos previamente expuestos (obligatoriedad del laudo desde su notificación, sea este parcial o final).

³² Esta posición no es creación nuestra. A nivel local, la misma es manejada por Cantuarias (2020).

³³ Si el laudo concluyese que el tribunal no tiene competencia, entonces sería un laudo final, no parcial.

Cuando el laudo parcial constituya un pronunciamiento sobre el fondo, habrá que evaluar la *susceptibilidad de ejecución* del laudo parcial.

- Si el laudo parcial contiene mandatos ejecutables, el laudo podrá ejecutarse desde su emisión y por tanto el plazo para demandar la anulación deberá computarse desde dicho momento. Por ejemplo, un laudo parcial que ordena a A que indemnice a B por una suma líquida X, y las pretensiones pendientes a ser resueltas en el laudo final no tienen incidencia en el mandato mencionado.
- Si el laudo parcial contiene mandatos no ejecutables, el laudo no podrá ejecutarse desde su emisión, sino que deberá esperar a la expedición del laudo final. En estos casos, la demanda de anulación deberá esperar a que se emita dicho laudo final. Por ejemplo, un laudo parcial que declara que A generó daños contra B, pero el cálculo de los daños recién se hará en el laudo final.

4.3.3. Objeción oportuna (reclamo expreso previo)

En adición al plazo, la demanda de anulación solo será procedente si hubo una objeción oportuna —cuando esta corresponda— contra el vicio que sustenta la anulación. La objeción oportuna es la contracara de la renuncia a objetar: cuando una parte no cuestiona cierto vicio, se entenderá que este es tolerado y por lo tanto dicha parte abdica su derecho a cuestionarlo.

A nivel local, la LAP ha construido una figura específica que deriva de la renuncia a objetar: el reclamo expreso previo. Esta figura local tiene particularidades frente al concepto base.

Por lo tanto, a continuación haremos un desarrollo de la (a) renuncia a objetar y del (b) reclamo expreso previo. Ambos conceptos serán desarrollados en cuanto a (i) sus nociones, fuentes y ámbitos de aplicación; (ii) sus naturalezas; y (iii) sus contenidos.

4.3.3.1. Noción, fuentes y alcance

Renuncia a objetar

La renuncia a objetar es una figura ampliamente reconocida y empleada a nivel internacional (Born, 2014, p. 2186). Al respecto, el artículo 4 de la LMU señala:

Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar.

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

A nivel local, dicho concepto está reconocido en el artículo 11 de la LAP.

La renuncia a objetar es la *pérdida* de un derecho, el derecho a que cierto vicio procedimental o del convenio arbitral sea removido o solucionado. Cuando la parte afectada por dicho vicio no actúa (inacción) para cuestionarlo, se colige que la misma no tiene intención de hacerlo, y por tanto se extingue el derecho subyacente, el supuestamente afectado.

Ahora bien, esta renuncia no se restringe al plano del procedimiento arbitral. La pérdida del derecho impide que el mismo pueda ser invocado como fundamento para cuestionar el laudo, sea en vía de anulación o de ejecución. Al respecto, la Comisión a cargo de la elaboración de la LMU señaló que los efectos de la renuncia pueden extenderse hasta los procesos judiciales posteriores (anulación o ejecución) (UNCITRAL, 1985, p. 13)

Sin embargo, el *alcance* de la renuncia a objetar no es absoluto. Primero, una revisión al artículo 4 de la LMU —y, en el plano local, del artículo 11 de la LAP— denota que la renuncia solo aplica cuando la infracción se enlaza a los requerimientos del convenio arbitral o a disposiciones de regulación convencional del procedimiento arbitral. Es decir, del texto de dicha norma, se desprende que la renuncia a objetar solo aplica sobre los vicios procedimentales derivados de normas no imperativas.

En segundo lugar, y enlazado al punto anterior, en ciertos casos las afectaciones son de tal magnitud que se convierten en irrenunciables. Esto sucede, en aquellos casos en que el vicio en el procedimiento afecta el orden público procesal. Cuando el orden público se ve afectado, la parte puede denunciar dicha afectación ante las cortes judiciales incluso si no lo hizo, en su momento, ante el tribunal arbitral. Más aun, la transgresión al orden público puede ser conocida *ex officio* por la judicatura, tanto en anulación de laudo (artículo 34(2)(b)(ii) de la LMU) y en ejecución de laudo (artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York).

Reclamo expreso previo

El reclamo expreso previo es un requisito de procedencia que consiste en reclamar al tribunal arbitral por aquellos vicios que luego serán fundamento de la demanda de anulación de laudo. Su base normativa se encuentra en el artículo 63 (63.2, 63.4 y 63.7)³⁴ de la LAP.

³⁴ Artículo 63.- Causales de anulación.

“[...]

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

[...]

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

[...]

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”.

A diferencia de la renuncia a objetar, que es una figura muy común, el reclamo expreso previo establecido en la LAP puede calificar como figura “local”. En realidad, mientras que la mayoría de ordenamientos nacionales sí cuentan con disposiciones de renuncia a objetar, pocos contienen disposiciones de renuncia a objetar como renuncia a reclamar vía anulación de laudo (Lew et al., 2003, p. 685), que es precisamente la figura a la que el reclamo expreso previo se asimilaría.

Al respecto, un principal referente del esquema de reclamo expreso previo es Inglaterra. La *Arbitration Act* de 1996 contiene una regla de reclamo previo para cuestionar el laudo bajo la nominación de “pérdida de derecho a objetar” (“*loss of the right to object*”) en su artículo 73³⁵ (además de lo señalado en su artículo 70(2)³⁶).

En cuanto a su ámbito de aplicación, el reclamo expreso previo es un requisito de procedencia de demanda de anulación del laudo. Es decir, está circunscrito a dicho proceso judicial. Más aun, el reclamo expreso previo tiene un ámbito de exigibilidad parcial: aplica solo para algunas causales de anulación. Una lectura del artículo 63.2, 63.4 y 63.7 denota que se extiende a las causales del artículo 63.1, literales a), b), c), d) y g). A contrario, el reclamo expreso previo no se exige para las causales del artículo 63.1, literales e) y f).

4.3.3.2. Naturaleza

Naturaleza y fundamentos de la renuncia a objetar

³⁵ 73 Loss of right to object.

“(1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection—

- (a) that the tribunal lacks substantive jurisdiction,
- (b) that the proceedings have been improperly conducted,
- (c) that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or

(d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection.

(2) Where the arbitral tribunal rules that it has substantive jurisdiction and a party to arbitral proceedings who could have questioned that ruling—

- (a) by any available arbitral process of appeal or review, or
- (b) by challenging the award,

does not do so, or does not do so within the time allowed by the arbitration agreement or any provision of this Part, he may not object later to the tribunal’s substantive jurisdiction on any ground which was the subject of that ruling”.

³⁶ 70 Challenge or appeal: supplementary provisions.

“[...]

(2) An application or appeal may not be brought if the applicant or appellant has not first exhausted—

- (a) any available arbitral process of appeal or review, and
- (b) any available recourse under section 57 (correction of award or additional award)”.

La renuncia a objetar se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes (Born, 2014, p. 2187). Son las partes las que deciden que el cuestionamiento a un vicio en el procedimiento o en el convenio arbitral deba materializarse vía una objeción oportuna.

Se trata, entonces, de una figura de naturaleza *contractual*, de regulación convencional. Esta tiene su ámbito de aplicación en las actuaciones arbitrales, que precisamente son vienen definidas y reguladas por las partes. De ahí que la renuncia a objetar pueda encontrarse también en reglamentos arbitrales (Blackaby et al., 2015, p. 579). Así por ejemplo, tal renuncia está regulada en las Reglas UNCITRAL (artículo 32³⁷), las Reglas ICC (artículo 39³⁸) y a nivel local, las Reglas CCL (artículo 33³⁹). Asimismo, la LAP también reconoce esta figura (artículo 11).

Dada su naturaleza contractual, la renuncia a objetar no es una disposición *imperativa*. Las partes podrían establecer otros esquemas para regular el tratamiento y denuncia de los vicios. Por ejemplo, podrían modificar la figura y señalar que la renuncia debe ser necesariamente expresa.

Ahora bien, más allá de su naturaleza contractual, la renuncia a objetar también está fundamentada en otras razones.

Así, la renuncia a objetar se deriva del principio de no ir contra los propios actos, que a su vez se deriva del principio general de buena fe (Ezcurra, 2011, p. 136). La parte que se considera afectada por una actuación incorrecta o viciada debe manifestar su discrepancia con la misma y buscar la rectificación de la situación. La renuncia a objetar termina afectando tanto a la parte que actúa de mala fe como aquella descuidada o de actuación tardía (Caron y Caplan, 2013, p. 691).

Asimismo, la renuncia a objetar constituye una medida pro arbitraje. Por un lado con ella se insta a las partes a que discutan los vicios del procedimiento ante los propios

³⁷ Artículo 32

“Se considerará que una parte que no formule oportunamente objeciones ante un incumplimiento del presente Reglamento o de algún requisito del acuerdo de arbitraje renuncia a su derecho a objetar, a menos que dicha parte pueda demostrar que, en las circunstancias del caso, se había abstenido de objetar por razones justificadas”.

³⁸ Artículo 40

Renuncia

“Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con la conducción del proceso, ha desistido de su derecho a objetar”.

³⁹ Artículo 33

Renuncia a objetar

“Si una parte tuviera razones para considerar que no se ha cumplido con alguna disposición o requisito de este Reglamento, o con cualquier otra regla de procedimiento acordada por las partes o establecida por el Tribunal Arbitral o que de otro modo resulte aplicable y, a pesar de ello, continúa con el arbitraje sin expresar en un plazo de cinco días su objeción respecto a tal incumplimiento o, en su caso, sin formular reconsideración conforme al artículo 36(6), se entiende que renuncia a su derecho a formular una objeción al respecto”.

árbitros. No hacerlo ante ellos impediría que, luego, pudieran cuestionar tales temas ante las cortes nacionales. Los árbitros, entonces, deberían despejar cualquier incidencia arbitral, y solo luego de que estos se pronuncien la parte discrepante podría acudir a la judicatura nacional.

Por otro lado, la renuncia a objetar busca evitar reclamos tardíos que generen interrupciones en el procedimiento arbitral (Caron y Caplan, 2013, p. 692). La idea es que el procedimiento no deba “retroceder” para el tratamiento y solución de un tema que ya había sido superado sin que, en su momento, la parte afectada haya cuestionado el mismo. Así, se busca cuidar la eficiencia del procedimiento arbitral.

Naturaleza y fundamentos del reclamo expreso previo

Las disposiciones sobre reclamo expreso previo conforman un requisito de procedencia para una demanda de anulación, y por tanto mandatorias e indisponibles. No pueden ser reguladas por las partes. El reclamo expreso previo deriva de la renuncia a objetar, pero tiene una naturaleza distinta.

El reclamo expreso previo se encuentra regulado en el artículo 63 de la LAP, dentro del Título VI – Anulación y ejecución de laudo de la LAP. Es una norma que está fuera del ámbito de regulación de las partes: es *indisponible*.⁴⁰ Más aun, se considera que dicha norma “es de orden público y de carácter imperativo” (SSC1 1-2014, p. 8). En realidad, según expusimos, todo el estatuto normativo sobre anulación de laudo es de orden público, por lo que sus disposiciones no pueden ser alteradas por las partes salvo autorización expresa de la norma.

Un aspecto que merece análisis es si las partes podrían, mediante acuerdo, establecer exigencias adicionales en el reclamo expreso previo. Es decir, sin eliminar o reducir el contenido establecido por la LAP, las partes adicionan elementos o requisitos al reclamo expreso previo.

En este caso, podría argumentarse que las partes no atentan contra la naturaleza indisponible del reclamo expreso previo, sino que se limitan a añadir componentes de naturaleza “convencional”. Esta, incluso, parece haber sido la posición de la judicatura en un caso: “el reglamento al cual se sometieron las partes no prevee [sic] un reclamo específico como requisito previo de procedencia para la interposición del recurso de anulación del laudo; por tanto, al haberse cuestionado el Convenio Arbitral con la interposición de la excepción de incompetencia se colige que la recurrente ha efectuado reclamo respecto a la causal alegada” (SSC1 46-2013, p. 7).

Sin embargo, dicha posición es errada. Bajo el marco normativo peruano, los requisitos de *procedencia* de una demanda no pueden ser regulados por las partes, sea para suprimirlos, reducirlos o incluso hacerlos más rigurosos. El reclamo expreso previo, en tanto requisito de procedencia, se evalúa solo en función a las normas

⁴⁰ Esto, naturalmente, tiene un impacto en la renuncia tácita a objetar. Si bien formalmente la misma es disponible, al hacer que una manifestación de aquella (el reclamo expreso previo) sea imperativa, en la práctica están haciendo ilusoria la disponibilidad de la renuncia tácita a objetar.

establecidas para el mismo, sin importar lo que las partes pudieran haber pactado al respecto.

Así, es razonable concluir que, en Perú, la renuncia tácita a objetar no constituye una actuación regulable por las partes, sino que más bien es de obligatorio cumplimiento pues se manifiesta en una figura regulada en el capítulo de la LAP sobre anulación de laudo (el reclamo expreso previo).

Ahora bien, pese a que el reclamo expreso previo tiene una naturaleza distinta a la de la renuncia a objetar, comparten fundamentos. Mejor dicho, al ser el reclamo expreso previo una manifestación de la renuncia a objetar, aquel comparte los fundamentos de esta. Así, de entrada, el sustento base es la buena fe: “se ha hecho derivar el requerimiento de reclamo previo para el recurso de anulación, entre otras cosas, del principio general de buena fe” (SSC2 97-2016, p. 7).⁴¹

Sobre ello, el objetivo del reclamo expreso previo es que la corrección de los vicios del arbitraje se haga por los propios árbitros; esto es “la posibilidad con que cuenta el proceso arbitral de recomponer con independencia las deficiencias que puedan originarse a su interior” (SSC1 167-2012, p. 6). Sin embargo, vale precisar que este fundamento no resultará aplicable en todos los casos. Por ejemplo, cuando el laudo se emita fuera del plazo establecido, el reclamo expreso previo no podrá revertir tal situación.

De manera concreta, el reclamo expreso previo tiene como objeto que un laudo no sea anulado por vicios que pudieron ser resueltos por los propios árbitros (SSC2 50-2016, p. 5). El reclamo expreso previo impide a las partes “guardar” un vicio hasta el fin del arbitraje para utilizarlo en sede judicial (SSC1 198-2013, p. 11). La contingencia de no invocar el tema en sede arbitral es, pues, la pérdida de la facultad de emplearlo como motivo de causal de anulación de laudo (SSC2 97-2016, p. 7).

Ahora bien, y según expusimos antes, el reclamo expreso previo no aplica para todas las causales. Así, las causales de inarbitrabilidad y de afectación al orden público internacional (artículo 63.1, literales e) y f)) no requieren hacer reclamo previo alguno. Esto responde a la *gravedad* de tales supuestos.

En estricto, algunos casos de inarbitrabilidad o afectación al orden público internacional podrían ser solucionados por los propios árbitros a pedido de alguna de las partes (por ejemplo, el pedido de exclusión sirve contra pronunciamientos sobre materia no susceptible de arbitraje). Sin embargo, aun así no se requiere el reclamo expreso previo.

Los supuestos de pronunciamiento sobre materia inarbitrable o de afectación al orden público resultan especialmente lesivos para el ordenamiento jurídico. Al respecto, basta señalar que la gravedad de estos supuestos se evidencia en la habilitación de la LAP para que los jueces puedan pronunciarse sobre ellos *ex officio* (artículo 63.3 y 63.6). Dicha decisión denota que la norma no toleraría laudos arbitrales que atenten

⁴¹ En el mismo sentido: SSC2 152-2017, p. 4.

contra la arbitrabilidad o el orden público internacional, autorizando por ello a los jueces para invocar, tramitar y resolver sobre tales supuestos.

En síntesis, el reclamo expreso previo se fundamenta en:

- 1) El principio de buena fe en su vertiente de los actos propios.
- 2) Lograr que el arbitraje resuelva dentro de sí mismo las anomalías acaecidas y que lo haga sin distorsionar el desarrollo del procedimiento.
- 3) Evitar que las partes reserven vicios como fundamentos de anulación de laudo sin que estos hayan sido puestos a conocimiento en el fuero arbitral.

4.3.3.3. Contenido

Contenido de la renuncia a objetar

La renuncia a objetar, bajo su redacción, en la LMU tiene cuatro requisitos: el incumplimiento, el conocimiento del incumplimiento, el retraso indebido y la continuación con el procedimiento (Holtzmann y Neuhaus, 1989, pp. 195-200).

- Debe existir un incumplimiento, sea a algún requisito del convenio arbitral o a alguna disposición de regulación convencional del procedimiento arbitral.
- Es necesario que la parte tenga conocimiento del incumplimiento acaecido. Sin conocimiento, la parte no puede objetar el incumplimiento, por lo que en dichos casos no se configura la renuncia. En realidad, el enfoque debe estar en si la parte *debió* tener conocimiento del hecho (Born, 2014, p. 2188), con ello las consecuencias de la falta de diligencia de la parte son asumidas por ella misma.
- Retraso indebido. La parte deberá cuestionar el incumplimiento dentro del plazo establecido. En caso no haya plazo, deberá hacerlo “sin demora injustificada” (LMU, artículo 4). En ambos casos, el sentido es evidente: permitir un período largo o indeterminado para objetar haría obsoleta en la práctica a la figura de renuncia a objetar.
- Continuación con el procedimiento. Enlazado al punto anterior, la parte debe proseguir con las actuaciones arbitrales. Que una parte no denuncie el vicio pero que a la vez despliegue otras actuaciones en relación al procedimiento permite inferir que tiene conocimiento del desarrollo del procedimiento y decide continuar con el mismo sin cuestionar el mencionado vicio.

Contenido del reclamo expreso previo

El reclamo expreso previo sigue, en general, los requisitos de la renuncia a objetar. Para la jurisprudencia, el contenido común a todo reclamo expreso previo es que este sea oportuno, expreso, y esté acreditado en el expediente.

Primero, el reclamo debe ser *oportuno*, debe formularse tan pronto como sea posible. Al respecto, la jurisprudencia de forma copiosa considera lo siguiente: “oportuno, esto es, formulado ante el Tribunal Arbitral en la primera oportunidad que el

interesado tenga para hacerlo” (SSC1 8-2017, p. 5). Esta premura en el planteamiento del reclamo expreso previo es importante, puesto que lo contrario precisamente implicaría incurrir en un supuesto de renuncia tácita a objetar; en palabras de la jurisprudencia: “proceder en forma distinta importaría una suerte de convalidación del hecho cuestionado e incluso la aplicación del artículo 11° [sobre renuncia tácita a objetar] del Decreto Legislativo N° 1071 en cuanto fuera aplicable” (SSC1 157-2017, p. 5)

Normativamente, el requerimiento de actuación oportuna se deriva del artículo 11 de la LAP, que señala que la objeción debe hacerse “tan pronto como sea posible”; y del artículo 63.2 al señalar que el reclamo debe hacerse “en su momento” .

Sin embargo, más allá de la redacción legislativa, el requerimiento de actuación oportuna se enlaza a los fundamentos del reclamo expreso previo. Este reclamo busca suprimir no solo a la parte maliciosa, sino también a la parte “torpe”, que actúa con demora. Luego, las partes deben estar atentas al procedimiento arbitral y cuestionar el vicio tan pronto como *podieran* haber detectado el mismo.

Ahora bien, la LAP no establece un plazo determinado para plantear el reclamo expreso previo. En realidad, ello no resulta una omisión, sino un acierto de la norma. No es viable establecer un plazo definido para todos los supuestos del reclamo expreso previo, la actuación “oportuna” se definirá caso por caso. Sin perjuicio de ello, más adelante presentaremos un desarrollo para los principales escenarios.

Segundo, el reclamo debe ser expreso, para numerosa jurisprudencia “esto es, que en sede arbitral se haya reclamado expresamente el mismo vicio que se denuncia vía recurso de anulación” (SSC1 8-2017, p. 5). Es decir, el reclamo debe identificar de forma precisa el vicio. No basta con que la parte alegue la presencia de vicios o errores de manera genérica y ambigua. La delimitación del vicio es necesaria para que los árbitros tomen conocimiento de en qué consiste tal anomalía y, sobre ello, evalúen si el mismo efectivamente existe y puede ser revertido

Para que el reclamo sea expreso es necesario identificar dos elementos: el vicio propiamente dicho, con los caracteres que lo individualizan; y la afectación que el mismo genera a los derechos de las partes.

Tercero, el reclamo expreso previo debe estar acreditado en el expediente. Esto significa que debe existir una constancia de su presentación dentro del mismo. Ello no implica que deba presentarse en todos los casos mediante un escrito (ej. el reclamo podría constar en la transcripción de una audiencia); pero en todos los escenarios el mismo debe estar registrado en el expediente.

En síntesis, el reclamo expreso previo es un requisito de procedencia para determinadas causales de anulación de laudo, que se deriva de la renuncia tácita a objetar. Su fundamento radica en la buena fe, en no permitir actos propios, permitir que los vicios del arbitraje se resuelvan dentro del mismo y que las partes no reserven temas para la judicatura sin haberlos puesto en conocimiento al fuero arbitral.

4.4. Pruebas

La LAP establece que en el proceso de anulación de laudo “solo pueden ofrecerse documentos” (artículo 64.2). Esta restricción implica que las partes no podrán ofrecer otros medios de prueba, sean típicos, como declaraciones, pericias o inspecciones judiciales, o atípicos —salvo que puedan tomar la forma de un documento—.

Entendemos que el fundamento de esta restricción radica en que el trámite de este proceso judicial, según expusimos, es rápido e incidental. Así, el permitir la actuación de pruebas no documentales significaría una etapa probatoria más larga para el proceso judicial de anulación de laudo. El legislador, entonces, hizo un balance entre la necesidad de exhaustividad del análisis judicial y la celeridad en la emisión de la decisión. Optó —acertadamente— por la primera.

Que las partes no puedan presentar medios probatorios distintos a los documentos constituye una decisión válida. Pese a ello, puede resultar problemática en algunos casos. Una parte puede invocar una afectación cuyo sustento radique en alguna actuación no recogida en texto. Por ejemplo, una audiencia oral que evidencia el trato despectivo del árbitro para con una parte y por tanto su falta de imparcialidad. La transcripción escrita de la audiencia no logrará transmitir todo lo que pueda apreciarse de una revisión a una grabación audiovisual. Otro ejemplo está en casos de corrupción: muchas veces estos se acreditarán no mediante documentos, sino por otras clases de medios probatorios.

Por ello, consideramos que hubiese sido adecuado precisar que todo el expediente arbitral, sea cual sea su formato, sí se integrará al expediente del proceso judicial.

Ahora bien, la restricción tiene una consecuencia significativa: impide que los árbitros puedan declarar como testigos en el proceso de anulación. Este es un tema polémico, discutido ya en otras jurisdicciones.

En ordenamientos de *common law*, la idea de que los árbitros sean llamados como testigos no ha sido rechazada de plano. Así, en Inglaterra, en *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* ([1871-1872] L.R. 5 H.L. 418), la *House of Lords* reconoce ello, con el límite de que el testimonio no puede versar sobre el contenido del laudo, pues “as soon as the award is made it must speak for itself” [tan pronto como el laudo sea emitido este debe hablar por sí mismo].

En ordenamiento de derecho civil, la situación es similar. En un caso francés, mediante decisión del 29 de mayo de 1992, la *Cour d'appel de Paris* señaló que no era legalmente viable que el árbitro fuese llamado como testigo, pues posee los mismos derechos y deberes que un juez dada su función. Según Fouchard, algunos argumentos (como la confidencialidad) le parecían discutibles a la *Cour d'appel*, por lo que esta buscó “un fondement plus large à son refus d'entendre les arbitres comme témoins” [un fundamento más amplio para su rechazo a escuchar a los árbitros como testigos] (1996, p. 333). Por ello, se llegó a la analogía entre árbitro y juez.

En Perú, el legislador ha resuelto el tema de forma indirecta. Dado que la norma no permite el ofrecimiento de pruebas no documentales, es inviable evaluar si cualquier persona (incluyendo los árbitros) puede rendir su testimonio.

A nuestro parecer, lo ideal es que el marco normativo permita al árbitro rendir testimonio, siempre que este consienta hacerlo.

Las causales de anulación constituyen cuestiones de naturaleza formal (por “formal”, nos referimos a las cuestiones enlazadas al arbitraje como instrumento de solución de controversias). No parece eficiente permitir que un árbitro rinda su declaración para temas como los de la validez del convenio arbitral, vicios procedimentales, decisiones *ultra petita*, etc. Sin embargo, en algunos casos el testimonio del árbitro podría resultar importante para esclarecer los hechos acaecidos y para proteger la imagen de este en cuanto a su aptitud como árbitro.

Por ejemplo, una demanda de anulación en la que se imputa corrupción en el arbitraje, un árbitro y una parte que, coludidas, intentaron influenciar indebidamente sobre el presidente del tribunal. Este podría tener el legítimo interés de dar su versión, y con ello contribuir en la resolución correcta del caso y en despejar dudas sobre su imparcialidad.

Para finalizar, el esquema normativo impide que los árbitros puedan ser llamados a declarar y a ser interrogados. Luego, las partes sí podrían presentar declaraciones por escrito de los árbitros, en las que estos pudieran dar su perspectiva en relación a los hechos acaecidos. Naturalmente, dicho testimonio no debería versar sobre el fondo de la controversia, pues ello socavaría la validez del laudo.

CAPÍTULO II

ASPECTOS TEÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL

Arbitraje y proceso judicial no son iguales. Sin embargo, en tanto manifestaciones concretas de heterocomposición, comparten ciertas cualidades en común. Para el arbitraje, esta cercanía conlleva beneficios y peligros.

Beneficios, en tanto el arbitraje puede aprovechar el extenso desarrollo realizado por el derecho procesal sobre instituciones propias de un mecanismo *adversarial* de solución de controversias. Peligros, por el riesgo de *equiparación* indebida. Arbitraje y proceso judicial pueden tener puntos en común, pero es indiscutible que son instituciones diferentes y con algunas características opuestas o excluyentes.

Al respecto, un punto desafiante es el de la *justicia procedimental* (*procedural fairness*). Arbitraje y proceso judicial, ambos, deben observar ciertas reglas y principios que garanticen la corrección del resultado final. Es virtualmente imposible que un procedimiento injusto pueda dar lugar a un resultado justo. Pueden decirse que la justicia procedimental es un elemento necesario —pero no suficiente— para garantizar una decisión final justa.

Aparece aquí la noción de *debido proceso*. Este es una manifestación concreta de la justicia procedimental —aunque en estricto ya ha trascendido el ámbito procedimental, lo que se denota en la noción de debido proceso sustantivo— con un alcance en distintas ramas del derecho, especialmente en la del derecho procesal.

Así, el derecho procesal ha desarrollado un concepto de debido proceso acorde al proceso judicial. En la misma línea, el arbitraje ha desarrollado un conjunto de principios y reglas que materializan la justicia procedimental en el arbitraje. Dicho conjunto podría denominarse debido proceso arbitral. Y sin embargo, claramente la noción del debido proceso judicial no puede ser trasladada sin mayor miramiento al arbitraje. Un vulgar ejercicio de *copy & paste* resulta, de plano, inadmisibles.

Este capítulo se enfoca en desarrollar, a nivel teórico, el concepto de debido proceso arbitral en Perú. Por lo tanto, desarrollaremos (a) la concepción del debido proceso arbitral, incluyendo el análisis de los presupuestos necesarios para su estudio; (b) su contenido; y (c) su estructura.

1. Concepción del debido proceso arbitral

1.1. Conceptos base

Para desarrollar de manera adecuada el concepto de debido proceso en el arbitraje, es pertinente primero hablar sobre (i) la justicia procedimental, en tanto el debido proceso (judicial o arbitral) es una manifestación de aquella; y (ii) el debido proceso en sentido general.

1.1.1. Concepto base: justicia procedimental

La justicia procedimental es un conjunto necesario de reglas y principios para la decisión correcta en actividades sociales como la resolución de disputas (dinámicas conflictivas) (Grey, 1977, p. 184) y actividades similares, como las dinámicas competitivas (Denny, 2003, pp. 228-234). En realidad, la justicia procedimental aplica a cualquier dinámica de adjudicación de recursos, de ahí que la misma pase por cubrir temas como los problemas familiares (Grey, 1977, p. 182) hasta las políticas públicas (Sunstein, 2006, pp. 619-646).

Si nos enfocamos en conflictos y actividades competitivas, encontraremos que la justicia procedimental no se manifiesta solo en el ámbito legal, sino que cubre otros escenarios. Esto es, la justicia procedimental se manifiesta en distintos contextos (Bobocel y Gosse, 2015, p. 51) y por lo tanto es objeto de estudio por varias disciplinas. Veamos ejemplos:

- Conflictos
 - Conflicto legal: una demanda judicial de indemnización.
 - Conflicto fuera del ámbito legal: la decisión de un padre que resuelve un problema de convivencia entre sus hijos.

- Competencias
 - Competencia legal: una licitación pública para la construcción de una obra.
 - Competencia fuera del ámbito legal: todos los alumnos que rindan un examen escolar deben hacerlo en igualdad de condiciones.

En todos estos casos, la *legitimidad* de la decisión requiere que la misma haya observado criterios de justicia procedimental. En última instancia, la justicia procedimental tiene un fundamento psicológico (Barrett-Howard y Tyler, 1975, pp. 296-304), la noción de moral de las personas inclinan a estas por buscar que el procedimiento establecido observe reglas y principios que lo hagan justo.

1.1.2. Debido proceso – perspectiva general

1.1.2.1. Definición

La justicia procedimental, expusimos, se aplica en diversos ámbitos (dinámicas familiares, sociales, legales, etc.). En el campo legal, aquella se manifiesta bajo la etiqueta de debido proceso.⁴² Por lo tanto, el debido proceso puede definirse como la expresión de la justicia procedimental en mecanismos que abordan asuntos de relevancia jurídica.

⁴² Sin embargo, se trata de una manifestación particular, pues incluye elementos que son ajenos a la justicia procedimental, como lo es el debido proceso sustantivo (Grey, 1977, p. 182)

Desde el derecho procesal, el debido proceso es un (i) principio constitucional y un (ii) derecho fundamental a la vez. Esto se desprende del artículo 139 de la Constitución, pues este señala que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso [...]”.

El (i) principio constitucional del debido proceso significa que este se configura como un criterio que alcanza y recae sobre toda la estructura procesal. En otras palabras, los elementos del proceso deben armonizar con aquellos parámetros que son necesarios para asegurar la justicia procedimental.

Luego, el principio del debido proceso deriva en exigencias para el proceso. Este deberá estar diseñado de forma tal que sus etapas, actuaciones y elementos conformen una estructura que materialice la justicia procedimental. Así, el principio del debido proceso se concretizará en reglas concretas, cuya observancia será obligatoria.

Sin embargo, la satisfacción del debido proceso no se limitará solo al cumplimiento de las reglas concretas derivadas de aquel concepto. Los sujetos involucrados en la tramitación del procedimiento deberán actuar de forma tal que el debido proceso se vea respetado, y ello implica no solo observar las reglas, sino también desplegar un comportamiento acorde al debido proceso incluso en supuestos de ausencia de reglas específicas.

Asimismo, el principio del debido proceso no solo genera exigencias, sino también derechos, lo que nos lleva al siguiente punto.

El (ii) derecho al debido proceso es un derecho para los sujetos cuyos derechos o intereses estén siendo dilucidados en el proceso. Es, en primer lugar, un derecho de naturaleza procesal, por lo que “carece de un ámbito constitucionalmente protegido de manera autónoma” (Landa, 2012, p. 16). En efecto, el derecho al debido proceso se enlaza a la protección de otros derechos o intereses, de naturaleza sustantiva y que se dilucidan en el proceso o procedimiento que, precisamente, está sujeto a las exigencias del debido proceso.

Este derecho es de naturaleza fundamental. Es decir, derecho inherente a los sujetos, y como tal, irrenunciable e inalienable. Irrenunciable porque las personas no pueden renunciar a seguir un proceso debido; e inalienable porque “su titular no puede sustraerse a su ejercicio” (STC 288-2012-PHC/TC, fundamento 6).

Por otro lado, se trata de un derecho “continente”. El debido proceso, como derecho, se manifiesta en distintos derechos concretos, también de naturaleza fundamental, que conforman en conjunto el mencionado derecho. Naturalmente, los derechos específicos contenidos dentro de la noción variarán según el ámbito en el que se ubique el debido proceso.

1.1.2.2. Extensión

El concepto de debido proceso no es unívoco ni uniforme para todo el campo legal (Macdonald, 1981, p. 4). A nivel local, el TC ha señalado que el debido proceso alcanza a “todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo o particular o de cualquier otra índole)” (STC 579-2013-PA/TC, fundamento 5). Así, la estructura y contenido del concepto no va a ser la misma para los diversos temas y asuntos legales. Por ejemplo, el debido proceso en un proceso judicial penal no va a tener los mismos elementos que en un procedimiento de licitación.

En Perú, el debido proceso está reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución. Es, en sentido estricto, la única mención en toda la carta magna —más allá de que otras expresiones enlazadas al debido proceso estén ubicadas en distintas disposiciones de dicho cuerpo—. Este artículo, el 139, se ubica dentro del Capítulo VIII – Poder Judicial y se titula “Principios de la Administración de Justicia”.

Bajo una lectura superficial, parecería que el debido proceso regulado en la constitución se refiere solo al ámbito judicial; es decir, el debido proceso judicial. Sin embargo, el debido proceso aplica sobre cualquier tema legal en el que resulte pertinente. Así, “puede hablarse de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.” (Landa, 2012, p. 16). Ello se debe a la eficacia vertical y horizontal del derecho al debido proceso.

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental, y en dicha condición, es eficaz tanto en relaciones verticales como horizontales. La eficacia vertical significa que todos los poderes públicos se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales (STC 3179-2004-AA/TC, fundamento 17). La eficacia horizontal hace que los derechos fundamentales deban también ser respetados en “relaciones jurídicas de derecho privado” (STC 6730-2006-PA/TC, fundamento 9).

Al amparo de la eficacia vertical y horizontal, el debido proceso, en tanto derecho fundamental, trasciende el ámbito de la función judicial y se inserta también en todo el entramado de la vida en sociedad. Luego, el debido proceso cubre los siguientes ámbitos:

- Relación ciudadano – estado (eficacia vertical).
 - En la función judicial – debido proceso judicial.
 - En la función ejecutiva – debido procedimiento.
 - En la función legislativa – debido proceso “parlamentario” (STC 2364-2008-PHC/TC, fundamento 16).

- Relación entre particulares (eficacia horizontal).
 - Debido proceso “corporativo particular” (STC 228-2009-PA/TC).
 - Debido proceso en otras relaciones entre particulares que involucren un conflicto entre sus derechos e intereses con relevancia jurídica.

Naturalmente, este desglosamiento de la noción fuente (debido proceso) deriva en que no todas estas expresiones concretas del debido proceso tengan idéntico contenido, sino que este se adaptará al tipo de asunto legal involucrado.

En otras palabras, la construcción del debido proceso en el ordenamiento jurídico es peculiar. Lo usual sería delimitar primero la base general (debido proceso) para luego trabajar y desarrollar cada una de las expresiones concretas. Sin embargo, el método seguido es otro: se delimita una expresión concreta, la del debido proceso judicial, y se ejerce un rol de “irradiación” hacia otros ámbitos. Así:

El derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado (STC 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC [acumulados], fundamento 35).

Esto, como veremos más adelante, resulta de especial importancia al analizar cómo es que se ha construido la noción de debido proceso arbitral en Perú.

1.2. Presupuestos

En adición a los conceptos base que dan lugar a la noción de justicia procedimental en el arbitraje, es necesario manejar como presupuestos dos temas que conforman el contexto involucrado: (a) la ley procedimental del arbitraje; y (b) el procedimiento arbitral.

1.2.1. Ley procedimental del arbitraje

La ley procedimental del arbitraje puede considerarse como una parte (central) de la *lex arbitri* (Born, 2014, p. 1601; Blackaby et al., 2015, p. 175). Es, en esencia, el marco normativo que regula todos los aspectos relativos al procedimiento arbitral, lo que cubre dos bloques principales (Born, 2014, pp. 1598-1599):

- Procedimientos internos del arbitraje. Aquí se ubican temas como la confidencialidad y los “*standards of procedural fairness*” [estándares de justicia procedimental].
- Interrelación entre el arbitraje y las cortes judiciales. Aquí se ubican temas como la asistencia al arbitraje (colaboración en la actuación de pruebas, designación residual de árbitros, etc.) y el control sobre el arbitraje (anulación del laudo, separación de árbitros, etc.).

En 1.1.1., señalamos que la justicia procedimental es un conjunto de principios y reglas necesarias para que el mecanismo derive en un resultado justo. Sobre ello, es en la ley procedimental del arbitraje en la que podremos ubicar a dicho conjunto de principios y reglas. Como veremos en 1.4.2., es la fuente principal del debido proceso arbitral.

Una anotación final pero necesaria: la elección de la ley procedimental. En virtualmente todos los casos la ley procedimental del arbitraje será la ley de la sede del arbitraje. Primero, la *lex arbitri* es, por definición, la ley de la sede del arbitraje. Sobre ello, si bien algunos países (por ejemplo Suiza) permiten, aun cuando sea suya la *lex arbitri*, elegir una ley procedimental del arbitraje distinta, se trata de una decisión que complica el arbitraje (Blackaby et al., 2015, pp. 176-177) y por lo tanto poco usada.

En síntesis, la elección de la ley procedimental del arbitraje conlleva a su vez la elección de los estándares de justicia procedimental que aplicarán al arbitraje. Veremos después que es de la ley procedimental del arbitraje que se construyen las nociones de debido proceso arbitral internacional y debido proceso arbitral local.

1.2.2. Procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral es la estructura establecida para dar lugar a la decisión final (laudo) sobre la controversia sometida a arbitraje. Este está conformado por un conjunto de reglas, que pueden ser de dos tipos: (i) reglas imperativas por ley y (ii) reglas de regulación convencional.

(i) Reglas imperativas por ley

La ley procedimental del arbitraje puede establecer un conjunto de reglas *obligatorias* para el procedimiento. La voluntad de las partes no permite que estas puedan liberarse del cumplimiento de estas reglas.

En la práctica, la mayoría de los ordenamientos legales no establece muchas reglas imperativas específicas para los procedimientos arbitrales; por el contrario, dichos ordenamientos se limitan a establecer disposiciones procesales generales (Born, 2014, p. 1603). Esto, como veremos en (ii), da un amplio margen de actuación para las reglas de regulación convencional.

Ahora bien, estas reglas imperativas muchas veces tendrán fundamento en los estándares de justicia procedimental que el Estado adopta para el arbitraje. O mejor dicho, es la protección de la justicia procedimental lo que motivará al Estado a establecer disposiciones de naturaleza imperativa para el procedimiento arbitral.

Sin embargo, las reglas imperativas pueden en algunos casos fundarse en consideraciones distintas a las de la justicia procedimental. Cuestiones de política legislativa y otros intereses pueden también ser el fundamento de reglas imperativas. En resumen, las reglas imperativas pueden tener sustento en:

- Estándares de justicia procedimental. Por ejemplo, el artículo 18 de la LMU establece que “[d]eberá tratarse a las partes con igualdad [...]”. La norma tiene fundamento en un principio general de justicia: el trato equitativo para las partes. Otro ejemplo: todo árbitro debe ser y permanecer imparcial (artículo 28 de la LAP).

- Otros fundamentos. El Estado podría establecer dentro de la ley procedimental del arbitraje ciertas reglas que se fundamenten en razones distintas a la justicia procedimental. Por ejemplo, un Estado que quiera incentivar el surgimiento y desarrollo de más entidades administradoras de arbitrajes podría proscribir el arbitraje *ad hoc* y establecer que el arbitraje deberá estar siempre administrado por una institución.

(ii) Reglas de regulación convencional

Las reglas de regulación convencional son aquellas que han sido adoptadas por las partes para el procedimiento de su arbitraje. Estas reglas pueden surgir de:

- Pacto directo, plasmado en un acuerdo expreso de las partes. Esto es, las partes manifiestan su intención de que ciertas reglas, diseñadas por ellas, apliquen al arbitraje.
- Pacto indirecto. Las partes deciden derivar la reglamentación del procedimiento arbitral a un cuerpo “externo”. Podrían así, remitirse a instrumentos ajenos (como los reglamentos arbitrales) o al criterio de otros sujetos (como los árbitros).
- Pacto por omisión, cuando aplican las reglas supletorias establecidas en la ley. En efecto, el marco normativo puede establecer un conjunto de reglas procedimentales incluso con alto nivel de detalle; y sin embargo tales reglas están dentro del “dominio” de las partes, pues son de naturaleza supletoria.

Vale precisar que estos modos de pacto no son excluyentes. En realidad, el margen de libertad para la definición de las reglas de regulación convencional es bastante amplio. Las partes pueden generar un set de reglas derivado de distintas fuentes, como reglamentos arbitrales, *case law*, provisiones de normas, etc. (Fouchard, Gaillard, Goldman y Savage, 1999, p. 633).

Es importante notar que las reglas de regulación convencional deben respetar lo establecido en las reglas imperativas. En esa línea, las reglas de regulación convencional pueden *encauzar* afectaciones a estándares de justicia procedimental. Por ejemplo, si se ejecuta una regla que dice que una de las partes puede informar oralmente y la otra no, se están violando los mencionados estándares.

1.3. Cuestiones nominales y metodológicas

1.3.1. Nominación y construcción de la justicia procedimental en el arbitraje

Nominación de la justicia procedimental en el arbitraje

Es indiscutible que el arbitraje debe observar ciertas reglas y principios, necesarios para que el laudo contenga una decisión legítima.⁴³ Ahora bien, si el proceso judicial aplica la noción de debido proceso judicial, ¿por qué no emplear la expresión de debido proceso arbitral para el arbitraje?

Al respecto, es peculiar notar que existe cierta reticencia a emplear dicha expresión en el medio arbitral. Veamos primero a los principales instrumentos internacionales. El artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York establece como causal de oposición a la ejecución de laudos internacionales al supuesto en que una parte “no ha podido [...] hacer valer sus medios de defensa”. Similar redacción tiene la versión en inglés (“[...] was otherwise unable to present his case”). No existe, en los artículos de la Convención de Nueva York, mención alguna a las expresiones *due process* o debido proceso.⁴⁴

Por su parte, la LMU tampoco emplea la expresión de debido proceso. El artículo 34(2)(a)(ii) establece como causal de anulación de laudo al supuesto en que una parte “no ha podido [...] hacer valer sus derechos”. Por su lado, la versión en inglés emplea la frase “was otherwise unable to present his case”. Dichas expresiones se repiten para en las causales para rechazar la ejecución de laudos.

Este esquema, que omite la expresión de debido proceso, se ha replicado en los principales ordenamientos nacionales a nivel global y de Latinoamérica. Estos sí contienen disposiciones sobre justicia procedimental para el arbitraje, pero no emplean tal específica expresión. Así, la FAA de Estados Unidos de América y la *Arbitration Act* de Inglaterra no emplean la expresión *due process*. En España, la Ley 60/2003 no usa la frase de “debido proceso”. En Francia, los artículos sobre arbitraje del *Code de procédure civile* no emplean la expresión *procédure régulière* u otra similar. Y en Alemania, los artículos sobre arbitraje del ZPO no contienen las expresiones *ordnungsgemäßes Gerichtsverfahren* (debido proceso) o *fairen Verfahren* (*fair trial* o juicio justo).

En Latinoamérica, la situación es similar. Países como México, Chile, Argentina —al menos en cuanto a arbitrajes internacionales— y Perú no emplean la expresión de debido proceso. La excepción es Colombia, que emplean tal expresión en los artículos 51 y 58 de la Ley 1563 de 2012;⁴⁵ precisamente, el mencionado artículo 58 requiere

⁴³ En sentido lato, puede decirse que la decisión debe ser “justa”. En sentido estricto, la decisión debe ser conforme a derecho, si el arbitraje era de derecho; por contraste, la decisión deberá ser justa y equitativa bajo el leal saber y entender los árbitros, si el arbitraje era de equidad.

⁴⁴ Sin embargo, en la parte introductoria de la versión en inglés sí se menciona la expresión *due process*. Así, se señala: “The Convention defines five grounds upon which recognition and enforcement may be refused at the request of the party against whom it is invoked. The grounds include incapacity of the parties, invalidity of the arbitration agreement, due process, scope of the arbitration agreement, jurisdiction of the arbitral tribunal, setting aside or suspension of an award in the country in which, or under the law of which, that award was made”. Por cierto, donde la versión en inglés dice *due process*, la versión en español alude a “irregularidades procesales”.

⁴⁵ Artículo 51. Reglamentos de los centros de arbitraje. Cada centro de arbitraje expedirá su reglamento, sujeto a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho, que deberá contener: [...]

que las reglas del procedimiento respeten “los principios constitucionales que integran el debido proceso”.

Ahora bien, la reticencia a emplear la expresión de debido proceso podría deberse al riesgo de *equiparamiento* de estándares distintos. Al respecto, Born señala —para arbitrajes internacionales— que el uso del término puede implicar el empleo de estándares procedimentales propios del ordenamiento doméstico (2014, p. 2163). Y es que detrás de la discusión sobre el nombre subyace una cuestión *metodológica*, como veremos a continuación.

Construcción de la justicia procedimental en el arbitraje

Cada país determina cuál es el contenido y alcance del debido proceso dentro del arbitraje que manejará (Born, 2014, p. 3226). Es evidente que el debido proceso variará según qué marco normativo construye dicha noción. Ahora bien, ¿cómo construye un ordenamiento jurídico las reglas y principios que garantizan la justicia procedimental en el arbitraje? Existen, a nuestro criterio, dos vías principales: (i) replicación + adaptación y (ii) construcción en perspectiva comparada.

(i) Replicación + adaptación

El debido proceso judicial puede ser duplicado y trasladado, en su integridad, al ámbito arbitral. Al ser ambos mecanismos de heterocomposición, es factible —y más que factible, *fácil*— trasladar el esquema de justicia procedimental construido para el proceso judicial (el debido proceso judicial) e imprimirlo en el arbitraje.

Sobre dicha réplica idéntica, se podrían hacer ajustes, supresiones y adiciones en función a las particularidades del arbitraje. De esta manera, se logra *adaptar* la noción de debido proceso a aquellas peculiaridades del arbitraje. Por ejemplo, el derecho a la pluralidad de instancia perdería su carácter imperativo en el arbitraje.

Este método es, a nuestro juicio, criticable sobremanera. Partir del debido proceso judicial para construir un esquema de justicia procedimental al arbitraje es ineficaz y peligroso. Es ineficaz puesto que obliga a trabajar con patrones que, en última instancia, han sido diseñados para otra institución. Aun cuando pareciera sencillo replicar y adaptar, lo cierto es que el arbitraje tiene una naturaleza distinta al proceso judicial, lo que hace inadecuado trabajar partiendo de un concepto de naturaleza distinta (debido proceso judicial).

Es peligroso, en esencia, por dos razones. Por un lado, porque es inviable saber los problemas que la figura base (traída desde el proceso judicial) generará al arbitraje. El

7. Las reglas de los procedimientos arbitrales y de amigable composición, con el fin de que estos garanticen el debido proceso.

Artículo 58. Reglas de procedimiento. En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. [...].

legislador encargado de adaptar la noción nunca podrá proyectar *ex ante* todos los problemas que generará el trabajar con el debido proceso judicial como construcción base. Ningún sujeto podría ser capaz de ubicar *todas* las adaptaciones necesarias para obtener un resultado que armonice con la naturaleza del arbitraje. Así, la construcción siempre será *defectuosa*.

Por otra parte, este método también es peligroso porque el juez es uno de los constructores de la noción de justicia procedimental para el arbitraje. El juez, embajador por excelencia del debido proceso judicial, podría pecar por exceso en la importación y adaptación del proceso judicial al arbitraje. Para el juez, podrían existir construcciones dogmáticas del debido proceso judicial que no pueden ser modificadas, prefiriendo entonces su aplicación sin adaptaciones en el arbitraje, dañando a esta última.

(ii) Construcción en perspectiva comparativa

El concepto de justicia procedimental para el arbitraje puede desarrollarse desde cero. La noción general de justicia procedimental sería objeto de una construcción *aterrizada* en el arbitraje, diseñada en función a los caracteres de esta última.

En dicha tarea de edificación, se podría *consultar* la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre el debido proceso judicial. Ello serviría para dar una mejor respuesta a problemas y temas ya tratados por el debido proceso judicial. En realidad, la construcción del nuevo concepto puede hacerse bajo una lectura comparativa con las manifestaciones de la justicia procedimental en distintos ámbitos, como en el ya mencionado proceso judicial, en los procedimientos conciliatorios, en la negociación, etc.

El análisis comparativo hace que este método sea eficiente. En particular, es irrazonable desaprovechar el desarrollo del derecho procesal en cuanto a temas comunes para el arbitraje y el proceso judicial. Al respecto, Reggiardo señala que “muchas instituciones procesales deberían ser estudiadas en el arbitraje, incluso eventualmente para descartarlas pero con conocimiento de causa, sin la soberbia de algunos defensores del arbitraje que parten de cero como si el proceso no tuviese siglos de investigación que lo respalden” (2014, 159-160). En efecto, “a lot could be learned about fair arbitration by further analysis of fair trial” [mucho puede aprenderse sobre la justiciar en el arbitraje mediante un mayor análisis al proceso justo] (Kurkela y Turunen, 2010, p. 206).

1.3.2. El caso peruano

1.3.2.1. El método escogido

En Perú, la jurisprudencia ha optado por la criticable vía de replicación + adaptación. El método escogido responde a un contexto específico en Perú y Latinoamérica: la *constitucionalización* del arbitraje. Esto es, la incorporación de disposiciones sobre

arbitraje en textos constitucionales o pronunciamientos jurisprudenciales de naturaleza constitucional sobre el mismo (De Jesús, 2008, p. 218)

Primero, la replicación. En el conocido caso *Cantuarias*, el TC ha señalado que el arbitraje, en tanto jurisdicción, debe observar *todas* las garantías del debido proceso. Veamos:

Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

Asimismo, en el caso *Minera Maria Julia*, el TC reiteró este punto de vista, pues señaló —al reseñar su postura en decisiones anteriores— que “el control [...] de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando ésta vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada tutela procesal efectiva [...]” (STC 142-2011-PA/TC, fundamento 7).

Hasta aquí, la posición del TC es en extremo criticable. No solo decide optar por la desafortunada vía de replicación + adaptación, sino que decide quedarse son en la primera parte: replicar sin adaptar. Y es que cuando el TC dice que el arbitraje debe observar *todas* las garantías del debido proceso, está forzando la aplicación del debido proceso judicial al arbitraje, sin que aquel pueda adaptarse al menos para respetar la estructura más básica de este.

Un ejercicio de replicación puro, sin adaptación posterior, haría obsoleto al arbitraje. Solo como ejemplo, la pluralidad de instancias es una garantía del debido proceso judicial, y sin embargo el laudo es inapelable por regla general. Insertar la garantía de la pluralidad de instancias al arbitraje haría que el laudo pueda ser siempre apelado, lo que llevaría a la virtual desaparición de la institución en el plano local.

Por lo tanto, dicha posición del TC debe ser “completamente relativizada” (Wong, 2013, p. 96). Así, luego de la replicación, tiene que haber adaptación. Por suerte, el propio TC ha dejado en claro ello. En el caso *Sulliden-Algamarca*, dicho órgano señaló:

Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia. El tribunal ha advertido también la existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia (STC 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC [acumulados], fundamento 38).

La sentencia de *Sulliden-Algamarca*, sentencia del TC, es precisa al reconocer que el debido proceso *judicial* no puede, sin más (“tout court”), trasladarse a otros procedimientos. Es necesaria una fase de adaptación, que incluye filtrar a aquellas manifestaciones del debido proceso judicial que podrían no ser aplicables al arbitraje.

Bajo la óptica de *Sulliden-Algamarca*, existe un debido proceso en general y sobre el mismo, vertientes específicas, como el debido proceso judicial. En esa línea, el TC asume que los estándares de justicia procedimental se aterrizan en una noción de debido proceso específica para el mecanismo en la que se aplica. Por ejemplo, una conciliación debería respetar el debido proceso *conciliatorio*.

Ahora bien, es esencial apreciar que, bajo el punto de vista de la judicatura, el método de replicación + adaptación se deriva de la propia Constitución. El razonamiento es el siguiente:

- 1) La Constitución establece garantías que deben ser observadas en el ejercicio de la función jurisdiccional.
- 2) El arbitraje es jurisdicción.

Esta es la conclusión del TC en la sentencia del caso *Cantuarias*. El sustento de dicha sentencia es el artículo 139.1 de la Constitución, que dice “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Sin embargo, la redacción del artículo 139.1 de la Constitución ha sido criticada, al considerar contradictorio que se diga primero que la función jurisdiccional es única para luego dar dos excepciones (Rubio, 1999, pp. 32-33). En realidad, dada la naturaleza polisémica del término “jurisdicción” (STC 6167-2005-PHC/TC, voto singular de González Ojeda, fundamento 2), el artículo 139.1 utilizaba el término de “jurisdicción” en el sentido de “tribunales” (Rubio, 1999, pp. 34).

- 3) Conclusión: la Constitución establece un debido proceso, que debe aplicarse al proceso judicial y al arbitraje (sin perjuicio de las adaptaciones que sean necesarias para este último)

1.3.2.2. El nombre: debido proceso *arbitral*

Según vimos, existe cierta reticencia a emplear la expresión de debido proceso para referirse a los estándares de justicia procedimental aplicables en el arbitraje.⁴⁶ Ello, en última instancia, responde al temor de confundir conceptos y terminar incurriendo en el criticable método de replicación.

⁴⁶ Precisamente, uno de los principales exponentes del arbitraje internacional es reticente a emplear dicha expresión (Born, 2014, p. 2163).

Para este trabajo, emplearemos la expresión de debido proceso arbitral. Son varias las razones que justifican ello.

En primer lugar, la expresión de debido proceso (y de *due process*) ya se emplean con regularidad en el arbitraje, tanto en instrumentos internacionales como en la doctrina. Por ejemplo, los Principios de Derecho Transnacional de *Trans-lex* emplean, en el principio XIII.3.1., la expresión *arbitral due process*. En ese sentido, los términos de debido proceso arbitral no desentonan con los vocablos empleados a nivel internacional.

Segundo, de una lectura rápida a las etiquetas, parece razonable concluir que debido proceso arbitral \neq debido proceso judicial. En efecto, si bien existe una base en común (“debido proceso”), lo cierto es que el nombre evidencia que estamos frente a una manifestación específica del debido proceso en general, por lo que esta tendrá particularidades que difieran o incluso se opongan a las del debido proceso judicial.

Y finalmente, sea cual sea la etiqueta empleada, el problema real radica en la forma en cómo se construye el esquema de justicia procedimental para el arbitraje. Utilizar incluso la expresión debido proceso a secas no resultará perjudicial si se tiene claro que el debido proceso en el arbitraje no es el mismo que el debido proceso en el ámbito judicial y que la forma ideal de construir el primero pasa por diseñarlo en visión comparativa con el segundo, y no replicándolo.

1.4. Delimitación de la noción

1.4.1. Definición, naturaleza y fundamentos

El debido proceso arbitral es el conjunto de reglas y principios que garantizan la justicia en el procedimiento arbitral. Es, por definición, de naturaleza *imperativa*. Dicho conjunto de disposiciones debe observarse siempre, pues lo contrario implicaría una frustración en el desarrollo y los fines del mecanismo al que está engarzado (arbitraje).

Los fundamentos de dicha figura y de su naturaleza imperativa son diversos. Primero, en tanto manifestación de la justicia procedimental, le es aplicable el fundamento general que sustenta la existencia de dicho concepto base: la legitimidad.

Un esquema procedimental justo es indispensable para la *legitimidad* de cualquier mecanismo de solución de controversias, incluyendo naturalmente al arbitraje (Reed, 2017, p. 365). Si las partes no perciben al mecanismo con justo, tratarán de evitarlo o, en caso de verse forzados a seguir el mismo (como en casos de *mandatory arbitration*), rechazarán el resultado que arroje este.

En segundo lugar, la observación del debido proceso arbitral asegura la *aceptación* de la decisión por las cortes judiciales. Para que el laudo sea ejecutable, el arbitraje deberá observar estándares mínimos de justicia procedimental (Kurkela y Turunen, 2010, p. 2). Ello implica, entonces, que las cortes judiciales no declaren inválido el laudo

(anulación de laudo) y que no rehúsen prestar su atribución de *executio* para hacer efectiva la decisión (ejecución de laudo).

Ahora bien, la ejecución incluso puede ser requerida en un país distinto al que fue sede del arbitraje. No parece razonable creer que las cortes de dicho otro país tendrán la misma concepción de debido proceso arbitral que el existente en el país de la sede. Esto, como veremos más adelante, deriva en la necesidad de la internacionalización del debido proceso arbitral.

Tercero, el arbitraje representa una renuncia al acceso a las cortes nacionales (Kurkela y Turunen, 2010, p. 2). ¿Un Estado permitiría una renuncia total al acceso a la justicia? Dado que en la mayoría de países el derecho de acceso a la justicia es un derecho constitucional, parece inviable que un Estado autorizase tal renuncia absoluta. Un Estado puede autorizar a las partes a renunciar a acceder a la justicia de las cortes para que estas acudan a arbitraje, pero siempre que este último también represente un mecanismo de administración de justicia. Luego, el arbitraje deberá observar también reglas de justicia procedimental.

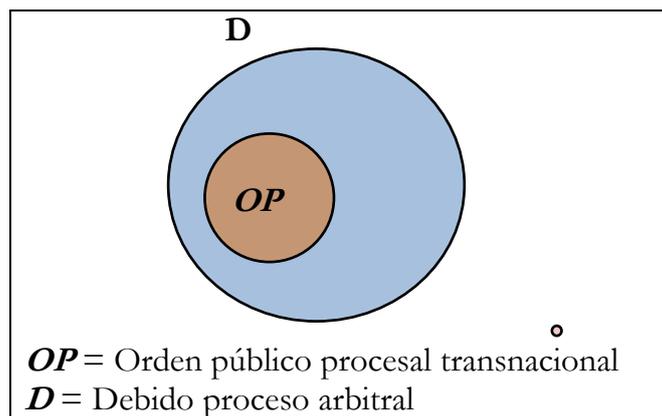
Estos dos últimos fundamentos señalados han sido exhaustivamente tratados desde el fenómeno de la *constitucionalización* del arbitraje en Latinoamérica. En Perú, y según expusimos en 1.3.2.1., el artículo 139.1 de la Constitución tiene una criticable redacción al establecer que “[n]o existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”. Sobre ello, en la sentencia del caso *Cantuarias*, el TC señaló que:

Sin embargo, el artículo 139°, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, 10 que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 7).

Y claro, si el particular acude al arbitraje para “demandar justicia”, es necesario que dicho mecanismo garantice la existencia de un debido proceso. El TC llega a dicha conclusión, como glosamos anteriormente —aunque opta por la criticable vía de replicación + adaptación—.

1.4.2. Disgregación

Es esencial notar que los componentes del debido proceso arbitral no van a ser los mismos en todo el mundo, ni tampoco tendrán el mismo valor o importancia en cada país. Así, “[s]ome rules might be considered as due process requirements in one country, but not in another” [ciertas reglas podrán ser consideradas como requerimientos de debido proceso en un país, pero no en otro] (Kurkela y Turunen, 2010, p. 7). Por ello, el debido proceso arbitral cuenta con dos “componentes”: (i) un núcleo, consistente en el orden público procesal transnacional; y (ii) la noción completa, el debido proceso arbitral. Esto puede graficarse así:



1.4.2.1. Orden público procesal transnacional

El orden público procesal transnacional equivale a aquellos principios de justicia o moralidad con vocación universal, es decir, que son ampliamente aceptados en países civilizados (Moses, 2019, p. 179). Por lo tanto, en su vertiente procesal, este se refiere a aquellas reglas y principios *fundamentales* de justicia procedimental. Reglas y principios que componen el núcleo esencial de dicho concepto, al punto de generar aceptación a nivel global. Aspectos tan básicos como poner en conocimiento a la parte demandada sobre el arbitraje (*right to be given notice*) difícilmente serán considerados, en alguna parte del mundo, como ajenos al debido proceso.

El orden público procesal transnacional, entonces, tiene una naturaleza especial. Es un núcleo delimitado en función al consenso —o al menos a la conformidad de una abrumadora mayoría— sobre la noción de justicia procedimental para el arbitraje. Ningún país, por sí solo, puede asignarse la atribución de definir qué es orden público procesal transnacional, pues en tal escenario el concepto ya no sería transnacional.

La determinación del contenido del orden público procesal transnacional pasa por atender a distintas fuentes. Estas son, en esencia, (i) los acuerdos particulares de los usuarios de arbitraje; (ii) los principales instrumentos internacionales; y (iii) las leyes de las principales plazas de arbitraje (Mantilla-Serrano, 2004, p. 337).

En cuanto a (i) los acuerdos particulares de los usuarios de arbitraje, la lógica es observar qué reglas procedimentales tienen un carácter universal o cuasi universal en los acuerdos de las partes. Lograr aprehender dichas reglas es viable en función a la revisión de los reglamentos arbitrales más usados (Mantilla-Serrano, 2004, p. 337). Es decir, hacer una lectura a los reglamentos de la ICC, AAA, LCIA y UNCITRAL para ubicar las reglas procedimentales comunes.

Respecto a (ii) los principales instrumentos internacionales, nos referimos a la Convención de Nueva York y a la LMU. Su relevancia se justifica en la legitimidad de los mismos a nivel internacional: La mencionada convención vincula a más de 150 países, mientras que la LMU ha servido de fuente para la legislación de arbitraje en países de todos los continentes.

Finalmente, (iii) las leyes de las principales plazas de arbitraje constituyen fuente también dada su legitimidad. Si la mayoría de particulares prefiere aplicar la ley procedimental de cierto país, ello denota que tal ley contiene y/o respeta la justicia procedimental deseada por las partes.

Vale reiterar que la frecuencia en el empleo de ciertas reglas no hacen a las mismas automáticamente parte del orden público procesal transnacional. Dentro de dichas reglas “comunes”, solo aquellas de naturaleza fundamental formarán parte del orden público procesal transnacional (Kessedjian, 2006, pp. 866-867).

1.4.2.2. Debido proceso arbitral

Por debido proceso arbitral nos referimos al conjunto de reglas y principios de justicia procedimental que un país considerará aplicables al arbitraje. Este concepto se construye sobre un núcleo transnacional; sin embargo, fuera del mismo, puede contar con particularidades que podrían no estar presentes en otros países. Así, fuera del núcleo, la noción de debido proceso arbitral se construirá sobre el derecho *local*.

Así, en última instancia, cada país determinará qué principios y reglas son *necesarios* para la administración de justicia en el ámbito arbitral. Reiteramos: el debido proceso en el arbitraje no será el mismo en todas las jurisdicciones.

Ahora bien, el debido proceso arbitral incluso se podría desglosar en dos subvertientes: internacional y local. El primero sería un concepto más acotado que el segundo pues se limita a aquellas reglas que el ordenamiento nacional considera aplicables incluso para casos en los que existe un componente extranjero. Y es que la violación de ciertos valores o principios puede considerarse inaceptable en un caso local, pero podría ser tolerada si el caso tiene una dimensión internacional (Schwartz y Ortner, 2008, p. 155)⁴⁷.

Sea como fuere, el contenido concreto del debido proceso arbitral vendrá determinado, en primer lugar, por la ley. En caso la ley no haga un desarrollo específico de la noción, la jurisprudencia asumirá la tarea de llenar de contenido la misma.

2. Contenido – Principios generales

Desarrollar el concepto de debido proceso en el arbitraje pasa, necesariamente, por presentar un contenido del mismo. Para saber qué es un procedimiento justo en el arbitraje, es imperativo presentar aquellos componentes cuya conjunción permite lograr la justicia en el procedimiento.

Ahora bien, ya expresamos antes que el debido proceso no va a ser el mismo en cada país. Sin embargo, es posible trabajar sobre principios *generales* del derecho, de alcance

⁴⁷ Los autores se refieren a la distinción entre el orden público nacional y el orden público internacional. Sin embargo, la lógica es aplicable a la distinción entre debido proceso local y debido proceso internacional.

global y de carácter transnacional. En específico, principios que sustenten la justicia procedimental en todo el mundo.

Estos principios son generales dada su naturaleza *irresistible*. Es virtualmente imposible que alguien pueda rechazar su relevancia. Tienen una fuerza intuitiva (Paulsson, 2013, p. 15), pues basta una lectura simple para admitirlos como principios de naturaleza fundamental. Esta irresistibilidad, naturalmente, deriva del carácter esencial y básico de estos principios para sostener un debido proceso. Por ejemplo, no parece que, en cualquier sociedad humana, un proceso pueda categorizarse de justo si el juzgador está parcializado.

Asimismo, estos principios son *indisponibles*. Precisamente porque su confluencia configura el debido proceso arbitral, los principios integrantes no pueden estar sujetos a regulación o renuncia de las partes.

Sin perjuicio de ello, el análisis de si un principio —y qué extensión del mismo— forma parte del orden público transnacional debe ser muy cuidadoso y conservador (Lalive, 1987, p. 300). De ahí que la obtención de estos principios pasa porque estos cumplan ciertos estándares. Así:

- Los principios deben ser generales. Esto implica “destilar” el principio subyacente de las reglas, puesto que estas establecen disposiciones concretas, que naturalmente están restringidas al supuesto de hecho que cubren.
- Los principios deben ser universales. El principio debe estar presente en al menos la mayoría de ordenamientos jurídicos. Esto garantiza su legitimidad..
- Los principios deben tener vocación internacional. Un principio puede ser general y universal, pero el mismo debe “desnacionalizarse”, es decir, estructurarse a una noción base tal que resulte acorde para el plano internacional, que involucra diversos ordenamientos jurídicos nacionales (Kotuby y Sobota, 2017, pp. 18-29).

Pues bien, estos principios generales del debido proceso arbitral encajan en dos categorías principales: igualdad y oportunidad razonable para presentar un caso (Mantilla-Serrano, 2004, p. 341). Al respecto, por razones esquemáticas, desglosaremos dichas categorías en cuatro principios: (a) igualdad, (b) imparcialidad e independencia, (c) debida notificación del caso y (d) oportunidad razonable para presentar una posición.

A continuación, un desarrollo de estos principios. Reiteramos que el desarrollo se centra en el núcleo del debido proceso arbitral: el orden público procesal transnacional.

2.1. Igualdad

2.1.1. Definición general y fuentes

A nuestro criterio, la noción de justicia procedimental en el arbitraje parte desde el principio universal de la igualdad. Este es una fuente del esquema de justicia procedimental en el arbitraje y por tanto irradia a los principios de imparcialidad e independencia, debida notificación del caso y defensa. En esa línea, “el primer principio que debe regir en todo procedimiento arbitral es el de trato igualitario para las partes” (González de Cossío, 2014, p. 606).

El principio de igualdad deriva en el derecho fundamental de los ciudadanos a ser considerados y tratados como iguales. Este derecho fundamental tiene eficacia vertical y horizontal (*Drittwirkung*), pues cubre relaciones particular-estado y particular-particular. En ese sentido, en todo procedimiento privado los sujetos deben recibir un trato equitativo. Y el arbitraje no es la excepción a ello.

En el procedimiento arbitral, el principio universal de igualdad aterriza en su vertiente de igualdad procesal. La igualdad procesal en el arbitraje —que no es idéntica a la igualdad en el proceso judicial— significa que las partes deban recibir el mismo trato dentro del procedimiento arbitral. Es decir, todos los elementos, sujetos y dinámicas involucradas en el procedimiento deben asignar un trato equitativo a las partes.⁴⁸

La igualdad en el procedimiento arbitral está ampliamente reconocida en el plano internacional. Por ejemplo, los reglamentos de arbitraje de la AAA (reglas R-22 y R-32) y de UNCITRAL (artículo 17) establecen que las partes deben ser tratadas con igualdad. Lo mismo sucede con las Reglas ICC (artículo 22) y el reglamento de la LCIA (artículo 14.4).⁴⁹ A nivel de instrumentos internacionales se va en la misma línea, La LMU en su artículo 18 dice que “deberá tratarse a las partes con igualdad [...]”.

Por su lado, el *Code de procédure civile* (artículo 1510, para arbitraje internacional), la *Arbitration Act* de 1996 (artículo 33(1)⁵⁰), la Ley 60/2003 de España (artículo 24.1), entre otras, reconocen expresamente el principio de igualdad.

A nivel local, la LAP reconoce el principio de igualdad en diferentes provisiones. El artículo 34 establece que el tribunal “deberá tratar a las partes con igualdad [...]”. Además, el artículo 23 permite a las partes que regulen la forma de designación de los árbitros, “siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.⁵¹

⁴⁸ Por contraste, otras relaciones en el procedimiento arbitral no observarán el principio de igualdad procesal. Por ejemplos, la relación entre las partes y los árbitros, o la relación entre los árbitros y el secretario arbitral.

⁴⁹ Estos últimos emplean la noción de *fairness*, que se traduce a corrección y equidad. De ahí que, por ejemplo, la obra *Justice as Fairness: A Restatement* de Rawls haya sido traducida al español como “Justicia como equidad: una reformulación”.

⁵⁰ Esta emplea el término de *fairness*.

⁵¹ Sin embargo, la LAP también contiene provisiones especiales que van contra el principio de igualdad. Mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, publicado el 24 de enero de 2020, se estableció para arbitrajes con el Estado una regla específica: la contracautela debe ser igual o mayor al valor de la carta fianza de fiel cumplimiento (figura propia de contratos de obra pública, concesiones, y otros análogos). Tal norma va contra el mencionado principio de igualdad.

2.1.2. Estructura y contenido

El principio de igualdad cubre todo el procedimiento arbitral, sin excepción. De ahí que, como expusimos, este principio irradie sobre los otros. A continuación, un desarrollo de los principales aspectos en los que recae.

La composición del tribunal arbitral

La composición del tribunal arbitral es un aspecto esencial para el arbitraje. La idea de resolver disputas mediante arbitraje se fundamenta en la especial confianza de las partes en los juzgadores escogidos (Paulsson, 2013, p. 1). Las partes *consienten* que su controversia sea resuelta por dichos juzgadores.

Las partes acuerdan ir a arbitraje, y también está en su esfera de dominio definir cómo se elegirán a los árbitros.⁵² Sin embargo, la voluntad de las partes no es absoluta, pues el mecanismo de elección de los árbitros debe cumplir con estándares del debido proceso arbitral. En específico, el principio de igualdad. Así, “the fairness of the mechanism of constituting the panel is also an independent due process requirement” [la equidad del mecanismo para constituir el tribunal arbitral es también un requerimiento independiente de debido proceso] (Kurkela y Turunen, 2010, p. 109).

La imparcialidad e independencia de los sujetos involucrados en el arbitraje

La justicia procedimental involucra que todos los componentes del procedimiento garanticen un esquema equitativo a las partes. Para el caso de las personas, el principio de igualdad deriva en los principios de imparcialidad e independencia. Todos aquellos sujetos que participen en el arbitraje —distintos a las partes o a sus dependientes— deben desempeñarse de manera objetiva. Es decir, deben tratar a las partes sin diferenciarlas por consideraciones subjetivas o arbitrarias. Todo esto será evaluado en 2.2.

Unidad de información

Cada parte debe manejar la misma información sobre el procedimiento arbitral. Luego, el “expediente” del arbitraje es único, por lo que todas las actuaciones arbitrales deben ser de común conocimiento para las partes.

Esto aterriza en la prohibición de comunicación *ex parte* con el tribunal arbitral sobre cuestiones de fondo. Que una parte pueda presentar argumentos a los árbitros sin que la otra parte pueda conocerlos representa un atentado al principio de igualdad. Se trata, por tanto, de una cuestión de justicia procedimental (Born, 2014, p. 2227⁵³).

⁵² No puede descartarse que algún ordenamiento pueda establecer que los árbitros serán siempre escogidos por algún medio establecido *ex ante* por la ley (ej. la judicatura escoge a los árbitros).

⁵³ Más adelante Born precisará que esta prohibición puede ser levantada por las partes, y que estas podrían concebir un esquema que permita ciertas comunicaciones *ex parte*. A nuestro criterio, dicha prohibición está estrechamente enlazada al principio de defensa, por lo que no puede ser levantada.

Esta restricción es bastante fuerte y ello responde a los múltiples principios involucrados aquí. En efecto, que una parte pueda *alegar* a solas ante los árbitros distorsiona (i) el principio de igualdad, pues la contraparte no tuvo igual oportunidad; (ii) el principio de defensa, pues la contraparte no tiene cómo responder; y a (iii) el principio de imparcialidad del tribunal arbitral, pues que este permita a una parte alegar a solas es una inclinación arbitraria.

Por ello, aun en un caso “pequeño” como una llamada telefónica de una parte al árbitro para reiterarle que debe enfocarse en evaluar cierta prueba, se estaría ante una afectación grave a los mencionados principios. El solo hecho de que exista una comunicación *ex parte* sobre el fondo, más allá del contenido concreto de la misma, lesiona el debido proceso arbitral.

Inclusive, la prohibición de comunicación *ex parte* podría también cubrir cuestiones de forma. Sin embargo, aquí sí hay excepciones evidentes, como las coordinaciones entre el árbitro y una parte para abordar temas logísticos o de programación (Born, 2014, p. 2228). Es más, parece razonable considerar válido el acuerdo de las partes que permite a cada una comunicarse a solas con los árbitros para cuestiones formales. De ahí que, en principio, el debido proceso arbitral deriva en la prohibición de comunicaciones *ex parte* en cuanto a cuestiones de fondo.

Las oportunidades para argumentar y probar

El principio de equidad se extiende tanto sobre la prueba como sobre la presentación de argumentos de hecho y de derecho (UNCITRAL, 2012, p. 98). Aquí hablamos del principio de igualdad de armas, que es la intersección de los principios de equidad y de oportunidad razonable para presentar una posición. Esto es tratado en 2.4.

Otros deberes, cargas y responsabilidades

La igualdad de las partes no se limita solo en cuanto a sus derechos (u otras situaciones de ventaja). Las partes deben ser tratadas por igual en todos los aspectos, y ello incluye también a los deberes, cargas y responsabilidades que pueden ser asignadas a las partes durante el procedimiento arbitral.

2.1.3. Límite

Ningún principio es absoluto. El principio de igualdad, si bien de naturaleza fundamental, no puede ser aplicado de forma extrema. Correlativamente, no todo desbalance entre las partes significa una afectación al debido proceso arbitral, y mucho menos a su núcleo de orden público procesal.

Además, el principio debe aceptar la realidad: “[t]here is no way to put the parties in an identical procedural situation” [no hay manera de poner a las partes en una situación procesal idéntica] (Kurkela y Turunen, 2010, p. 190). En efecto, no podemos concebir un procedimiento arbitral en el que las partes hayan participado *milimétricamente* de la misma manera. En esa línea, la diferencia entre las posiciones de

las partes hace imposible un trato idéntico y, en muchos casos, ello será irrelevante (Born, 2014, p. 2173).

Para determinar la igualdad en el trato será necesario considerar de forma detallada las posiciones de las partes y el procedimiento arbitral en su integridad (Born, 2014, p. 2173). Así, el principio de igualdad se dirige a que las partes tengan, *en sustancia*, los mismos derechos, atribuciones, cargas y obligaciones. No parece necesario que siempre haya equidad absoluta en términos “cuantitativos” (Lew et. al, 2003, p. 527). Por lo tanto, los desbalances que se generen por la efectiva realización de tales elementos (derechos, atribuciones, cargas y obligaciones) o por las circunstancias del caso no violarán necesariamente el principio de igualdad.

2.2. Imparcialidad e independencia

2.2.1. Definición general y fuentes

Los principios de imparcialidad e independencia hacen que los sujetos involucrados en el arbitraje, distintos a las partes, deban comportarse de manera objetiva en la tramitación del procedimiento arbitral.

La imparcialidad es un subprincipio del principio de igualdad. La imparcialidad como manifestación de la igualdad (*equality as impartiality*) es una idea ya tratada en el campo de filosofía del derecho y teoría de la justicia. En nuestro campo, la equidad entre las partes no solo hace que las reglas y disposiciones sobre el procedimiento asignen un trato igualitario, sino también que las personas que participen en el procedimiento se comporten de forma tal que dicho principio se garantice.

Por su lado, como veremos, la independencia cumple un rol funcional, pues contribuye a garantizar la existencia de imparcialidad.

El reconocimiento de estos principios se da principalmente en disposiciones sobre la conducta de los árbitros. Así, las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional señala como norma general (1) que “[c]ada árbitro será imparcial e independiente de las partes [...]”. En igual sentido va el Reglamento de la AAA (regla R-18(a)), el Reglamento de la LCIA (artículo 5.3), y las Reglas ICC (artículo 11.1). En esa línea, la *Arbitration Act* de 1996 señala que el tribunal arbitral es imparcial (artículos 1(a) y 33(1)). A su vez, la Ley 60/2003 de España señala que los árbitros deben ser imparciales e independientes (artículo 17.1); el mismo esquema se sigue a nivel local (artículo 28.1 de la LAP).

Otros cuerpos normativos toman una vía “indirecta” para reconocer los principios de imparcialidad e independencia (Lew et al., 2003, p. 256), pues lo hacen vía reconocimiento como causal de cuestionamiento al árbitro y/o como deber de declaración. Este es el caso de la LMU (artículo 12) y las Reglas UNCITRAL (artículos 11 y 12). Lo mismo sucede con el *Code de procédure civile* (artículo 1456 para arbitraje nacional, aplicable también al arbitraje internacional) y el ZPO (§1035 y §1036).

2.2.2. Estructura y contenido

Los términos de imparcialidad e independencia, aun cuando constituyen nociones entrelazadas, apuntan a conceptos distintos (Lew et al., 2003, p. 257). Luego, es adecuado hacer un análisis separado de ambas nociones. Por otro lado, tanto la imparcialidad como la independencia recaen no solo sobre los árbitros, sino también sobre los restantes sujetos distintos a las partes (o a sus dependientes). En tal sentido, analizaremos la imparcialidad de los árbitros, la independencia de los árbitros, y la independencia e imparcialidad de los restantes sujetos.

2.2.2.1. Imparcialidad del árbitro

Definición

La imparcialidad es un criterio *subjetivo*, apunta al estado mental del árbitro (Lew et al., 2003, p. 258; González de Cossío, 2014, p. 454). Aquí, resulta aplicable lo establecido para los jueces por el Comentario General 32 de la ONU sobre el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos:

judges must not allow their judgement to be influenced by personal bias or prejudice, nor harbour preconceptions about the particular case before them, nor act in ways that improperly promote the interests of one of the parties to the detriment of the other [los jueces no deben permitir que su juicio sea influenciado por sesgos personales o prejuicios, ni mantener preconcepciones sobre el caso particular sometido ante ellos, ni actuar de formas tales que se promocionen los intereses de una de las partes en detrimento de la otra] (ONU, 2007, p. 6).

En esencia, la imparcialidad significa que las decisiones arbitrales respondan a un juzgamiento *objetivo*. Para ello, el árbitro no debe incurrir en prejuizgamiento o estar afectado por sesgos o prejuicios.

Contenido

La imparcialidad se refiere a un estado de rectitud y corrección mental. Dar un contenido de tales nociones es, por sí mismo, difícil. Más aun, según vimos, la definición de imparcialidad es una de tipo *negativo*, se le conceptualiza por lo que no es, y precisamente la imparcialidad es no adolecer de prejuizgamiento o de sesgos y prejuicios. Podemos explorar estos últimos conceptos:

- El prejuizgamiento puede definirse como la toma de una decisión sin haber dado a las partes la oportunidad de ser escuchadas (Born, 2014, p. 3247). Dicho prejuizgamiento podría recaer sobre el fondo de la controversia e incluso también sobre la competencia del tribunal arbitral —esto último se explica en los siguientes párrafos—.

El prejuizgamiento es negativo pues:

- Viola el principio de imparcialidad pues el ya tener un juicio supone un desbalance en la manera en que los argumentos de las partes son evaluados.
- Transgrede el principio de defensa pues hace ilusorio el derecho de las partes a presentar su caso. Si existe ya una decisión, de nada sirve lo que las partes señalen.

Ahora bien, el tema merece algunas precisiones en cuanto al otorgamiento de medidas provisionales. ¿Constituye una decisión arbitral sobre una medida provisional un prejuzgamiento de la controversia?

En el derecho *procesal*, una posición es que cuando el juez resuelve un pedido cautelar, está incurriendo en prejuzgamiento; a nivel local, esta incluso es la posición normativa, pues el Código Procesal Civil señala que toda medida cautelar “importa un prejuzgamiento” (artículo 612).

En el arbitraje, el tema también ha sido evaluado. Bajo la LMU, la concesión de medidas cautelares pasa por un examen de *balance de conveniencia* (peligro en la demora y daños a evitarse vs. daños a generarse) y de *posibilidad razonable*. Esta involucra un análisis de la susceptibilidad de éxito de la demanda y también de si es razonablemente probable que el tribunal cuente con competencia —si es que al momento de la solicitud de medidas provisionales dicho tema aún no ha sido resuelto por los árbitros— (Caron y Caplan, 2013, p. 522); al respecto, la LMU señala que dicha evaluación “no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal” (artículo 17A(1)(b)).

Sin embargo, un mandato normativo no puede cambiar la realidad. Es razonable considerar que el decidir otorgar una medida provisional puede configurar un prejuzgamiento sobre el fondo (Fernández, 2007, p. 32; Ariano, 2013, pp. 124-125) e incluso sobre su competencia (como ya vimos).

- Los sesgos y prejuicios constituyen —para este tema⁵⁴— inclinaciones de carácter subjetivo que afectan el juicio objetivo y perjudica a alguna de las partes. Es decir, el árbitro debe resolver en función a los hechos y el derecho, y no en función a sus intereses o los de alguna de las partes (Kotuby y Sobota, 2017, p. 173). Luego, el árbitro:

⁵⁴ El campo de los sesgos cognitivos trasciende el tema de la imparcialidad. Un sesgo cognitivo puede definirse —desde la economía conductual— como una tendencia sistemática a adoptar decisiones subóptimas (Pi, Parisi y Luppi, 2014, p. 145), que abarca un número amplio de sesgos, enlazados a diversos factores y que incluso pueden afectar a jueces o árbitros (Helm, Wistrich y Rachlinski, 2016, pp. 666-692; entre muchos otros). Sin embargo, la imparcialidad, como veremos, se centra en proscribir las tendencias positivas o negativas originadas en la percepción que tienen los árbitros de las partes.

- No puede estar sesgado hacia alguna de las partes. Ello genera un desbalance hacia la contraparte y frustra el análisis objetivo del caso.
- No puede tener prejuicios contra alguna de las partes. Ello también genera un desbalance pues la parte objeto de prejuicio se encuentra en situación inferior.
- No puede orientar su labor hacia la obtención de su propio beneficio. La imparcialidad también se quiebra cuando el árbitro hace primar sus propios intereses por sobre los de las partes.
- No puede tener sesgos o prejuicios hacia otros sujetos distintos a las partes, como los peritos (sean estos ofrecidos por las partes o los de oficio) o los testigos.

Por cierto, los sesgos o prejuicios no necesariamente se fundamentan en una inclinación concreta hacia un sujeto específico (ej. la inclinación a favorecer a alguien porque dicha persona resulta simpática). Si la imparcialidad puede entenderse como la carencia de influencias culturales, políticas o religiosas (González de Cossío, 2014, p. 455), entonces los sesgos pueden fundamentarse en tales influencias. De ahí que en *Catalina v. Norma* (1938), la *King's Bench Division* de Inglaterra removió a un árbitro pues este señaló, en un caso entre una parte portuguesa y otra noruega, que los portugueses son mentirosos y que los noruegos generalmente eran personas confiables.

Así, los sesgos pueden deberse a diversos tipos de causas. Estos pueden responder a razones económicas, afectivas, sociales, culturales, políticas, religiosas, etc.

Naturaleza

La noción de imparcialidad tiene naturaleza *absoluta* (Henry, 2001, p. 338). No es posible admitir árbitros “poco” o “levemente” parcializados. Se trata de un concepto monolítico no sujeto a variaciones (Clay, 2001, p. 290⁵⁵). La rectitud y objetividad de pensamiento constituye un valor pleno, se es imparcial o no lo es —por contraste, sí puede haber distintos grados de parcialidad—.

La acotación no es obvia si consideramos el intenso debate existente debido a ciertas mecánicas particulares de la práctica arbitral. En específico, hablamos del *party-appointed arbitrator*, árbitro designado de parte.

Que el árbitro designado por una parte puede tender a favorecerla es una premisa analizada extensivamente (Rogers, 2001, pp. 27-35; Smith, 1990, pp. 320-342; Gomez-Acebo, 2016, pp. 97-144). El fundamento es simple: el árbitro designado de parte puede verse afectado por una percepción subjetiva de compromiso (o gratitud) hacia dicha parte (Paulsson, 2013, p. 279). Ello, por cierto, puede darse de forma inconsciente, lo que haría que el árbitro no considere que está faltando a deber alguno.

⁵⁵ El autor señala que “et cette indépendance ne souffre ni variation ni tempérament: elle est monolitique”. Al respecto, vale precisar que el autor emplea el término de *indépendance* para referirse tanto a la imparcialidad como a la independencia.

Luego, se ha llegado a sostener que los árbitros designados por las partes deben cumplir con un menor grado de imparcialidad que el árbitro, por lo que basta una “suffisante impartialité” [suficiente imparcialidad] (Lalive, 1990, p. 64); y que, en cualquier caso, el estándar de imparcialidad del árbitro no puede ser igual al del juez (Kurkela y Turunen, 2010, p. 115).

Sin embargo, el *ser* no puede confundirse con el *deber ser*. La designación de parte puede generar sesgos y prejuicios, pero ello no puede derivar en que la imparcialidad deba “flexibilizarse”. Precisamente, en la búsqueda de imparcialidad, lo ideal es que se aplique el mismo estándar a todos los árbitros (Fouchard et al., 1999, p. 575). Además, “where is the line that separates ‘less impartiality’ from ‘partiality?’” [¿dónde está la línea que separa la ‘menor imparcialidad’ de la ‘parcialidad’] (Gomez-Acevo, 2016, p. 137).⁵⁶ Una noción flexible de imparcialidad genera muchos problemas dada la dificultad de delimitarla; en última instancia, creemos que haría obsoleto al propio concepto de imparcialidad, pues abre la puerta a la parcialidad.⁵⁷

Para finalizar, tradicionalmente la noción de imparcialidad va enlazada no solo a ser, sino a *parecer* imparcial. La apariencia de parcialidad será tratada al momento de evaluar la independencia, a continuación, y al desarrollar la afectación a la imparcialidad, en 2.2.3.1.

2.2.2.2. Independencia del árbitro

Definición

La independencia es un criterio objetivo, que consiste en la falta de vínculos relevantes entre el árbitro y alguna de las partes (Kurkela y Turunen, 2010, pp. 113-114), y que sirve —definición *funcional*— para verificar la inexistencia de cualquier factor que pudiera afectar la libertad del juicio del árbitro, es decir, su imparcialidad.

La existencia de un vínculo entre el árbitro y alguna de las partes puede derivar en un *conflicto de intereses*. El árbitro, de forma consciente o inconsciente, podría ver afectado su juicio por la contraposición entre su rol de tercero imparcial y la eventual afectación de la parte a la que está vinculado. Por ejemplo, el árbitro que es hermano de una de las partes podría verse influenciado al saber que la parte a la que está vinculada quedaría devastada económicamente en caso perdiese el arbitraje.

Es aquí que se denota la relación entre independencia e imparcialidad. Son conceptos entrelazados pero, a su vez, diferenciables. La independencia es una condición que contribuye a evaluar, desde el plano objetivo, la imparcialidad del árbitro. Sí, puede

⁵⁶ Sin embargo, el propio autor señala que una posible forma de diferenciar la menor imparcialidad del árbitro designado por una parte y el árbitro designado por otros medios estaría en que el primero está inconscientemente sesgado, mientras que el segundo no.

⁵⁷ En cualquier caso, Esta respuesta no resta importancia a la magnitud del problema generado por las designaciones unilaterales. Las propuestas en torno al problema son variadas, y van desde mecanismos creativos para la designación unilateral, hasta el destierro de la práctica de designación unilateral (Paulsson, 2013, pp. 278-280).

haber imparcialidad aun cuando el árbitro tuviese alguna relación con alguna parte (Schwartz y Derains, 2005, p. 118), y también un árbitro podría estar parcializado pese a ser absolutamente independiente. Pero, por regla general, difícilmente un árbitro que *dependa* de una de las partes —es decir, que carezca de independencia— será imparcial.

Es más, la independencia existe por y para la imparcialidad. Un clásico aforismo señala que “justice must not only be done; it must also be seen to be done” [la justiciar no solo debe hacerse, es necesario que sea evidente que se hace justicia]. Sobre ello, la imparcialidad sería necesaria para la primero, y la independencia para lo segundo (Lew et al., 2003, p. 261). Si fuese posible determinar con plena certeza que un árbitro será imparcial, la noción de independencia ya no sería relevante.

Naturaleza

Mientras que la imparcialidad es un concepto absoluto y subjetivo (pues se refiere al estado mental del árbitro), la independencia es una noción relativa y objetiva, caracteres que a su vez permiten cierto margen de control en torno a ella. Además, su esencia es distinta a la de la independencia del juez.

La independencia es un concepto *relativo*. No hay independencia absoluta (González de Cossío, 2014, p. 454). Todas las personas, incluyendo a los potenciales árbitros, están interconectadas dentro de la sociedad. Es posible ser independiente aun cuando existan ciertos lazos entre el árbitro y una parte. En ese sentido, la ausencia de vínculos deberá entenderse como ausencia de vínculos con algún grado de significancia.

La independencia es un concepto *objetivo*. Objetivo en el sentido de que existen parámetros de aplicación general que construyen un estándar de independencia y por consiguiente permiten determinar en un caso concreto si el árbitro es independiente. Así, la independencia del árbitro es *apreciable* desde un punto de vista externo (Alonso, 2006, p. 98).

En tanto concepto relativo, el árbitro puede tener vínculos con alguna de las partes y ello no descarta automáticamente que sea independiente. Surge aquí un margen de *discreción*. Esta discreción recae en las partes: si estas coinciden en que el árbitro es independiente, entonces lo es. Es decir, las partes, conocedoras de los vínculos del árbitro con una u otra y por consiguiente de los conflictos de interés, dispensan al árbitro de tales incidencias.

Sin embargo, este margen de discreción no es absoluto. La independencia, así, tiene una suerte de núcleo objetivo, casos en los que existen serios cuestionamientos a la independencia —y por consiguiente a la imparcialidad—, sin importar lo que las partes consideren al respecto. Por ejemplo, aquí se ubica el principio de *nemo index in causa sua* (nadie puede ser juez de su propia causa).

Al respecto, es pertinente lo establecido en la nota explicativa sobre la norma general (2)(d) de las Directrices IBA:

El Listado Rojo Irrenunciable describe circunstancias que necesariamente originan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Por ejemplo, porque nadie puede ser autorizado a ser juez y parte, no puede haber identidad entre un árbitro y una parte. Las partes, por tanto, no pueden renunciar al conflicto de interés que surge en dicha situación.

Finalmente, la sustancia del concepto de independencia de los árbitros es diferente a su correlativo para los jueces. La independencia del juez va enlazada a la propia autonomía de la función judicial frente a otros poderes del Estado (Kotuby y Sobota, 2017, pp. 167-168), esquema inaplicable al arbitraje. A su vez, los árbitros son personas que pueden actuar en varias posiciones dentro del ámbito legal y de negocios (Kurkela y Turunen, 2010, p. 115), mientras que el juez por regla general sigue una carrera judicial que no le permite ejercer otras actividades.

Contenido

La independencia se define por la *ausencia* de vínculos relevantes entre el árbitro y una de las partes, que pudieran derivar en un conflicto de interés. Para ello, el árbitro no debería:

- Tener vínculos significativos de cualquier clase, incluyendo lazos económicos o financieros (empleo, puesto directivo, actividades conjuntas, etc.), afectivos y sociales (familia, amistad íntima, etc.), políticos (activa militancia política común), etc.
- Tener vínculos significativos directos o indirectos con las partes. Es decir, la independencia también debe evaluarse en función a la existencia de relaciones entre el árbitro y sujetos que actúan para la parte (defensa legal, peritos de parte, etc.).

Ahora bien, según expusimos en el punto anterior, existen circunstancias que en todos los casos generarán dudas serias sobre la independencia, mientras que otras no necesariamente lo harán. Al respecto, las Directrices IBA constituyen una herramienta muy ilustrativa para ilustrar los diferentes “niveles” de supuestos que derivan en conflictos de interés. Las Directrices engloban los supuestos en cuatro categorías:

- Listado Rojo Irrenunciable. Casos en los que existe un conflicto de interés y serias dudas sobre la independencia del árbitro. El árbitro tiene el deber de revelar. En estos casos las partes no pueden dispensar. Es decir, las partes no pueden consentir que un sujeto que encuadra en el listado rojo irrenunciable funja como árbitro.
Ejemplo: “El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte [...]” (parágrafo 1.4 de la Parte II).
- Listado Rojo Renunciable. Este “incluye situaciones serias, pero de menor gravedad” (parágrafo 2 de la Parte II). El árbitro tiene el deber de revelar; y para que pueda mantener dicho cargo, las partes deberán dispensar estas circunstancias de forma *expresa*.

Ejemplo: “Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia” (parágrafo 2.2.2 de la Parte II).

- Listado Naranja. Casos que “pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro” (Parágrafo 3 de la Parte II). El árbitro tiene el deber de revelar y se entenderá que las partes lo dispensan si no lo objetan.

Ejemplo: “El árbitro y otro árbitro son abogados del mismo bufete” (Parágrafo 3.3.1 de la Parte II).

- Listado Verde. Casos no susceptibles de generar conflictos de interés. No existe deber de revelación del árbitro.

Ejemplo: “Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes han actuado conjuntamente como árbitros” (Parágrafo 4.3.2 de la Parte II).

2.2.2.3. Extensión a otros sujetos

Los árbitros no son los únicos sujetos que deben ser independientes e imparciales. Estos principios también aplican sobre los otros sujetos distintos a las partes o a sus dependientes.

En esencia, los órganos y personas a cargo de la administración del caso deben ser imparciales e independientes. Que la función de secretaría se considere mecánica y que no incida en la decisión del fondo es irrelevante (Polkinghorne y Rosenberg, 2014). Las instituciones administran el caso, establecen reglas (supletorias) para el procedimiento, y pueden asumir poderes de especial significancia (Warwas, 2017, p. 27). Luego, la institución debe ser independiente y sus miembros deben ser imparciales. Esto forma parte del debido proceso arbitral (Weber-Stecher, 2013, p. 38).⁵⁸

Asimismo, los peritos designados por el tribunal arbitral deben ser imparciales e independientes.⁵⁹ Para que el perito designado por los árbitros contribuya a la resolución del caso es necesario que este sea verdaderamente independiente (Nessi, 2016, p. 100). Más aun, la imparcialidad e independencia de los peritos designados por los árbitros es análoga a la de los propios árbitros (Born, 2014, p. 2280).

⁵⁸ No es inusual que los reglamentos arbitrales establezcan provisiones específicas para este tema. Por ejemplo, el artículo 2 del Apéndice II de las Reglas ICC regula la participación de los miembros de la Corte Internacional de Arbitraje y prescribe el deber de no participar en las sesiones y procedimientos de la mencionada corte cuando exista un vínculo con algún arbitraje específico. Por su lado, la cláusula 6 de la sección D de la *Constitution of the LCIA Arbitration Court* precisa que ningún miembro actual o histórico de dicha corte que tenga algún vínculo con un arbitraje puede participar en relación a las decisiones que tome la corte para dicho arbitraje.

⁵⁹ A nivel internacional, algunos cuerpos normativos regulan esto expresamente. Así, las Reglas UNCITRAL prescriben que el perito debe ser independiente y debe presentar una declaración sobre su imparcialidad e independencia (artículo 29), y las Reglas IBA siguen el mismo esquema (artículo 6). A nivel local, las Reglas CCL establecen que los expertos designados por los árbitros deben observar las mismas disposiciones de imparcialidad e independencia que estos últimos (artículo 29.2).

Consideramos que el tema sí forma parte del *núcleo* del debido proceso arbitral. En un caso, la *Bundesgericht* (Suprema Corte Federal de Suiza), mediante decisión del 28 de abril de 2000, consideró que una patente violación a la independencia de expertos afectaba el orden público procesal.⁶⁰

2.2.3. Afectación

Es pertinente hacer precisiones en cuanto a la manera en que se encuentran y comprueban las afectaciones a los principios de imparcialidad e independencia. En esencia, ello responde a la naturaleza subjetiva del primero y al margen de regulación convencional del segundo.

2.2.3.1. Afectación a la imparcialidad

Según expusimos, la imparcialidad constituye un estado mental. Esto hace difícil determinar con certeza si el árbitro adolece de parcialidad. Una verificación *directa* es inviable: no es posible ingresar a la mente del árbitro (o de cualquier otro sujeto) y obtener de ahí la respuesta

Así, la corroboración dependerá de las actitudes y conductas que despliegue el árbitro. Podemos entender aquí, siguiendo a la escuela conductista de la psicología, al cerebro como una “caja negra”: no sabemos que sucede dentro, pero sí podemos estudiar los estímulos que ingresan (*input*) y las respuestas que salen (*output*). Luego, en algunos casos, el árbitro *exteriorizará* su parcialidad, como en el ya mencionado caso de *Catalina v. Norma*; si el árbitro dice que las personas de cierta nacionalidad (y una parte es de dicha nacionalidad) son siempre mentirosas, sufre de prejuicios y por tanto no es imparcial.

El problema es que un juzgador podría estar parcializado y sin embargo no desplegar conducta alguna que evidencie ello. Así, es difícil *probar* la imparcialidad (Lew et al., 2003, p. 258), de ahí que, como ya expusimos, surgiese la necesidad de trabajar con un criterio *objetivo*: la independencia.

2.2.3.2. Afectación a la independencia

La independencia, según expusimos, es una noción objetiva y relativa, que otorga un margen de discreción a las partes para su determinación. Esto último, precisamente, hace necesario dar precisiones en cuanto a la afectación del principio.

Primero, existen casos de afectación al núcleo objetivo de la independencia. Estos conforman el Listado Rojo Irrenunciable de las Directrices IBA y son casos de evidente afectación a la independencia, al punto de que es irrelevante el parecer de las partes al respecto. Estos casos transgreden el debido proceso arbitral.

Segundo, existen circunstancias en que, bajo una perspectiva de tercero, la independencia puede verse afectada. Sin embargo, estas circunstancias, aunque

⁶⁰ Resumen obtenido de *ASA Bulletin*, 18(3), 558-565.

relevantes, no son absolutas, lo que permite la dispensa de las partes. Aquí nos referimos al Listado Rojo Renunciable y al Listado Naranja de las Directrices IBA.

Luego, para cada caso concreto se abren dos escenarios:

- Si una parte considera que el árbitro no es independiente, podrá denunciar tal situación como una afectación al debido proceso arbitral —cuestión distinta es si tiene razón—.
- Si ambas partes consideran que las circunstancias no atentan contra la independencia, podrán dispensar —de forma expresa o implícita— al árbitro. En este escenario, el árbitro es independiente *porque las partes lo consideraron así* y por tanto no hay afectación al principio de independencia.

Esta libertad de las partes para definir si el árbitro es independiente no deben confundirse con la *renuncia a objetar*. La renuncia a objetar cubre supuestos de efectiva afectación, es decir, el vicio se produjo, pero el mismo no es invocado por la parte afectada. Por contraste, aquí simplemente no hay afectación.

Tercero, el debido proceso arbitral también puede verse afectado cuando el árbitro *omite* reportar aquellas circunstancias que pueden generar dudas sobre su independencia. Es decir, cuando el árbitro incumple con el deber de revelación.

En realidad, dicho comportamiento puede valorarse por sí mismo como un indicador de falta de imparcialidad y falta de independencia. Falta de imparcialidad, pues el árbitro oculta información, lo que deriva en una percepción errónea de las partes en torno a dicho agente. Falta de independencia, pues puede entenderse que el árbitro ocultó información al considerar que ella puede denotar su falta de independencia; es decir, el “ocultamiento” puede interpretarse como un reconocimiento del árbitro —para sí mismo— consistente en que no es independiente.

Al respecto, es necesario precisar que la omisión de revelación no genera automáticamente la descalificación del árbitro. Así, según el comentario 5 de la Parte II de las Directrices IBA: “El solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí que el árbitro deba ser calificado de parcial o falto de independencia: ello dependerá sólo de los hechos o circunstancias que no se revelaron”.

Para finalizar, el desarrollo aquí expuesto se hace en función a la figura del árbitro, pero podría resultar extensible a los otros sujetos que participan en el arbitraje (distintos a las partes).

2.3. Debida notificación del caso

2.3.1. Definición general y fuentes

El principio de debida notificación del caso se refiere a que todo sujeto que forme parte del arbitraje debe ser informado sobre la existencia y transcurso del mismo. En

otras palabras, es imperativo que las partes puedan estar al tanto sobre lo que sucede en el procedimiento arbitral.

El principio de debida notificación es (i) una manifestación específica del principio de igualdad y (ii) un presupuesto necesario para hacer efectivo el principio de oportunidad razonable para presentar una posición.

El principio de la igualdad hace que las partes deban estar en condiciones equitativas. Por lo tanto, de entrada, es indispensable que ambas partes tengan conocimiento del arbitraje. Naturalmente, dado que el arbitraje se inicia a pedido de parte, la parte que solicite el arbitraje tendrá siempre conocimiento del caso. No sucede lo mismo de forma automática para la contraparte. La parte demandada solo sabrá que lo es cuando le avisen sobre ello.

Pero el principio de igualdad no se limita a hacer imperativo que la parte demandada tome conocimiento del arbitraje. Dicho principio hace que ambas partes deban manejar la misma información sobre el arbitraje. De ahí que todas las partes deben ser avisadas sobre cada avance que se dé en el procedimiento arbitral.

A su vez, consideramos que el principio de debida notificación del caso es un presupuesto para hacer valer el principio de oportunidad razonable para presentar una posición.⁶¹ Nadie puede defenderse si no sabe que está siendo atacado. En otras palabras, este principio “stands anterior to the equally important principle of *audi alteram partem*” [antecede al igualmente importante principio de *audi alteram partem* (escuchar a la otra parte)] (Kotuby y Sobota, 2017, p. 160).

Para finalizar, este principio está reconocido principalmente en las disposiciones de anulación y oposición a la ejecución de laudos. Primero, el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York establece que la indebida notificación de las actuaciones arbitrales es causal de denegación de ejecución de laudo. Por su lado, la LMU establece ello como causal de anulación (artículo 34(2)(a)(ii)) y de denegación de ejecución (artículo 36(1)(a)(ii)). Estas causales se repiten, de forma expresa o implícita, en las normas de anulación o ejecución de la mayoría de los ordenamientos nacionales.

2.3.2. Estructura y contenido

Según expusimos, el principio de debida notificación tiene por objeto informar a las partes sobre la (i) existencia y el (ii) desarrollo del arbitraje. Ambos puntos pueden ser desglosados.

(i) La existencia del arbitraje.

⁶¹ Existen otras posiciones. Así, se sostiene que el derecho a ser escuchado involucra dos subderechos: el derecho a obtener información (notificación) y el derecho a impartir información (alegación, defensa) (Pohl, 2018, p. 8). El principio de oportunidad razonable para presentar un caso también podría esquematizarse de esa manera. En cualquier caso, se trata de una discusión dogmática que no afecta el contenido ni extensión de la justicia procedimental en el arbitraje.

Bajo el principio de igualdad, es necesario que todas las partes sepan de la existencia del arbitraje. Sobre ello, claramente el demandante tendrá conocimiento automático de tal hecho, pues fue aquel quien lo inició. No sucede lo mismo para los demandados. Luego, el principio de debida notificación aterriza en una regla específica: si un demandante inicia el arbitraje, ello deberá ser *comunicado* a la parte demandada.⁶²

Ahora bien, esta comunicación debe ser una *debida* comunicación. Es decir, la comunicación debe permitir a la parte conocer:

- Que un arbitraje se ha iniciado. La comunicación debe ser clara en cuanto a que el arbitraje existe. No calificará de debida notificación aquella comunicación que permita suponer que aun no se ha iniciado el arbitraje (ej. una carta por la que se comunica la intención de una parte de iniciar un arbitraje contra la otra en caso esta no cumpla con cierta obligación).
- Los datos suficientes para identificarlo. Una llamada telefónica en la que se le diga al demandado “han iniciado un arbitraje contra ti” no califica como debida notificación. Es necesario que el notificado tenga la información suficiente para ubicar de forma individual a dicho arbitraje.
- El procedimiento para intervenir en aquel, siempre que dicha información no estuviese ya disponible. Según los Principios UNIDROIT del proceso civil transnacional, diseñado para el proceso judicial, la parte emplazada “should be informed of the procedure for response” [deberá ser informada del procedimiento para responder] (principio 5.1). Precisamente, el principio de debida notificación puede entenderse como una “invitation to a rational dialogue” [invitación a un diálogo racional], para lo cual es necesario que el notificado pueda entablar comunicación (Pohl, 2018, p. 9).

En el arbitraje, este principio debe flexibilizarse, pues si dicha información era accesible desde antes de la notificación, esta no deberá necesariamente contenerla. En el escenario contrario, una notificación que no informe al notificado sobre el procedimiento para responder no calificará como debida notificación. El principio de notificación es un presupuesto necesario para ejercer el derecho a presentar una posición, por lo que si este último no puede ejercerse, entonces el primero no se ha visto efectivamente realizado.

Por ejemplo, si el convenio arbitral estipulase que el arbitraje es institucional, el demandado podrá remitirse al reglamento aplicable o contactar directamente con la institución para saber cómo responder. Sin embargo, si el procedimiento arbitral fuese *ad-hoc*, será necesario que el demandante sepa a quién o a quiénes y dónde deberá cursar su respuesta.

⁶² La comunicación puede ser hecha por el demandante o por algún tercero (ej. una institución arbitral). El debido proceso arbitral no hace imperativo que sea uno u otro el que emita la comunicación.

Ahora bien, es razonable sostener que la notificación debería incluir datos adicionales, como un resumen de la posición del demandante y una relación de las pretensiones que plantea. En efecto, esa información debe ser accesible al notificado; sin embargo, ello podría darse en una notificación posterior. Además, si la notificación cuenta con los elementos reseñados anteriormente, la parte podrá intervenir en el caso y por tanto acceder a toda la información del mismo. No es que se esté ocultando información a la parte demandada.

Naturalmente, sobre dicha base —existencia, identificación, y procedimiento para responder (si correspondiese este último)— las partes directamente, el reglamento arbitral o la ley aplicable pueden fijar reglas específicas en cuanto a la notificación inicial. Así, puede establecerse que el demandado deba recibir información sobre las pretensiones, la cuantía máxima en discusión, un resumen de los hechos controvertidos, propuestas para la designación del tribunal arbitral, etc. Sin embargo, tales disposiciones no derivan directamente del debido proceso, sino del acuerdo de las partes —aunque sí se ven irradiadas por aquel, tema que se explica en 3.—.

¿Qué pasa si no se puede notificar? La respuesta naturalmente variará en cada país. En Perú, la respuesta variará según los caracteres propios de cada caso. Sin perjuicio de ello, para la mayoría de los casos, en los que se haya fijado un domicilio inicial, cada parte tiene la obligación de informar sobre el cambio de domicilio a la otra, de acuerdo al artículo 40 del Código Civil. Por lo tanto, si no se informó sobre el cambio, entonces el mismo es inoponible contra la otra parte. En cualquier escenario, es razonable sostener que esta no es la solución óptima, y que el interesado debería desplegar su máximo esfuerzo por lograr identificar el domicilio de la contraparte.

(ii) El desarrollo del arbitraje

Según expusimos antes, el principio de igualdad deriva en la unidad de información. Ambas partes deben tener acceso al mismo único expediente arbitral. En adición a ello, será necesario que las partes sean avisadas sobre la realización de las actuaciones, a efectos de que aquellas puedan hacer valer sus derechos. Esto, significa que:

- Toda decisión arbitral deberá ser avisada a las partes para que estas puedan definir qué acciones toman contra ella. De nada serviría que una parte pueda de forma posterior tomar conocimiento de una decisión concreta cuando esta ya es firme. Aquí se evidencia que el principio de debida notificación es un presupuesto necesario para el principio de defensa.
- Toda actuación material de las partes debe ser puesta a conocimiento de las demás. El fundamento de esto ya fue expuesto anteriormente: la proscripción de comunicaciones *ex partes*, que están absolutamente prohibidas al menos en cuestiones de fondo. En ese sentido, en una decisión del 3 de abril de 1975, la *Oberlandesgericht* (Corte Regional de Apelaciones) de Hamburgo denegó la ejecución de un laudo puesto que una parte había presentado una carta al tribunal arbitral y esta no informó a la contraparte de ello.

El artículo 24(3) de la LMU señala que “[d]e todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte”. Sobre ello, según la propia nota explicativa de la secretaría de UNCITRAL, la norma citada es una disposición dirigida a garantizar la “equidad, objetividad e imparcialidad”. A nivel local, el artículo 42.4 de la LAP tiene una redacción casi idéntica.

Ahora bien, en algunos casos el aviso deberá cumplir con un mínimo de anticipación en relación a la fecha efectiva de las actuaciones. Es decir, el principio de debida notificación también involucra, en ciertos casos, otorgar un plazo. Dicho plazo puede resultar necesario para garantizar los principios de equidad y defensa.

En general, ello aplica para actuaciones presenciales. Así, el artículo 24(2) de la LMU precisa que “[d]eberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos”. A nivel local, el artículo 42.2 de la LAP tiene una redacción similar.

El *Digest of Case Law* de la LMU señala que la notificación de una audiencia tiene una conexión directa con el derecho de una parte a presentar su caso y su objetivo es garantizar un mínimo de “protección procedimental” (UNCITRAL, 2012, pp. 111-112). Veamos esto mediante un caso hipotético. Si las partes son informadas de que la audiencia será realizada dentro de cinco días, ello podría afectar el trato igualitario—incluso si las partes fueron informadas en la misma fecha—, pues una parte que radicase en la sede del arbitraje podría igual lograr acudir, mientras que la parte establecida en otro país podría no llegar a hacerlo. El principio de defensa también podría afectarse, pues el reducido plazo de anticipación podría frustrar una preparación adecuada para la audiencia.

Para (i) e (ii), vale precisar que la notificación no tiene que seguir una *forma* específica, lo importante es que la misma se realice (González de Cossío, 2014, p. 947). Así, escapa al debido proceso arbitral el canal específico de comunicación que se emplee. Naturalmente, la notificación debería estar registrada por escrito (lo que incluye registro en formato electrónico), pues lo contrario podría generar problemas en cuanto a su validez formal (Born, 2014, p. 2213).

2.3.3. Límite

Bajo el principio de notificación, la justicia procedimental del arbitraje está sujeta a que los sujetos involucrados en el mismo sean informados sobre el procedimiento. Dicho núcleo, es indiscutible, no puede ser objeto de limitación alguna. En esa línea, las decisiones *fnales* resultarán inválidas, ilegítimas y transgresoras del debido proceso en caso el afectado con la decisión no haya tenido noticia del propio inicio del procedimiento que derivó en aquella.

Fuera de ello, el principio parece flexibilizarse un poco en cuanto al momento de la notificación para las decisiones *provisionales*. En efecto, el requerimiento de

notificación “does not mean that all decisions taken prior to due notice [...] are void ab initio” [no significa que todas las decisiones tomadas antes de la debida notificación sean nulas] (Kotuby y Sobota, 2017, p. 163). Surge aquí el tema de las medidas cautelares, las que se adoptan *inaudita altera pars* a nivel judicial en muchos ordenamientos nacionales.

Aun cuando el tema es objeto de debate, la emisión de medidas provisionales *ex parte* (término empleado en el *common law*) no está totalmente descartada en el arbitraje. En efecto, la LMU regula la figura de “órdenes preliminares”, las que —salvo pacto en contrario— son solicitadas y resueltas sin escuchar a la otra parte (artículo 17B). Ahora bien, estas órdenes constituyen una versión “descafeinada” de la medida provisional (Perales, 2008, p. 385), pues son accesorias a las medidas cautelares, no pueden ser objeto de ejecución judicial y no pueden tomar forma de laudo (artículo 17C).

No existe, en estricto, una diferencia en cuanto al objeto de petición bajo una orden preliminar y una medida cautelar. En realidad, el procedimiento de la LMU regula que el pedido de orden preliminar, luego de ser otorgado, pasa a discutirse, esta vez con contradicción, para ver si el mismo se confirma bajo forma de medida provisional o no.

Por contraste, los Reglamentos de ICC (artículos 28 y 29), AAA (artículos R-37 y R-38) y LCIA (artículo 25) hacen prevalecer la regla general de escuchar a la otra parte antes de emitir la medida provisional. Similar lógica sigue la mayoría de ordenamientos nacionales de arbitraje (Blackaby et al., 2015, p. 316). A nivel local, la LAP sí permite que una medida cautelar —pasible de ejecución judicial y que puede tener forma de laudo— pueda ser adoptada antes de notificar a la parte afectada, siempre que el solicitante justifique la necesidad de ello (artículo 47.3).

En cualquier caso, consideramos que las decisiones provisionales *ex parte* no implican que la parte afectada no sea escuchada, sino que ejercerá su defensa luego de la adopción de la medida; de ahí que estas decisiones no lesionan los principios de igualdad y defensa (González-Bueno, 2014, p. 427).

2.4. Oportunidad razonable para presentar una posición

2.4.1. Definición general y fuentes

El principio de oportunidad razonable para presentar una posición garantiza que las partes tengan una ventana adecuada para expresar su punto de vista sobre la controversia. Se manifiesta, en esencia, en (i) la acción, que es la atribución de las partes de presentar reclamos ante árbitros; en (ii) la alegación y defensa, que se refiere a la atribución de argumentar; y en (iii) la prueba, que es la atribución de las partes para acreditar los hechos invocados.

Este principio está ampliamente reconocido a nivel internacional. Así, la noción de oportunidad es empleada en el artículo 22.4 de las Reglas ICC (“oportunidad

suficiente para exponer su caso”), el artículo R-32(a) del Reglamento de la AAA (“fair opportunity to present its case”), el artículo 14.4 del Reglamento de la LCIA (“reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent(s)”), el artículo 17.1 de las Reglas UNCITRAL (“oportunidad razonable para hacer valer sus derechos”), entre otros.

Por su lado, LMU señala que en el arbitraje deberá “darse a cada una de ellas [las partes] plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.⁶³ La *Arbitration Act* de 1996 emplea la misma expresión que la del Reglamento de la LCIA (“reasonable opportunity...”), y la Ley 60/2003 de España alude a “suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos” (artículo 24.1). A nivel local, la LAP emplea una expresión idéntica a la de la norma española (artículo 34.2).

2.4.2. Estructura y contenido

2.4.2.1. Acción

El principio de acción, consistente en la oportunidad de presentar un reclamo ante los árbitros, forma parte del debido proceso arbitral. Aunque, como veremos, solo en cuanto a un núcleo central acotadísimo, cuyo sustento es el principio de igualdad.

Al respecto, analizaremos (i) el derecho de acceso a la justicia ante las cortes, que otorga una mejor perspectiva. Luego, abordaremos (ii) el campo completo del derecho de acción en el arbitraje, para luego identificar (iii) el núcleo fundamental de dicho derecho, que forma parte del debido proceso arbitral.

Derecho de acción ante los tribunales judiciales

Un derecho es ilusorio cuando no existe una vía para tutelarlos. Ya desde *Marbury v. Madison* (1803), la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que “the very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws whenever he receives an injury” [la propia esencia de las libertades civiles ciertamente consiste en el derecho de cada persona a reclamar la protección de las leyes cuando sufre alguna afectación].

Aparece aquí el derecho de *acceso a la justicia*. En esencia, es el derecho a pedir a la función jurisdiccional la resolución de la disputa. Se trata de un derecho:

- Formal. “No hay derecho sin acción, ni acción sin derecho”. El derecho de acción es un instrumento para materializar los derechos sustantivos. Se trata de un “derecho subjetivo procesal de las partes” (Carnelutti, 1973, p. 316).
- Fundamental. El derecho de acción es de naturaleza constitucional (Fix Zamudio, 1974, p. 56). Por ello, es irrenunciable e indisponible. Además, no

⁶³ La LMU alude a una *full opportunity* por contraste a una *reasonable opportunity*. Sin embargo, la expresión “razonable” es preferible a la de “plena” porque evita así una lectura absoluta y extrema del principio. Luego, es comprensible que la expresión *reasonable opportunity* haya tenido más acogida.

pueden existir obstáculos para su ejercicio (Marinoni, 2008, p. 1378). Luego, las partes no pueden establecer requisitos para su ejercicio.

Ahora bien, el derecho de acción no se limita a iniciar un proceso judicial. Entre otras cosas, también significa que el juez no puede dejar de administrar justicia. Un juez no puede “negar respuesta al pedido de resolución del litigio” (Marinoni, 2008, p. 1377). Así, el derecho de acceso a la justicia se conecta con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva e implica que el titular de dicho derecho recibirá una decisión que pondrá fin a su controversia.

Campo completo del derecho de acción en el arbitraje

El derecho de acción en el arbitraje se puede entender como el derecho de iniciar un arbitraje. Sin embargo, en estricto, se trata del derecho a plantear pretensiones ante un tribunal arbitral.

Antes que nada, una precisión en cuanto al momento en que se ejerce este derecho. El derecho de acción puede darse:

- Como acto iniciador del procedimiento arbitral. El derecho de acción sirve como medio para *originar* un procedimiento arbitral. En efecto, un procedimiento arbitral se inicia siempre a pedido de parte —es *imposible* que un árbitro inicie un arbitraje—, y por tanto es el ejercicio del derecho de acción el que lo hace nacer.
- En medio del procedimiento arbitral. El derecho de acción puede también realizarse dentro de un procedimiento ya iniciado; este es el caso de las reconvencciones.

Este derecho es de naturaleza contractual. Surge de un consenso de voluntad entre las partes. El convenio arbitral es un contrato, y sobre ello el iniciar un arbitraje no es más que el ejercicio de un derecho contractual. En términos gráficos, de la misma manera en que uno puede aplicar una penalidad derivada de cláusula penal, uno también puede activar la cláusula arbitral. Ahora bien, pese a tener naturaleza contractual, existe un núcleo del derecho que se integra al debido proceso arbitral y por lo tanto tiene naturaleza constitucional (esto se ve en el apartado subsiguiente).

Esta naturaleza contractual se evidencia en (i) las cuestiones de admisibilidad; y (ii) la naturaleza del arbitraje como un servicio sujeto a costo.

(i) Admisibilidad

Las partes pueden acordar requisitos que deben cumplirse para poder presentar pretensiones ante un tribunal arbitral. Una demanda que no cumpla con tales pretensiones es *inadmisibile* (Paulsson, 2013, p. 82).

Por ejemplo, si las partes pactaron como trámite previo al arbitraje el iniciar un procedimiento conciliatorio entonces la demanda arbitral será

inadmisible si no se cumpliera dicho trámite previo. En este caso, existe un convenio arbitral válido y las pretensiones están cubiertas por el mismo, pero los árbitros no atenderán tales pretensiones hasta que se haya cumplido dicho esquema previo.

En la práctica, no es inusual que las partes pacten requisitos de inadmisibilidad. El fenómeno ilustrativo es el de las cláusulas escalonadas (*multi-tier arbitration clauses*), pues el cumplimiento de los procedimientos previos al arbitraje puede tratarse como cuestión de admisibilidad (Jolles, 2006, pp. 329-338).

En comparación, resulta inconcebible que las partes puedan pactar requisitos de admisibilidad para plantear una demanda ante un juez. El derecho de acceso a los tribunales es indisponible, las partes no pueden regularlo. Al contrario, precisamente el Estado tiene el deber de garantizar un acceso sin obstáculos ni barreras.

(ii) Arbitraje como un servicio sujeto a costo

There's no such thing as a free lunch. Dirimir un conflicto es una acción *supererogatoria*: es moralmente bueno, pero uno no tiene la obligación de hacerlo (Rawls, 1999, p. 100). Por ello, fungir de árbitro es un servicio que se suele dar a cambio de un pago.

Es ampliamente aceptado que entre las partes y los árbitros existen un contrato (Lew et al., 2003, p. 276). Más allá del debate sobre el tipo específico de contrato, lo cierto es que las partes tienen una obligación crediticia para con los árbitros, deben pagar sus honorarios.

Luego, para obtener una respuesta a sus pretensiones, las partes deberán pagarle al árbitro. Por lo tanto, si las partes no pagan, los árbitros no tendrían por qué desempeñar su función. Esto está reconocido a nivel internacional.

Al respecto, la *Arbitration Act* de 1996 señala que el tribunal “may refuse” [puede rehusar] emitir un laudo salvo que se de el pago íntegro de los honorarios y gastos de los árbitros (artículo 56(1)). La Ley 60/2003 de España señala que el no pago de los honorarios y otros gastos permite a los árbitros suspender o terminar el arbitraje (artículo 21.2). A nivel local, la LAP sigue el mismo criterio (artículo 72).

Por su lado, las Reglas ICC (artículo 37.6), el Reglamento de la AAA (artículo R-57), el Reglamento de la LCIA (artículo 24.6) van en la misma línea. Si la parte que presenta pretensiones no paga los honorarios y costos enlazados a ella, tales pretensiones no serán atendidas.

Este esquema es inasimilable para el derecho procesal. Entre las partes y el juez no existe un contrato; la remuneración del juez proviene del tesoro público. Más aun, el derecho de acción judicial impide a los jueces rehusar la resolución de la controversia encargada.

Núcleo fundamental del derecho de acción (integrado al debido proceso arbitral)

(i) Consideraciones generales

El derecho de acción, en sí mismo, es de naturaleza puramente contractual y por tanto en principio no forma parte del debido proceso arbitral. No existe un correlativo arbitral del derecho procesal judicial de acceso a la justicia.

¿Por qué? La razón es bastante simple: nadie puede ser *obligado* a fungir como árbitro si no quiere. Concebir un derecho fundamental de acción en el arbitraje implicaría que, por *fuerza*, se desarrollará un arbitraje y en el mismo se resolverán las pretensiones. Es decir:

- Ciertas personas deberán fungir de árbitros y resolver el caso. Estas personas no podrán rehusarse, serán obligadas a cumplir dicho rol.
- En algunos casos, cuando se haya pactado que el arbitraje será institucional, una institución se vería obligada a resolver la controversia.

Obligar a personas a fungir de árbitros y a una institución a administrar un arbitraje atentaría contra el derecho fundamental a la libertad. Por lo que, salvo casos excepcionales, ello es intolerable.

(ii) Núcleo fundamental

El derecho de acción tiene un núcleo que integra el debido proceso arbitral. Este núcleo se dirige a que no existan impedimentos u obstáculos arbitrarios para ejercer dicho derecho.

Naturalmente, los requisitos derivados del acuerdo de las partes (por ejemplo, cuestiones de admisibilidad) o de la naturaleza del rol de los árbitros (labor que se hace a cambio de honorarios) no podrían calificar como obstáculos arbitrarios. Los impedimentos u obstáculos arbitrarios carecen, precisamente, de fundamento.

Luego, el derecho de acción significa que la parte no sufra coacción, intimidación u otras tácticas indebidas de presión que pudieran incidir en su libertad para presentar pretensiones. Estos hechos indebidos, por cierto, pueden provenir de la contraparte, terceros o incluso el Estado.

Pero los impedimentos u obstáculos arbitrarios no se limitan a supuestos de presión indebida. Existen también casos de impedimentos generados por los árbitros o la institución a cargo del caso.

En principio, los árbitros y las instituciones tienen la libertad de rechazar un encargo. Esa libertad, si bien amplia en extremo, no es absoluta. Dicha libertad deberá ceder en algunos casos de afectación grave a otros valores fundamentales, como el de igualdad.

Precisamente, bajo el principio de igualdad, las personas deben ser tratadas de manera equitativa. En el marco del derecho de acción, ambas partes deben recibir el mismo trato en cuanto a la presentación de sus pretensiones. Así, se transgrede el derecho de acción cuando este no puede ejercerse pese a que la contraparte sí pudo hacerlo.

Si una parte inicia un arbitraje y un tribunal arbitral se conforma para resolver las pretensiones planteadas por aquella, dicho tribunal arbitral deberá también atender las pretensiones que pudiera plantear el demandado —siempre que esta cumpla con todo lo necesario para ello—. Si el tribunal arbitral rechaza *arbitrariamente* tramitar las pretensiones del demandado-reconveniente, se transgrede el núcleo fundamental del derecho de acción.

De igual forma, si una parte inicia un arbitraje institucional derivado de un contrato X, y luego de concluido dicho arbitraje la contraparte desea iniciar un nuevo arbitraje —pensemos en un contrato base de larga duración—, la institución que conoció el primer arbitraje no podrá rehusar arbitrariamente atender la petición de este segundo arbitraje. Negar dicho pedido sin justificación atentaría contra el núcleo fundamental del derecho de acción.

En síntesis, existe un núcleo fundamental del derecho de acción, que integra el debido proceso arbitral. Este se dirige a proteger a las partes frente a obstáculos o impedimentos arbitrarios que afecten el ejercicio de dicho derecho.

2.4.2.2. Alegación y defensa

El principio de oportunidad razonable para presentar una posición deriva en que las partes puedan argumentar en relación a los temas discutidos en el arbitraje. A continuación, una evaluación de (i) los aspectos generales del tema; y (ii) el derecho de audiencia como integrante del debido proceso arbitral.

Aspectos generales

En cuanto a la alegación y defensa, el principio de oportunidad razonable para presentar una posición puede desglosarse en múltiples aspectos y niveles.

Primero, para que haya una *oportunidad* de presentar una posición, es necesario que la parte tenga pleno acceso a información sobre el caso. Esto tiene dos manifestaciones específicas:

- La debida notificación sobre el inicio del procedimiento arbitral y/o sobre los avances del mismo. El principio de debida notificación, según expusimos en

2.3., es un presupuesto necesario para materializar el principio de oportunidad para presentar una posición.

- El acceso al expediente del caso. Las partes deben tener a disposición todos los elementos que conforman la controversia y que integran el archivo del caso.

Segundo, la oportunidad para presentar una posición no está restringida al fondo de la controversia. La atribución de alegar, contestar y probar se extiende también a temas formales. Es decir, el principio de oportunidad no puede descartarse *ex ante* para cualquier actuación o etapa del procedimiento, puede cubrir cuestiones de admisibilidad, competencia, fondo de la controversia, y cualquier otra enlazada al procedimiento arbitral.

Tercero, la oportunidad razonable para presentar una posición conlleva la necesidad de que las partes puedan diseñar su defensa de forma libre y sin interferencias. En el proceso judicial, esto es más evidente dada la necesidad de evitar que el Estado intimide a alguna de las partes. Sin embargo, este aspecto también es aplicable al arbitraje. En *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey*, un tribunal arbitral reconoció ello en el marco de actitudes intimidatorias contra la defensa legal de una parte (caso ICSID ARB/06/8, decisión del 23 de junio de 2008, §78).

Cuarto, la oportunidad razonable significa dar un espacio y tiempo adecuado para que las partes puedan desplegar aquellas actividades necesarias para presentar su caso. Es decir, el principio de oportunidad razonable se expresa en un *plazo* razonable. Por ejemplo, parece inconcebible que un tribunal arbitral otorgue un plazo de un día para presentar la demanda.

¿Cuál debe ser la extensión del plazo razonable? Fuera de garantizar a las partes una oportunidad *real* para actuar, no parece que exista alguna otra pauta general. Bajo el principio de flexibilidad el arbitraje, es sólido sostener que la extensión dependerá de la complejidad de los temas involucrados. En cualquier escenario, la jurisprudencia a nivel internacional parece ser uniforme en que los plazos pueden ser menores que los plazos procesales manejados en el ordenamiento nacional (Schwebel y Lahne, 1987, p. 219). Naturalmente, si las partes lo consideran pertinente, los plazos pueden ser extensos y/o muy largos.

Ahora bien, la regulación convencional de las partes puede complicar el panorama. ¿Qué pasa si las partes pactaron plazos diminutos para actuaciones importantes? En nuestra opinión, la calificación de plazo razonable deberá considerar lo establecido por las partes. Si el plazo fue establecido por las partes, eso significa que ellas consideraron a dicho plazo como *razonable*, por lo que no habría razón para calificarlo de manera contraria.

Precisamente, la libertad de las partes para regular el procedimiento puede dar lugar a procedimientos “sumarísimos”, que otorguen ventanas mínimas para el despliegue de actuaciones. En esa línea, las partes podrían seguir un procedimiento “oral”, en el que actuaciones importantes tendrían que desplegarse de forma *inmediata*, dentro de la

audiencia. No es razonable considerar que la adopción de esquemas procedimentales sumarísimos u orales vulnera el principio de oportunidad razonable.⁶⁴

Quinto, el principio se manifiesta en dos expresiones centrales: (i) alegar, que en esencia significa presentar argumentos; y (ii) pronunciarse sobre las incidencias acaecidas durante el arbitraje. Esta división ya se ha ensayado anteriormente:

The details of mandatory public policy requirements concerning the arbitral hearing and related procedures [...]. They lay down that each party's right to present its case and to discuss the position of the other party must be respected [...] these two requirements are not identical, since the first implies that every party must have the opportunity to develop fully its claims and arguments in defence, whilst the second ordains that no question shall be decided by the arbitrator until each party has been afforded the opportunity of discussing it”
[Los detalles de los requerimientos de orden público imperativo concernientes a la audiencia y procedimientos relacionados [...]. Aquellos se manifiestan en que el derecho de cada parte para presentar su caso y para discutir la posición de la otra deben ser respetados [...]. Estos dos requerimientos no son idénticos, pues el primero implica que cada parte debe tener la oportunidad para desarrollar su petitorio y sus argumentos de defensa, mientras que el segundo establece que ninguna cuestión debe ser resuelta por el árbitro hasta que las partes no hayan tenido oportunidad de discutirla] (Goldman, 1984, p. 267).

Luego:

- La oportunidad para alegar se refiere a la construcción de la posición. Es decir, la elaboración y presentación de un esquema argumentativo que reúne hechos —que pueden sustentarse en pruebas— y derecho, dirigido a sustentar que la demanda es admisible, procedente o fundada, o lo contrario.
- La oportunidad para pronunciarse sobre las incidencias parte del principio de contradicción, esto es, del aforismo *auditur et altera pars* (escuchar a la otra parte). En simple, si una parte dice algo, debe existir una ventana para que la otra pueda absolver lo dicho por la primera. Pero este tipo no se restringe a que una parte pueda absolver lo expresado por la otra. Es aplicable también al universo general de decisiones arbitrales. Antes de resolver una cuestión, los árbitros deben escuchar a las partes.

Ahora bien, ninguna de estas expresiones es absoluta (ningún principio es absoluto). No todas las decisiones arbitrales requerirán dar una oportunidad a las partes para pronunciarse. Cuando la incidencia no revista relevancia material (temas logísticos, organizacionales, etc.), ello será innecesario.

⁶⁴ Además, el diseño de un procedimiento sumarísimo tendría un impacto en distintos elementos del procedimiento y del laudo. Por ejemplo, si las partes establecen un plazo brevísimo para que los árbitros emitan un laudo, no podría esperarse que este contenga una motivación exhaustiva y amplia.

Sexto, el principio de oportunidad razonable para presentar una posición significa que el árbitro debe *escuchar* a las partes. Es decir, debe prestar atención y examinar las posiciones que estas presenten (Pohl, 2008, p. 11). En otras palabras, es imperativo que la presentación de la posición de las partes sea evaluada por los árbitros y por consiguiente pueda incidir en el juicio que hagan los árbitros, más allá de si la decisión final coincide o no con la posición presentada.

Así, “where [...] the arbitrator admits to not receiving or reviewing the submissions of one of the parties and thereafter ignores pertinent arguments made in those submissions, the subsequent award will generally be unenforceable, as a violation of due process and fundamental fairness” [donde [...] el árbitro admita no haber recibido o revisado los escritos de una de las partes y por tanto ignora los argumentos pertinentes realizados en dichos escritos, el subsecuente laudo será generalmente inejecutable, por violación al debido proceso y a la justicia fundamental] (Kotuby y Sobota, 2017, p. 179).

Naturalmente, no toda infracción a este deber afecta el debido proceso arbitral transnacional (orden público procesal transnacional). Un caso ilustrativo es el del árbitro que se queda dormido durante una audiencia. Dicha actitud devela que el árbitro no ha prestado atención a lo expuesto y por tanto no podrá analizar los argumentos vertidos.⁶⁵

En un caso alemán de ejecución de laudo, una parte alegó transgresión al orden público (procesal) pues un árbitro había dormido durante largos tramos de la audiencia. La *Oberlandesgericht* (Corte Regional de Apelaciones) de Karlsruhe, mediante sentencia del 4 de enero de 2012, apreció que dicha parte no invocó tal anomalía durante el arbitraje. La corte consideró que el vicio había sido convalidado debido a la renuncia a objetar, lo que demuestra que, al menos para dicha corte, tal vicio no violaba el orden público, pues si lo hiciese entonces el mismo no podría haber sido convalidado..

Para finalizar, el principio de oportunidad razonable para presentar una posición debe respetar la igualdad entre las partes. Acaece aquí el concepto de *igualdad de armas*: ambas partes deben contar con las mismas oportunidades para defenderse. Por ello es que las partes deben tener igual acceso a un único expediente, que se prohíben las comunicaciones *ex parte*, que los plazos, sean cuales sean sus extensiones, deben ser equitativos, etc.

Derecho de audiencia

El principio de oportunidad razonable para presentar una posición se enlaza al *right to be heard* (derecho a ser escuchado). Las partes, según expusimos, merecen que los árbitros atiendan y evalúen sus posturas.

⁶⁵ Vale notar que la magnitud de la afectación se reduce si es que existe un registro (transcripción, grabación de audio o grabación audiovisual) de la audiencia.

Ahora bien, un tema específico de especial importancia es la *forma* en que las partes pueden presentar su posición. Evaluaremos si el principio de oportunidad razonable para presentar una posición implica que necesariamente deba existir una audiencia.

Y es que así como existe un *right to be heard*, también se habla de un *right to a hearing* o *day in court* (derecho de audiencia). En sentido estricto, el derecho de audiencia puede referirse al derecho concreto a tener una audiencia para que las partes puedan expresar sus posiciones de forma oral.

El derecho de audiencia es un medio importante para asegurar un resultado justo (Holtzmann y Neuhaus, 1989, p. 683). Sin embargo, consideramos que no forma parte del debido proceso arbitral transnacional. Se trata, por el contrario, de un derecho convencional, que puede o no integrar el procedimiento arbitral.

Primero, la audiencia no es una etapa imperativa requerida por el debido proceso arbitral. Aun si asumiésemos que existiese un derecho fundamental a una audiencia, ello no deriva en que esta deba darse siempre. Precisamente porque se trata de un *derecho*, puede que en algunos casos las partes decidan no ejercer el mismo, lo que podría derivar en que no haya audiencia (nada impide que los árbitros, por considerarlo conveniente, convoquen de oficio a audiencia). Por ejemplo, en un caso en el que los hechos no son controvertidos y la disputa se enfoca en la aplicación de normas, la audiencia podría resultar impertinente y costosa.

En otras palabras, si ninguna de las partes requiere una audiencia, esta no tendrá que realizarse. Ello no constituye una transgresión al debido proceso arbitral. En *Philippines v. Philippine International Air Terminals* ([2006] SGHC 206), la *High Court* de Singapur abordó ello:

One of the complaints that GOP made against the Tribunal was that it had not asked the parties to make presentations at an oral hearing. This point was misconceived. As PIATCO pointed out, r 20(2) of the ICC Rules states, in reference to the main fact-finding aspect of the arbitration, that an oral hearing is not a must unless the parties call for it or the Tribunal so decides of its own motion. This clearly implies that an oral hearing is not envisaged as a must [...].

[Una de las quejas que GOP hizo contra el tribunal fue que este no pidió a las partes hacer presentaciones en una audiencia. Este punto está mal concebido. Como PIATO señaló, r 20(2) de las Reglas ICC establece, en relación a los principales aspectos de determinación de hechos del arbitraje, que una audiencia oral no es una necesidad a menos que las partes pidan por ella o que el tribunal lo decida por su cuenta. Esto claramente implica que una audiencia oral no está contemplada como necesaria].⁶⁶

⁶⁶ En el caso, el *derecho* a pedir audiencia está reconocido por las partes a través de la adopción del Reglamento ICC. Sin embargo, ello no resta validez al razonamiento subyacente: existe un derecho de audiencia, y por lo tanto esta no es una etapa fundamental e imperativa del procedimiento. En caso contrario, la *High Court* hubiese considerado que, más allá de que las partes no ejerciesen su derecho, igual era imperativo que el tribunal arbitral convocase a audiencia.

Entonces, el concepto a tratar es el derecho a *pedir* una audiencia.

Segundo, el derecho a pedir audiencia no es un derecho fundamental e indisponible, sino más bien como un derecho *contractual* y por tanto regulable por las partes. Luego, dicho derecho no integra el debido proceso arbitral transnacional. Ello se desprende del tratamiento asignado por las fuentes de derecho pertinentes.

La LMU establece que las partes pueden regular libremente si hay o no audiencias. La atribución de excluirlas está expresamente reconocida: “a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes” (artículo 24(1)). A nivel local, la LAP también adopta el esquema de la LMU. El artículo 42(1) reconoce que las partes pueden establecer un procedimiento arbitral sin audiencias.

El tratamiento asignado por las principales leyes de descarta que exista un derecho indisponible a tener audiencia. Principios como el de imparcialidad son transnacionales, pero el derecho a pedir audiencia no. En diversos ordenamientos, las partes pueden acordar que no existan audiencias. Luego, ello descarta que dicho derecho integre el debido proceso arbitral transnacional.

Y es que parece razonable sostener que el principio de oportunidad razonable para presentar una posición se dirige a garantizar que las partes logren comunicar a los árbitros sus posturas. La *forma* en que dicha comunicación se realice (oral y escrita) puede resultar irrelevante en tanto se garantice el resultado deseado. Lo esencial es que las partes sean atendidas y entendidas, más allá del canal específico empleado.

Al respecto, no se ha demostrado que la comunicación oral sea, *per se*, necesaria para lograr que el tribunal aprehenda las posiciones de las partes. Por lo tanto, el debido proceso arbitral transnacional no incluye dicho derecho.

2.4.2.3. Prueba

Un aspecto central de la oportunidad razonable para presentar una posición es la prueba. La determinación de los hechos acaecidos pasa por que existan elementos que respalden tal determinación. Las partes deben contar con un espacio para intentar acreditar (o desacreditar) los hechos alegados.

Aquí, son dos los temas centrales a evaluar: (i) el esquema de ofrecimiento, admisión, y valoración de medios probatorios; y (ii) el estándar y carga de la prueba.

Ofrecimiento, admisión y valoración de medios probatorios

En la práctica arbitral internacional, las reglas de prueba son bastante generales (Lew et al., 2003, p. 554), por lo que existe un amplio margen de discrecionalidad para que los árbitros (o las partes) establezcan un esquema de reglas específico para el caso

concreto. Más aun, las tradiciones de derecho civil y *common law* manejan dinámicas distintas, y aun dentro de estas cada país suele manejar reglas locales particulares (Blackaby et al., 2015, p. 376). Ello deriva en un escenario arbitral con un abanico variado de prácticas sobre prueba.

Al respecto, la LMU señala que los árbitros tienen el poder para establecer “la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas” (artículo 19). A nivel de Reglamentos, las Reglas UNCITRAL adoptan el mismo esquema (artículo 27.4), las Reglas ICC señalan que el tribunal deberá establecer los hechos por todos los medios apropiados (artículo 25.1)⁶⁷. Por su lado, la LCIA permite a los árbitros decidir qué reglas aplicar para la admisión, relevancia o peso de las pruebas (artículo 22.1(vi)).

Sin embargo, el esquema probatorio establecido debe siempre respetar los requerimientos de igualdad y de oportunidad adecuada para presentar una posición (Waincymer, 2012, p. 751). El ámbito probatorio no es ajeno a las disposiciones sobre justicia procedimental. Existe un debido proceso arbitral sobre dicho ámbito, y se manifiesta en la oportunidad razonable para probar.

Naturalmente, la oportunidad razonable para probar, como parte del debido proceso arbitral, se limita a establecer cierto esquema *mínimo* que permita garantizar el respeto a los ya mencionados principios de igualdad y de oportunidad razonable para presentar una posición. En líneas generales, ese mínimo se manifiesta en las etapas de (i) ofrecimiento; (ii) admisión; y (iii) valoración de medios probatorios.

(i) Ofrecimiento de medios probatorios

Si los hechos se acreditan mediante pruebas, es lógico que las partes tengan un derecho a presentar medios probatorios que sustenten su posición. En ese sentido, el debido proceso arbitral requiere la existencia de dicho derecho. Luego, la denegatoria de dicho derecho, como por ejemplo impedir que una parte pueda presentar pruebas, afectaría el mismo (Mantilla-Serrano, 2004, p. 339).

Ahora bien, cuestión distinta es el de los esquemas formales diseñados para el ejercicio de dicho derecho. La libertad de las partes permite establecer esquemas muy estrictos (por ejemplo, plazos diminutos) para el ofrecimiento de pruebas. Al respecto, el debido proceso arbitral solo se verá afectado cuando el derecho a ofrecer prueba exista pero solo en apariencia. Es decir, deberá examinarse si existió una oportunidad real para presentar pruebas.

(ii) Admisión de medios probatorios

Para que el derecho a ofrecer medios probatorios no sea ilusorio, es necesario que estos puedan ser aceptados. Ahora bien, aun cuando la práctica usual pasa por admitir

⁶⁷ Esto deriva claramente de la versión en inglés (“The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means”). La versión en español tiene una redacción más problemática, pues dice que “El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados”.

virtualmente todos los medios probatorios presentados (Lew et al., 2003, p. 561), ello no se sustenta en un fundamento imperativo. En realidad, puede haber restricciones y filtros en la admisión de medios probatorios. Existen diversas fuentes para estas restricciones:

- El acuerdo expreso de las partes. Las partes pueden establecer restricciones a los tipos de medios probatorios que pueden ser presentados. Si bien esto no es usual, sí es posible, y ello se denota en el hecho de que los árbitros — autorizados por las partes— pueden establecer restricciones en la admisión de categorías medios probatorios. Esta clase de pactos no restringe el derecho de las partes a probar sus posiciones, sino que establece restricciones a la forma que tendrán estas pruebas. Por ejemplo, las partes pueden acordar que solo se presenten documentos, por lo que las declaraciones de los testigos deberán presentarse en formato escrito y no habría testificación oral en audiencia.
- Los árbitros. Si los árbitros tienen facultades para regular el esquema probatorio (lo que sucede casi siempre), entonces podrán establecer reglas concretas sobre la admisión de los medios probatorios.

Al respecto, el artículo 34(2)(f) de la *Arbitration Act* de 1996 establece que los árbitros pueden definir si aplican “strict rules” [reglas estrictas] para las cuestiones de admisibilidad, relevancia y peso de las pruebas. Ello significa que los árbitros pueden definir entre un rango de opciones qué nivel de filtro aplicar para tales fases probatorias, y que incluso pueden adoptar opciones rigurosas.

Más aun, el artículo 34(2)(h) de la misma norma les permite definir si habrá evidencia oral y/o escrita. Es decir, los árbitros podrían excluir toda evidencia oral, por lo que la prueba debería tomar forma siempre de documento escrito. En esa línea, el artículo 25(3) de las Reglas ICC establece que el tribunal arbitral *podrá* decidir si escucha a testigos, peritos o a cualquier otra persona. El tribunal arbitral tiene la atribución de escucharlos, pero no la obligación (Schwartz y Derains, 2005, p. 275).

Naturalmente, estas decisiones no pueden ser arbitrarias. Deben estar justificadas. La justificación, sin embargo, depende del nivel de apertura o rigurosidad en cuanto a la admisión de la prueba. En un sistema “abierto” y que permite a las partes una fase extensa de *discovery*, el rechazo a un medio probatorio solo podría fundarse en cuestiones sensibles. Así, los árbitros podrían fundar la inadmisión en:

- Cuestiones de *confidencialidad*. Ciertos medios probatorios podrían tener un carácter especial, que amerite su reserva. Resulta ilustrativo remitirnos a los supuestos dados por las Reglas IBA: privilegio legal (artículo 9.2(b)), confidencialidad por razones comerciales (artículo 9.2(e)) y razones de sensibilidad política o institucional (artículo 9.2(f)).

- Cuestiones de *legalidad* de la prueba. Pueden existir fundamentos legales que impiden la admisión de ciertos medios probatorios. Las Reglas IBA regulan esto en su artículo 9.2(b). Un tema icónico aquí es el de la prueba ilegalmente obtenida.
- Cuestiones de justicia o igualdad. La exclusión de una prueba puede darse precisamente para garantizar la justicia procedimental en el arbitraje. Por ejemplo, la equiparación de las reglas de privilegio legal en casos en que las partes manejan usos distintos al respecto (Waincymer, 2012, p. 870); para lograr ello, el tribunal arbitral podría excluir todo medio probatorio protegido por privilegio.
- Otras cuestiones. Los medios de prueba podrían ser rechazados en función a criterios variados. Por ejemplo, consideraciones de eficiencia, celeridad y economía en el procedimiento (ello está reconocido en el artículo 9.2(c) y 9.2(g) de las Reglas IBA).

Por contraste, en un sistema distinto, como el inquisitorial, los árbitros podrían tener un mayor margen de discrecionalidad en cuanto al rechazo de pruebas. En un sistema de este tipo, el criterio prevalente es la *relevancia*. Por ejemplo, bajo las Reglas de Praga, la exhibición de un documento solo será ordenada por el tribunal arbitral cuando este considere que la misma es estrictamente necesaria (Reggiardo & Dibós, 2019, p. 14). Así, en este esquema se deja de lado la práctica de admitir todos los medios probatorios; la idea es manejar solo los medios probatorios centrales para la dilucidación del caso.

En cualquier caso, las decisiones de los árbitros deberán respetar los principios de equidad y de oportunidad razonable para presentar una posición. Por ejemplo, podría atentar contra el debido proceso arbitral que los árbitros decidan escuchar a un testigo propuesto por una parte, pero que decidan no escuchar al testigo propuesto por la otra, cuando ambos testigos tienen la misma idoneidad para acreditar un hecho concreto. En caso no existan razones objetivas, tal decisión podría calificar de arbitraria, inequitativa e incluso parcializada.

Naturalmente, las decisiones de los árbitros para aceptar o rechazar pruebas no solo deben observar los principios del debido proceso. Otras cuestiones sobre teoría de la prueba (ej. la pertinencia de la prueba) también entran a tallar en este aspecto.

- La ley. La ley procedimental aplicable podría establecer restricciones en la admisión de ciertos medios de prueba. Esto no sucede virtualmente en ninguna parte del globo. Sin embargo, es teóricamente posible.

Sea como fuere, y salvo los casos de reglas expresamente establecidas por las partes, el tribunal arbitral debe tener cuidado al inadmitir medios probatorios. Si este luego concluye que el pedido de la parte es infundado por falta de pruebas, ello permitiría

que dicha parte pueda cuestionar el laudo por afectar su oportunidad razonable para presentar una posición (Waincymer, 2012, p. 762). Esto aplica especialmente para consideraciones de menor fuerza, como las fundadas en criterios de eficiencia, celeridad o economía.

En síntesis, el debido proceso arbitral en este extremo se limita a que los medios probatorios *puedan* ser admitidos.

(iii) Valoración de medios probatorios.

No basta que la prueba sea presentada y admitida. Para que aquella cumpla su fin, es necesario que el árbitro la analice al momento de determinar los hechos. En *España v. Lenzing AG*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante decisión del 22 de noviembre de 2007, señaló que la judicatura debe evaluar si la prueba “is factually accurate, reliable and consistent” [es factualmente acertada, confiable y consistente], y además si la misma “contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it” [contiene toda la información que debe ser tomada en cuenta para evaluar una situación compleja y si es capaz de sostener las conclusiones derivadas de ella].

Dicho esquema es aplicable al arbitraje. En la tarea de adjudicar disputas, el árbitro debe determinar hechos, derecho y aplicar los segundos sobre los primeros (Kurkela y Turnen, 2010, p. 141), precisamente lo mismo que hace el juez. Luego, el debido proceso arbitral en la fase de valoración de pruebas pasa por que los árbitros realicen un análisis del grado de convicción de la misma; y sobre ello le asignen un valor (que puede ser nulo) en cuanto a la determinación de los hechos. En esencia, el árbitro debe examinar la prueba.

Ahora bien, según la naturaleza del medio probatorio, el análisis del mismo requerirá de actuaciones previas relevantes. Por ejemplo, si un medio probatorio es una inspección, los árbitros tendrán que apersonarse al objeto a ser inspeccionado para poder, posteriormente, asignarle un valor a dicha prueba.

En resumen, el debido proceso arbitral garantiza que las partes tengan una oportunidad para ofrecer medios probatorios, y que estos puedan ser admitidos y, en dicho caso, examinados por el tribunal arbitral.

Carga y estándar de la prueba

El debido proceso arbitral también recae sobre los esquemas de carga de prueba y estándar de prueba. La carga de la prueba se refiere a quién está a cargo de acreditar el hecho; y el estándar de prueba consiste en el parámetro de rigurosidad que aplicará el juzgador para definir si la prueba le genera convicción. A continuación, un análisis del contenido del debido proceso arbitral dentro de estas nociones.

(i) Carga de la prueba

La libertad de las partes para regular cuestiones de carga de la prueba es amplia. Sin embargo, no es absoluta, el debido proceso arbitral hace que dicha carga deba estar distribuida de manera proporcional. Analizaremos esto en función a la regla tradicional de carga de la prueba y a sus excepciones.

Primero, es una práctica generalizada en el arbitraje adoptar el clásico esquema de *ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio*: la carga de la prueba recae sobre cada parte para los hechos que afirma (Blackaby et al., 2012, p. 378). Este esquema asigna un trato equitativo a las partes, por lo que observa el debido proceso arbitral.

Ahora, dicho esquema tiene excepciones. Estas pueden provenir de distintas fuentes. En específico:

- El acuerdo de las partes. Las partes pueden pactar esquemas específicos de carga de la prueba (Aimoré, 2016, p. 101). Esto podría derivarse de:
 - Una estipulación sobre las reglas del procedimiento arbitral.
 - Los términos del contrato base. La carga de la prueba puede verse modificada por la manera en que los derechos sustantivos se construyen (Waincymer, 2012, p. 764). Por ejemplo, un contrato de compra de bienes que establezca que en caso el comprador no otorgue conformidad a los bienes, este no deberá acreditar ello, sino que el vendedor deberá probar que los bienes resultaban conformes (Aimoré, 2016, p. 101).

La existencia de un acuerdo expreso entre las partes hace virtualmente inviable sostener que el esquema de carga de la prueba atenta contra el debido proceso arbitral. Más aun, variar el esquema de carga de la prueba significaría un atentado contra el principio de *pacta sunt servanda*.⁶⁸ Por ello, consideramos que el debido proceso arbitral no debería imponer límite alguno al pacto sobre carga de la prueba cuya fuente directa es el acuerdo de las partes —tema distinto es el de las reglas fijadas por los árbitros—.

Sin embargo, no podemos superar a la casuística. Podría haber, quizá, casos en los que el acuerdo de las partes sobre carga de la prueba atente contra el debido proceso arbitral..

⁶⁸ Podemos evaluar esto con un poco más de detalle. El pacto de las partes sobre la carga de la prueba se integra al conjunto total de disposiciones establecidas en el contrato. Al momento de establecer el esquema específico de la carga de la prueba, la parte “menos beneficiada” con ello podría trasladar el costo adicional de dicha provisión elevando sus exigencias en otros aspectos (ej. si el comprador no tiene que acreditar las razones de su no conformidad, entonces el vendedor requerirá un pago más alto por los bienes). Luego, alterar este esquema en el procedimiento arbitral implicaría alterar un acuerdo comercial que las partes consideraron justo.

Esto, en específico, puede darse en casos de relaciones asimétricas, en las que la parte fuerte imponga términos que sean sumamente perjudiciales para la contraparte. Esto podría derivar en algunos casos en frustrar el derecho de la parte débil a poder probar su caso; por ejemplo, la parte débil podría tener la carga de acreditar hechos negativos de difícil probación.

- La ley. Las normas aplicables⁶⁹ pueden establecer reglas específicas de carga de la prueba. Esto puede darse a través de presunciones, pues a través de estas la carga de la prueba se traslada de una parte a otra (Böckstiegel, 2001, p. 3).

Las presunciones legales no deberían afectar el debido proceso arbitral. En cualquier caso, los árbitros deberían interpretar las presunciones legales establecidas de forma tal que estas no generen un desbalance intolerable entre las posiciones de las partes.⁷⁰

- Los árbitros. Por regla general, los árbitros pueden establecer reglas específicas sobre la carga de la prueba. Luego, estos pueden diseñar esquemas particulares, que incluso pueden responder a los caracteres específicos de la disputa. En otras palabras, los árbitros pueden distribuir la carga de la prueba.

Naturalmente, dicha distribución debe resultar acorde con los principios de igualdad y oportunidad razonable para presentar una posición. En específico, los árbitros, a diferencia de las partes, deben ser imparciales; las partes pueden acordar un esquema desbalanceado de carga de la prueba, los árbitros no.

Luego, el debido proceso arbitral deriva en que los árbitros deban distribuir la carga de la prueba de manera *proporcional*. No es justo que una parte esté sobrecargada de probar a comparación de la otra. Ello, sin embargo, no excluye que puedan existir algunos desbalances, cuando estos estén justificados.

Dicha proporcionalidad no significa una adopción absoluta del clásico esquema de *ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio*. Los árbitros pueden reasignar la prueba de un hecho a una parte que no lo alegó; y ello puede estar justificado en criterios de justicia y equidad. En cualquier caso, la asignación hecha por los árbitros debe respetar el debido proceso (Aimoré, 2016, p. 103).

En esa línea, los árbitros pueden estimular la actividad probatoria de las partes mediante inferencias. Este es el caso de las inferencias negativas, dinámica que está reconocida en tanto en el arbitraje como en el litigio judicial. Así, la parte que tiene la obligación de presentar un documento interno suyo —su

⁶⁹ Existe una nutrida discusión sobre qué ley es la aplicable en cuestiones de carga y estándar de prueba. Ello debido al debate sobre si estas cuestiones son procedimentales o sustantivas (Böckstiegel, 2001, p. 3). Este trabajo no requiere abordar tal tema en tanto estamos ensayando aquí el contenido del debido proceso arbitral *transnacional*, por lo que sea cual sea la norma aplicable, dicho contenido será el mismo.

⁷⁰ Mas aun, si consideramos que las disposiciones sobre carga de la prueba son sustantivas y no procedimentales, el árbitro puede alejarse de lo establecido en la ley, pues los cuestionamientos al laudo no pueden fundarse en error en la aplicación de las normas (Aimoré, 2016, p. 103).

existencia está acreditada— y rehúsa hacerlo podría sufrir como consecuencia que el juzgador *presuma* que dicho documento resultaba negativo para su postura (ver, por ejemplo, el artículo 9(5) de las Reglas IBA y el principio 21(3) de los Principios UNIDROIT del proceso civil transnacional).

La “amenaza” de una inferencia negativa sirve para que las partes presenten pruebas que le perjudican y que la contraparte pueda formular de mejor manera su caso. La inferencia negativa contribuye a la eficiencia y a la justicia del arbitraje (Sharpe, 2006, p. 550). Inclusive, puede sostenerse que ello garantiza el principio de igualdad: no es justo que una parte pueda preparar su caso teniendo a la vista ciertas pruebas que la otra parte desconoce (en cuanto a su existencia o a su contenido).

En resumen, el esquema de carga de la prueba debe, idealmente, cumplir con ciertos mínimos que garanticen un trato equitativo para las partes y una oportunidad razonable para presentar una posición. Sin embargo, las propias partes podrían de forma directa establecer una distribución desbalanceada de carga de la prueba, lo que no debería significar una transgresión al debido proceso arbitral.

(ii) Estándar de la prueba

El debido proceso arbitral no impone un estándar específico para la prueba. Luego, el arbitraje podría regirse bajo un estándar de preponderancia de la prueba (el juzgador se convence sobre la versión de aquella parte que parece más probable que la otra), un estándar de estilo penal (el hecho debe estar acreditado más allá de toda duda razonable), o cualquier otro que pudiera existir.

En principio, sea cual sea el estándar específico, lo ideal sería que dicho estándar sea único: que aplique por igual a ambas partes. Sin embargo, pueden existir excepciones a dicha regla, que surgen de distintas fuentes:

- El acuerdo entre las partes. Las partes podrían establecer un estándar X para los hechos que invoca una parte y un estándar Y para los hechos invocados por la otra. Dicho esquema es legítimo gracias al principio de *pacta sunt servanda*.

Esto puede ser inusual, pero en algunos casos podría tener sentido y estar fundado en razones comerciales. Por ejemplo, un contrato de suministro en el que se estipule que el caso fortuito como justificación para una entrega tardía de los bienes debe estar acreditado más allá de toda duda.

- La ley. Las normas aplicables sobre estándar de prueba podrían establecer estándares especiales para ciertos hechos. En principio, ello no debería afectar el debido proceso arbitral.
- Los árbitros. Por regla general, los árbitros pueden establecer reglas concretas sobre estándar de prueba. Luego, estos podrían establecer estándares variados en función a ciertos hechos. Naturalmente, el esquema que adopten los

árbitros deberá respetar los principios de equidad y de oportunidad razonable para presentar una posición.

Por ejemplo, A y B inicia un *joint venture* para un proyecto común. Sin embargo, el proyecto fracasa porque la maquinaria aportada por ambas era defectuosa. En un arbitraje, sería injusto que los árbitros pidan a A acreditar más allá de toda duda que su maquinaria no era defectuosa (estándar de estilo penal), pero a la vez pedirle a B que acredite lo mismo bajo la regla de balance de probabilidades (preponderancia de la prueba).

3. Estructura (irradiación)

En el apartado anterior, expresamos el *contenido* del debido proceso arbitral transnacional. Sobre ello, es pertinente expresar cómo es que dicha noción se estructura en el procedimiento arbitral.

El debido proceso arbitral transnacional —y por extensión sus correlativos internacional y local, pues aquel es el núcleo de estos— se conforma por dos “categorías” centrales: igualdad y oportunidad razonable para presentar una posición. Sin embargo, parece razonable aludir a cuatro principios —los ya desarrollados—: igualdad, imparcialidad e independencia, debida notificación y oportunidad razonable para presentar un caso.

Ahora bien, estos principios no están vacíos, tienen un contenido. Por ello:

- Los principios *derivan* en derechos, obligaciones y reglas específicas para el procedimiento arbitral.

Los principios del debido proceso arbitral transnacional son universales, indisponibles y de común aplicación para todos los casos. Si bien parece extraño hablar de principios “indisponibles” en el arbitraje, lo cierto es que el concepto de debido proceso tiene un núcleo esencial que no puede ser alterado por las partes. Por ejemplo, las partes no pueden acordar que una de ellas sea parte y árbitro a la vez.

Estos principios hacen nacer disposiciones concretas (derechos, obligaciones, reglas en general), con un mayor grado de especificidad que el de los principios; disposiciones que se adaptan al procedimiento arbitral del caso concreto y que aseguran la justicia procedimental para dicho caso concreto.

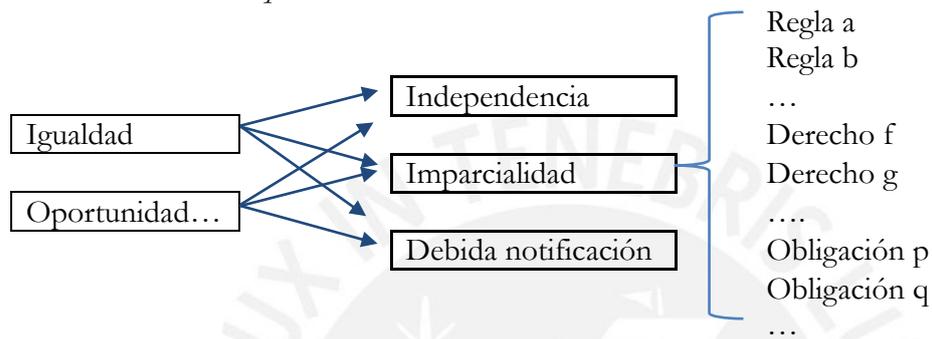
- Los principios *irradian* sobre todo el procedimiento arbitral. Es decir, el procedimiento arbitral, en su integridad, debe armonizar con los principios del debido proceso arbitral.

No todas las reglas del procedimiento arbitral responden al debido proceso arbitral. Es decir, puede haber reglas que se justifiquen en criterios distintos; por ejemplo, las partes pactan que el idioma del arbitraje será el alemán. Sin

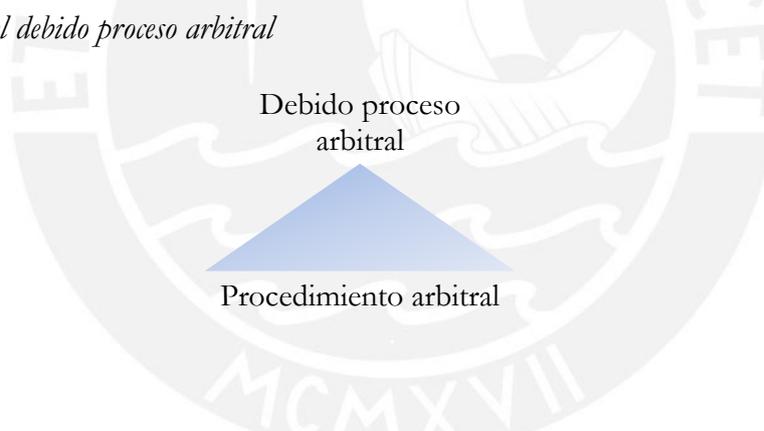
embargo, todas las reglas del procedimiento arbitral *deben respetar* los principios del debido proceso arbitral. En el ejemplo señalado, ello podría derivar en la necesidad de permitir que una parte pueda contar con un traductor durante las audiencias orales; impedir ello podría transgredir el principio de oportunidad razonable para presentar una posición.

Para intentar dar mayor claridad a lo expresado, podemos ilustrar ello mediante un par de cuadros.

Estructura del debido proceso arbitral



Irradiación del debido proceso arbitral



Los principios de igualdad y oportunidad razonable para presentar una posición derivan a su vez en otros principios (independencia, imparcialidad y debida notificación). Esta constelación de principios alcanza todo el procedimiento arbitral, por lo que los componentes del procedimiento deben observar tales principios generales. Luego, las reglas, derechos y obligaciones deben armonizar, sin excepción, con la noción de debido proceso. Por ejemplo, si una parte tiene derecho a elegir un árbitro, por fuerza la otra también debería poder elegir uno.

CAPÍTULO III

IMPACTO DEL DEBIDO PROCESO JUDICIAL EN EL ARBITRAJE PERUANO

Arbitraje y proceso judicial no son idénticos. Sin embargo, son figuras con puntos comunes y su cercanía permite que el arbitraje pueda nutrirse del proceso judicial. En realidad, a nivel internacional, este fenómeno no debe sorprender: prácticas como el *cross-examination*, asentadas en el arbitraje internacional, provienen de la práctica judicial (estadounidense) (Dezalay & Garth, 1996, pp. 54-60).

A nivel local, es razonable considerar que existe cierta dinámica de “importación” de categorías propias del proceso judicial al arbitraje. Las razones de ello pueden ser variadas: la jurisdiccionalización del arbitraje, la experiencia dual del practicante de arbitraje (el abogado litigante que lleva casos judiciales y arbitrales a la vez o que migra hacia el arbitraje).

En esa línea, un concepto procesal de particular importancia es el de debido proceso judicial. Esta investigación busca determinar de qué forma el debido proceso judicial ha impactado en el arbitraje.

Ahora bien, la “importación” del debido proceso judicial al arbitraje viene de diferentes fuentes (ej. los propios practicantes, que migran de los juzgados hacia los centros de arbitraje). Al respecto, este trabajo se centra en la “importación” generada desde la jurisprudencia (en específico, la jurisprudencia sobre anulación del laudo).

Los jueces no pueden modificar las normas de arbitraje, y tampoco pueden intervenir en el diseño de las reglas convencionales y/o cómo estas se aplican por los árbitros. Sin embargo, emiten jurisprudencia y esta tiene un impacto en el arbitraje. En efecto, *en teoría*, el control judicial que ejercen los jueces sobre el arbitraje debería tener un impacto en este último. Por ejemplo, cuando los jueces consideran que cierto procedimiento X es incorrecto —o, por el contrario, lo consideran necesario—, ello tiene un impacto en cómo los agentes de la escena arbitral se desenvuelven a futuro. Las partes y los árbitros tendrán cuidado en la regulación y aplicación del procedimiento X. Así, la práctica arbitral se vería influenciada por la jurisprudencia sobre arbitraje.

En esa línea, esta investigación ha aprovechado la copiosa jurisprudencia sobre anulación de laudo para determinar de qué maneras el debido proceso judicial ha impactado en el arbitraje. Así, este capítulo abordará los siguientes aspectos:

- (a) El panorama estadístico de la anulación del laudo. Una evaluación estadística del proceso de anulación de laudo permite tener una perspectiva general del proceso de anulación de laudo y resalta aquellos temas preponderantes involucrados al mismo.

- (b) Las variaciones en el proceso de anulación de laudo generadas por el debido proceso judicial. Es decir, determinar si el debido proceso judicial ha tenido un impacto en la aplicación del reclamo expreso previo (requisito de procedencia de la demanda).
- (c) Las variaciones en el debido proceso arbitral local generadas por el debido proceso judicial. Estas variaciones se conforman por un fenómeno principal y extendido, referido a la motivación del laudo; y otros fenómenos de menor propagación, relativos al principio de congruencia y al principio de inmediación.
- (d) Balance del fenómeno.

1. Panorama estadístico del proceso de anulación de laudo

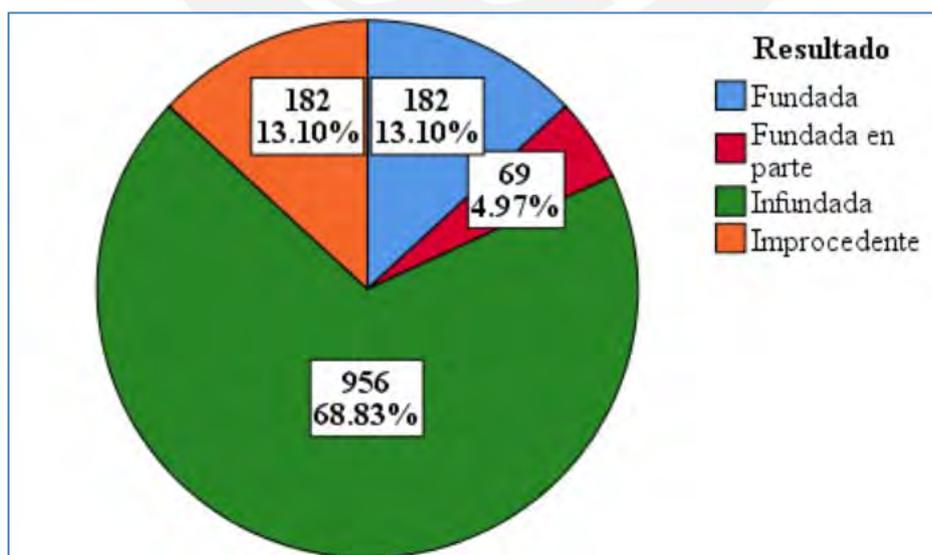
Esta investigación ha involucrado la revisión y análisis de un universo de sentencias de anulación de laudo. Este universo se define por los siguientes parámetros:

Arco temporal	2009 a 2018
Órganos emisores	Salas Comerciales de Lima
Criterio de selección	Sentencias que evalúan el pedido de anulación bajo la LAP
Sentencia (definición)	Decisión emitida luego de celebrada la Vista de la Causa.

Dicho universo se conforma por un total de 1389 sentencias de anulación.

A continuación, algunas cifras estadísticas que permiten tener un panorama general en cuanto al proceso de anulación de laudo.

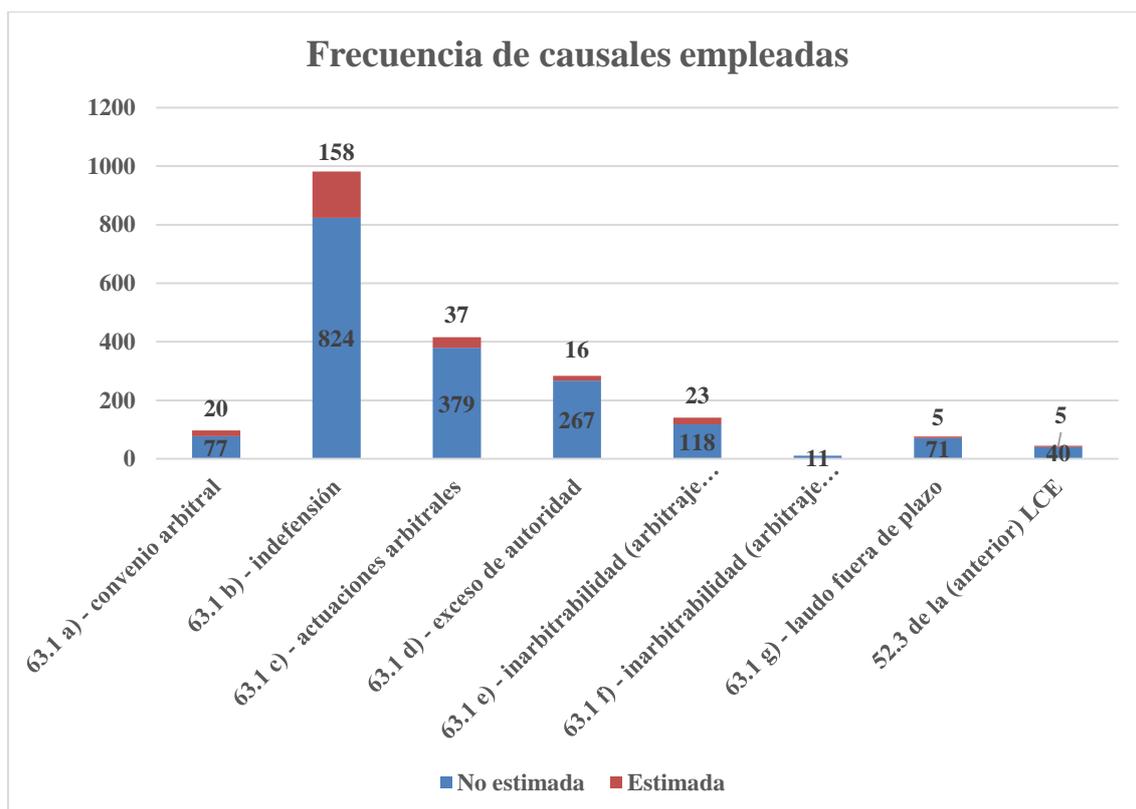
Primero, los resultados de las demandas de anulación.



El éxito para el demandante en el proceso de anulación es de 18.07% (entre demandas fundadas integralmente y solo en parte). Dicha cifra, puede considerarse alta si

hacemos una comparativa con las cifras de Suiza (7.79% de demandas fundadas entre 2009 a 2015 (Dasser & Wójtowicz, 2016, p. 284)), Inglaterra (menos del 5% de demandas exitosas entre 2002 a 2004 (Paulsson, 2007, p. 489)), China (4% de demandas exitosas el 2015 (Lianbin, Fu & Hsi-Chia Chen, 2016 p. 24) o del sistema CIADI (menos del 10% de demandas exitosa en los años 2011 a 2019 (ICSID, 2019, p. 18).

En segundo lugar, la perspectiva es más precisa si dividimos los casos según causal de anulación.



Así, la frecuencia de discusión de las causales es la siguiente:

- Artículo 63.1, literal a): 6.98%.
- Artículo 63.1, literal b): 70.7%.
- Artículo 63.1, literal c): 29.95%.
- Artículo 63.1, literal d): 20.37%.
- Artículo 63.1, literal e): 10.37%.
- Artículo 63.1, literal f): 0.79%.
- Artículo 63.1, literal g): 5.47%.
- Artículo 52.3 de la LCE: 3.24%.

Asimismo, podemos evaluar el porcentaje de éxito de una demanda según la causal:

- Artículo 63.1, literal a): 20.61% de éxito.
- Artículo 63.1, literal b): 16.08% de éxito.
- Artículo 63.1, literal c): 8.89% de éxito.

- Artículo 63.1, literal d): 5.65% de éxito.
- Artículo 63.1, literal e): 16.31% de éxito.
- Artículo 63.1, literal f): 0% de éxito.
- Artículo 63.1, literal g): 6.57% de éxito.
- Artículo 52.3 de la LCE: 11.11% de éxito.

La frecuencia de la causal del artículo 63.1, literal b), es abrumadora. Esta causal es discutida en más de dos tercios de todas las demandas de anulación de laudo. Pues bien, dicha cifra es alta dado que el cuestionamiento a la motivación del laudo se encauza usualmente por dicho artículo —aunque también ello puede hacerse por el artículo 63.1, literal c)—.

En el 67.96% de los casos, la motivación del laudo es el fundamento por el cual se solicita la anulación. Asimismo, el éxito de la anulación sustentada en cuestionamientos a la motivación es de 14.19%.

Las cifras estadísticas nos permiten concluir que el cuestionamiento al laudo fundado en el debido proceso —en su vertiente de motivación— constituye el tema de mayor *preponderancia* en el empleo de la demanda de anulación del laudo. Ello confirma que el tema es de especial importancia al evaluar la situación del arbitraje a nivel local.

Ahora bien, en estricto, las cifras por sí solas no permiten concluir que el debido proceso judicial ha sido trasladado al arbitraje. La preponderancia del control de la motivación, concepto que existen tanto en el arbitraje como el proceso judicial, nos permite identificar tal tema como uno merecedor de análisis. El análisis estadístico sirve, pues, solo como un indicador.

2. Variación en el marco procesal de la anulación de laudo: el reclamo expreso previo

2.1. La posición jurisprudencial

En 4.3.3. del Capítulo I, hicimos un desarrollo teórico de la noción de reclamo expreso previo. En esencia, este constituye un requisito de *procedencia* para las demandas de anulación que invoque las causales del artículo 63.1, literales a), b), c), d) y g) de la LAP.

La jurisprudencia comparte esta posición, con una excepción: las afectaciones al debido proceso en su vertiente de motivación del laudo.

Antes que nada, como presupuesto, vale notar que en el plano local las afectaciones al debido proceso pueden ser invocadas al amparo de dos disposiciones distintas: los literales b) y c) del artículo 63.1 de la LAP. Así:

En el presente proceso se ha invocado la causal contenida en el numeral 1, literales b) y c) del artículo 63 de la norma acotada [...]
[...]

En el caso concreto, dadas las alegaciones de la entidad nulidisciente, las causales invocadas al referirse a la imposibilidad de alguna de las partes de hacer valer sus derechos y no haberse ajustado al acuerdo entre las partes, se enmarcan dentro de la protección de derechos constitucionales, particularmente el derecho al debido proceso [...] (SSC2 155-2014, p. 3).

Que el artículo 63.1, literal b), sirve para cubrir afectaciones al debido proceso (arbitral) está fuera de discusión. Por su parte, el artículo 63.1, literal c), sí merece atención.

Sí, tiene sentido que el artículo 63.1, literal c), pueda cubrir casos de afectación al debido proceso. Y es que la inobservancia de una regla procedimental afectará derechos procesales de las partes, los que *pueden* estar a su vez cubiertos por el debido proceso arbitral. Por ejemplo, las partes acuerdan que habría una sola audiencia en la que cada parte expondría durante 40 minutos su posición. Si el tribunal decide no realizar la audiencia, se transgrediría el debido proceso arbitral y la regla procedimental fijada por las partes.

Sin embargo, no todos los casos de afectación al debido proceso arbitral podrán defenderse al amparo del artículo 63.1, literal c). Al respecto, la justicia procedimental puede verse afectada en algún aspecto que, a su vez, no afecta ninguna regla procedimental fijada por las partes (Born, 2014, p. 3261). Por ejemplo, en un caso puede no existir regla alguna que recoja el derecho de las partes a tener réplica. Si en una audiencia el tribunal solo escucha a una parte e impide a la otra responder entonces se está afectando el debido proceso arbitral, pero no se incumple regla procedimental alguna.

Sea como fuere, y sea que el reclamo se encauce por la causal b) o por la causal c), la jurisprudencia considera que el reclamo expreso previo no es exigible para vicios de motivación de laudo.

2.1.1. Posición minoritaria (superada)

La corriente jurisprudencial que considera que el reclamo expreso previo no es exigible para la motivación es mayoritaria, pero no absoluta. Es decir, existen algunos casos en los que sí se ha exigido el reclamo expreso previo para toda clase de afectación al debido proceso. Así:

En el caso en particular el demandante expresa su disconformidad con lo resuelto en el laudo, considerando que se le afectó su derecho de defensa, lo que trajo consigo la afectación del debido proceso.

La afectación del derecho de defensa implica la afectación de un derecho fundamental de naturaleza procesal muy sensible [...]

[...]

Sin embargo, para ingresar a resolver la pretensión contenida en la demanda corresponde previamente establecer si la demanda de SOFTWARE SA cumple con los parámetros legales [...], esto es, si

cumple con lo previsto expresamente por el numeral 2 del mismo artículo [reclamo expreso previo]

[...]

Finalmente, como ya sostuvimos, sobre este extremo la parte demandante no presentó ningún tipo de pedido denunciando las presuntas irregularidades en el laudo que ahora denuncia. Por lo cual, esta precisa denuncia contenida en su demanda no resulta atendible, no advirtiéndose por ello la afectación del derecho de defensa del actor al momento de laudar (SSC1 177-2011, pp. 4-5).

Observemos que la judicatura reconoce la naturaleza “fundamental” del derecho de defensa, integrante del debido proceso. Sin perjuicio de ello, igual evalúa si se cumplió o no con el reclamo expreso previo.

Más aun, en esa línea, la judicatura llegó a afirmar que la afectación a derechos *constitucionales* debe igual observar el requisito de reclamo expreso previo.

El ya citado artículo 63, en su inciso 2), señala que la causal prevista en el inciso “b” de su numeral 1, sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimada. En cuanto a la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, la exigencia del denominado “reclamo previo” también es aplicable. En efecto, esta disposición complementaria no posibilita que se desconozca u omitan los principios y derechos de la función arbitral [...] (SSC1 261-2013, pp. 6-7).

La Duodécima Disposición Complementaria de la LAP señala que “el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”. Luego, la judicatura reconocía que incluso en casos de especial gravedad (derechos constitucionales), igual la parte afectada debía cumplir con el reclamo expreso previo.

Esta posición, si bien minoritaria, no era anecdótica —esto es, restringida a un puñado de pronunciamientos—. La jurisprudencia, en el período analizado, arroja que el reclamo expreso previo se ha exigido en al menos 15 casos.⁷¹ En cualquier caso, como veremos ahora, esta posición ya ha sido superada.

Ahora bien, esta posición minoritaria estuvo presente hasta el 2016 (la SSC1 245-2015 es del 13 de mayo de 2016). Luego de dicha fecha, la posición fue revertida: no hemos encontrado caso alguno posterior en el que se requiera el reclamo expreso previo para afectaciones al debido proceso —al menos en su vertiente de motivación del laudo—. Precisamente, en la SSC2 58-2017, se señala que el criterio cambió en el año 2016 (p. 6). Ello, como veremos más adelante, responde a un pleno celebrado dicho año.

⁷¹ SSC1 130-2013, SSC1 139-2014, SSC1 146-2013, SSC1 152-2012, SSC1 154-2012, SSC1 177-2011, SSC1 174-2014, SSC1 191-2013, SSC1 218-2014, SSC1 234-2014, SSC2 238-2012, SSC1 245-2015, SSC1 261-2013, SSC1 287-2012, SSC1 341-2014, SSC1 348-2013 y SSC2 893-2010.

En síntesis, desde su origen, esta posición fue minoritaria; y a la fecha, está superada.

Para finalizar, que esta posición no haya logrado prevalecer, al menos por un tiempo, constituye un hecho llamativo a la luz del Pleno Jurisdiccional Distrital en materia comercial, celebrado el 2 y 3 de octubre de 2014. En dicho Pleno, la judicatura abordó la cuestión aquí analizada y adoptó el siguiente consenso:

El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, es improcedente si la parte afectada no formuló oportunamente reclamo expreso ante el tribunal arbitral, porque dicha causal alegación se subsume de ordinario en la causal del inciso b), o eventualmente en la del inciso c) del numeral 1) artículo 63 de la Ley de Arbitraje, siendo de aplicación el numeral 2 de dicha norma, que dispone que tales causales sólo serán procedentes si fueron objeto de tal reclamo expreso, el cual ha de ser planteado en cualquier forma posible, no sólo a través de uno de los recursos previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

Así, se confirma que este pleno no tuvo impacto alguno (Campos, 2019, p. 285). En realidad, como veremos más adelante, un nuevo pleno, de 2016, adoptaría un consenso en dirección contraria.

2.1.2. Posición mayoritaria (vigente)

La posición mayoritaria y vigente considera que el reclamo expreso previo no es exigible para casos de afectación a la motivación del laudo.

Construcción y esquema de la posición jurisprudencial

La posición vigente tiene algunas particularidades que merecen ser detalladas en función a la construcción histórica de la posición.

Primero, el *ámbito* de esta posición. En esencia, esta corriente jurisprudencial sostiene que el reclamo expreso previo no era exigible para casos de afectación al debido proceso en su vertiente de motivación. Se trata, por cierto, de una corriente con copiosa jurisprudencia al respecto.⁷² Así, es la posición mayoritaria y vigente:

⁷² Sin perjuicio de ello, existe un pronunciamiento singular —y por tanto, insuficiente para calificar como corriente o tendencia— en el que la judicatura señala que el reclamo expreso previo no es exigible para la afectación a cualquier derecho fundamental (SSC1 220-2016).

- Mayoritaria, pues la posición contraria tiene un número pequeño de casos (15). Por contraste, esta posición tiene más de 50 casos en los que se trata el tema de forma expresa.⁷³⁻⁷⁴
- Vigente, pues la posición contraria a la fecha ya ha sido superada. No existen pronunciamientos recientes que exijan el reclamo expreso previo para cualquier clase de afectación al debido proceso. A la fecha, el reclamo expreso previo no es exigible para casos de afectación a la motivación del laudo.

Segundo, el trayecto histórico de la posición. Bajo nuestro análisis jurisprudencial, esta posición está presente desde 2011. La posición se consolidó con el Pleno Jurisdiccional Regional en materia comercial, celebrado el 30 de setiembre y 1 de octubre de 2016. En dicho pleno, el tema IV era el siguiente “¿Es exigible el reclamo previo cuando en el recurso de anulación se denuncia vicio de motivación del laudo?”. La posición que ganó en mayoría fue la siguiente:

El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, no es improcedente por falta de reclamo expreso, por cuanto ninguno de los recursos taxativamente previstos por el artículo 58° de la Ley de Arbitraje es idóneo para corregir los vicios de motivación del laudo, resultando por ende inconducente cualquier reclamo sobre el particular en sede arbitral, no siendo exigible la interposición de cualquier otro recurso no previsto por la ley a la luz del inciso 7 del artículo 63 de la citada ley.

A diferencia del Pleno Jurisdiccional Distrital, este pleno sí tuvo un mayor impacto en las Salas Comerciales de Lima. Como señalamos, la propia jurisprudencia ha glosado que en el tema bajo análisis hubo un cambio de criterio en 2016 (SSC2 58-2017, p. 6). En esa línea, el magistrado Martel Chang refiere:

La judicatura entiende, entonces, tras dicho Pleno y por mayoría, que no es necesario acreditar el reclamo expreso ante el tribunal arbitral cuando nos encontremos ante la vulneración del derecho a la motivación del laudo para que proceda el recurso de anulación (Martel, 2018, p. 36).

⁷³ SSC1 8-2018, SSC1 10-2017, SSC1 16-2017, SSC1 18-2015, SSC1 19-2018, SSC1 22-2018, SSC1 36-2015, SSC1 38-2015, SSC2 43-2015, SSC2 57-2014, SSC2 58-2017, SSC2 61-2016, SSC2 82-2013, SSC1 84-2017, SSC1 123-2016, SSC2 126-2015, SSC2 132-2014, SSC1 139-2015, SSC1 145-2017, SSC2 149-2014, SSC2 150-2016, SSC1 160-2016, SSC2 176-2014, SSC1 177-2016 y 324-2016 [acumulados], SSC1 180-2017, SSC1 182-2017, SSC2 187-2013, SSC2 200-2014 y 206-2014 [acumulados], SSC1 220-2016, SSC1 224-2014, SSC2 224-2016, SSC1 225-2015, SSC1 232-2015, SSC2 233-2013, SSC1 253-2014, SSC2 254-2013, SSC1 265-2016, SSC2 270-2016, SSC2 283-2013, SSC2 305-2016, SSC2 315-2012, SSC1 319-2016, SSC2 321-2013, SSC2 328-2013, SSC2 342-2014, SSC1 343-2014, SSC2 349-2014, SSC1 373-2011, SSC2 377-2013, SSC2 378-2011, SSC2 381-2013 y SSC1 888-2010.

⁷⁴ Sucede que, en muchos otros casos el tema de la exigibilidad del reclamo expreso previo no es analizado expresamente. Las sentencias abordan el tema de fondo, lo que permite presumir que (i) la parte sí cumplió el reclamo o (ii) la parte no cumplió con el reclamo y sin embargo en alguna resolución previa a la sentencia, la judicatura dispuso la procedencia de la demanda.

Tercero, la *estructura* de la posición actual de la jurisprudencia. En efecto, inicialmente la jurisprudencia se limitaba a señalar que, para todos los casos, era inexigible el reclamo expreso previo para casos de afectación al debido proceso en su vertiente de motivación. Sin embargo, la posición actual es de estructura *compleja*.

La estructura de la posición de la jurisprudencia puede desglosarse en dos niveles: (i) la procedencia de la *pretensión* en sí; y (ii) la procedencia de la *causa petendi*; es decir, de los vicios específicos alegados por la parte.

En el primer nivel se evalúa que la pretensión de anulación por afectación a la motivación sea procedente. Aquí, la posición actual maneja distintas respuestas en función a cuatro escenarios específicos. Veamos:

- Un primer escenario es que la parte no ejerza ningún reclamo expreso previo. En este caso, la judicatura igual declarará procedente la demanda.
- Un segundo escenario es que la parte *sí* ejerza el reclamo expreso previo por la afectación a la motivación. La respuesta lógica es que aquí también la judicatura declarará procedente la demanda.
- Un tercer escenario es que la parte ejerza el reclamo expreso previo por otros temas, pero no invoque la motivación. Aquí, la demanda será declarada improcedente.
- Un cuarto escenario es que la parte ejerza el reclamo expreso previo por otros temas, pero se reserve el derecho a alegar afectaciones adicionales en su demanda de anulación. Aquí, la demanda será declarada procedente.

En efecto, la jurisprudencia determinó un escenario de improcedencia de la demanda de anulación por afectación a la motivación. En palabras de la judicatura:

Ahora bien, se debe precisar que si bien los problemas de motivación no pueden superarse ni corregirse con los recursos post laudo que prevé la ley de Arbitraje, vale decir, mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión; sin embargo, si la parte agraviada opta por presentar los recursos en mención, debe alegar la vulneración de sus derechos constitucionales en ese recurso post laudo o, en su defecto, debe hacer la reserva de que tales alegaciones los hará en el recurso de anulación, al no ser idóneos para tal propósito ninguno de los recursos que prevé la Ley de Arbitraje. [...] La no alegación en el recurso post laudo sobre la vulneración de los derechos constitucionales, o la no reserva respectiva, produce el consentimiento del agravio, como fluye de la regla del artículo 04 del Código Procesal Constitucional (SSC1 84-2017, p. 9).

En resumen, la posición de la judicatura en este primer nivel puede ilustrarse así:

Hechos base: afectación a la motivación del laudo.	Resultado
└ La parte no ejerce ningún reclamo expreso previo	Procedente
└ La parte ejerce reclamo expreso previo por la afectación a la motivación	Procedente

⌊ La parte ejerce reclamo expreso previo pero no alega la afectación a la motivación.	Improcedente
⌊ La parte ejerce reclamo expreso previo por temas distintos a la motivación pero hace reserva de alegar afectaciones adicionales	Procedente

En el segundo nivel, la jurisprudencia “filtra” la procedencia de la *causa petendi*, siguiendo la lógica del primer nivel, en función a distintos escenarios.

- Un primer escenario es que la parte no ejerza ningún reclamo expreso previo. En este caso, la demanda de anulación podrá contener todos los argumentos que la parte alegue, y todos serán evaluados.
- Un segundo escenario es que la parte sí ejerza reclamo expreso previo alegando afectaciones a la motivación. Aquí, la demanda de anulación solo será procedente en cuanto a los argumentos vertidos en el reclamo expreso previo.

En efecto, la jurisprudencia no evaluará argumentos que la parte no haya invocado en su reclamo expreso previo. En un caso, una parte denunció diversos vicios de motivación, incluyendo uno sobre motivación contradictoria. Sin embargo, en el reclamo expreso previo efectuado, dicho vicio específico no fue invocado; por lo tanto, la judicatura concluyó que solo se pronunciaría sobre los vicios que fueron consignados en el reclamo expreso previo (SSC1 160-2016).

Es decir, tiene que existir *identidad* entre los argumentos consignados en el reclamo expreso previo presentado y en la demanda de anulación de laudo. Aquellos argumentos que no estén en el primero, no podrán ser analizados en sede judicial. Veamos:

En el presente caso, se advierte que posterior a la emisión del laudo, el recurrente por escrito del dos de agosto de 2017 interpuso recurso post laudo titulado: “Interpretación y/o Aclaración” en el que invocó idénticos argumentos a los expuestos en la incoada; por lo que estando en este orden de ideas el presente recurso de anulación de laudo planteado no se encuentra inmerso en causal de improcedencia ni contraviene el inciso 7) del artículo 63° de la acotada Ley [...] (SSC1 3-2018, p. 8).

Fundamentos de la posición

La judicatura se ha alejado, perceptiblemente, del esquema normativo previsto en la LAP. Al respecto, es esencial glosar sus fundamentos para después poder analizarlos.

¿Por qué es inexigible el reclamo expreso previo cuando se alegan vicios en la motivación? En esencia, para la jurisprudencia ello se debe a que dichos vicios son insubsanables. Veamos:

En cuanto a la alegada falta de motivación del laudo, es preciso señalar que si bien no formuló el reclamo previo, conforme con lo ya vertido

en sendas resoluciones, en el sentido que, cuando los fundamentos de la anulación pretendan cuestionar la motivación del laudo el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 63.2 del Decreto Legislativo N° 1071 de reclamo previo no sería exigible dado que, con la interposición de dichos mecanismos (rectificación, interpretación, integración o exclusión) no podría arribarse a una modificación del fallo en cuanto a los defectos acusados (SSC1 182-2017, p. 15).

Sobre dicha base, la judicatura determina que exigir el reclamo expreso previo generaría una lesión a los derechos de la parte.

Por tanto, la exigencia del reclamo previo como requisito de la procedibilidad de un recurso de anulación sustentado en la alegación de vulneración del derecho constitucional a la debida motivación, resulta inconducente, irrazonable y por ello lesiva del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva, estimando el Colegiado que dicha situación habilita al conocimiento del recurso de anulación del caso que nos ocupa [...].

En ese sentido, este Superior Colegiado permite por excepción acudir al recurso de anulación sin haber reclamado previamente, al no existir un reclamo previo idóneo tipificado para la causal de afectación al debido proceso en cuanto a la falta o deficiencia de motivación del laudo, a efecto de no dejar en indefensión a la parte que se considera afectada (por el principio pro actione y la tutela jurisdiccional efectiva) (SSC2 57-2014, p. 8).

Ahora bien, en adición a ello, también es necesario identificar los argumentos por los que en algunos casos igual la demanda (o sus argumentos) puede ser improcedente. Esto es, en aquellos casos en los que sí se hace reclamo expreso previo pero no se invoca la afectación a la motivación (o no se invocan todos los argumentos sobre tal afectación). En esencia, para la judicatura la razón es no extender indebidamente el plazo para anular el laudo. Así:

La no alegación en el recurso post laudo sobre la vulneración de los derechos constitucionales, o la no reserva respectiva, produce el consentimiento del agravio, [...]. Asumir lo contrario, es decir, que debe aceptarse la procedencia del recurso de anulación por afectación de derechos constitucionales, aun cuando se haya presentado en sede arbitral un recurso post laudo sin contener los argumentos o la protesta del recurso de anulación, importaría en el fondo, extender el plazo de la ley de arbitraje para presentar el recurso de anulación, alternativa que este colegiado no comparte. (SSC1 84-2017, p. 10).

En función a lo expuesto, podemos hacer un análisis de la posición jurisprudencial; y sobre ello, determinar el grado del impacto del debido proceso judicial en este tema.

2.2. Análisis crítico a la posición jurisprudencial

La posición jurisprudencial representa un alejamiento del marco normativo. Sin embargo, este alejamiento no puede calificarse como una distorsión generada por el

debido proceso judicial, y más aun, puede sostenerse que la judicatura adopta la posición correcta.

La regla general de la posición jurisprudencial

La corriente judicial considera que la afectación a la motivación no requiere reclamo expreso previo para ser demandada en vía judicial. Dicha postura se sustenta en dos factores nucleares: que el vicio de motivación no es subsanable y que por tanto exigir el reclamo expreso previo afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (en su vertiente de derecho de acción).

En primer lugar, una precisión importante: que el vicio de motivación no es subsanable constituye una premisa discutible. En la propia jurisprudencia —en posición minoritaria— y en doctrina hay fuentes que disienten. Así, se ha señalado que el pedido de *integración*, regulado en el artículo 58.1, literal c), de la LAP, permitiría ello.

La mencionada norma denota que el pedido de integración se enlaza a la parte resolutive del laudo (“solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia”). Al respecto, precisamente se sostiene que dicha norma no debe ser interpretada de forma literal, sino más bien entender que “resolver” se refiere a pronunciarse sobre lo discutido (Bullard, 2011, p. 629). Más aun, en posición minoritaria, la jurisprudencia ha sostenido que tal interpretación sería la adecuada en función al principio de mínima intervención:

Este dispositivo, en nuestra opinión, debe ser interpretado a la luz del principio de mínima intervención del órgano judicial en el desarrollo del arbitraje del cual se infiere que debe preferirse que cualquier defecto o vicio existente en el proceso arbitral sea corregido por los propios árbitros, protegiendo de este modo la efectividad del arbitraje como un modo de resolución de conflictos que ha sido libre y voluntariamente elegido por las partes.

Desde este horizonte comprensivo encuentro que el texto legal citado no impide interpretarlo de forma tal que el recurso de integración pueda ser utilizado por los árbitros para corregir la eventual falta o insuficiencia de motivación de la que pueda adolecer el laudo [...] (SSC1 373-2011, voto en minoría, p. 1).

Al final del día, lo cierto es que esta es una posición minoritaria. La posición principal de la jurisprudencia es que los pedidos sobre el laudo no logran subsanar los vicios de motivación. Luego, más allá de la crítica que se puede hacer al respecto, es necesario trabajar asumiendo dicha postura.

En segundo lugar, no es cierto que exigir el reclamo expreso previo significaría un atentado contra la tutela jurisdiccional efectiva (en su vertiente de derecho de acción). La judicatura está confundiendo supuestos. En efecto, hay que diferenciar dos escenarios:

- Se exige la presentación de un reclamo expreso previo, pero la parte se ve *imposibilitada* de presentar el mismo.
- Se exige la presentación de un reclamo expreso previo, pero este resulta en realidad inútil para, dentro del procedimiento arbitral, revertir el vicio.

La judicatura fundamenta su posición “al no existir un reclamo previo idóneo tipificado [...], a efecto de no dejar en indefensión a la parte que se considera afectada” (SSC2 57-2014, p. 8). Sin embargo, es necesario ser precisos: la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva se produciría si la judicatura *exigiere* que la parte presente un reclamo expreso previo *imposible* de presentar. Por ejemplo, que la judicatura requiriese la presentación de un pedido que no está contemplado en el procedimiento arbitral.

En la práctica, la judicatura era bastante flexible en la delineación del reclamo expreso previo. No se exigía que este tenga, necesariamente, que seguir una forma específica. Veamos:

Del estudio del expediente arbitral, se aprecia que las cuestiones propuestas como fundamento de las causales alegadas, si fueron puestas en conocimiento del tribunal arbitral a través del recurso de integración interpuesto por la recurrente [...] y si bien este mecanismo no resultó idóneo para tal fin, cabe señalar que en cuanto a la evaluación de la formalidad del reclamo previo este Colegiado es flexible, pues considera que este se entenderá efectuado siempre que haya tenido lugar a través de cualquier medio escrito dirigido al tribunal arbitral, lo cual es superado con el escrito que se tiene a la vista (SSC1 161-2014, p. 6).

Vale precisar que la exigencia de presentar un pedido post laudo, consignada en el artículo 63.7 de la LAP, solo aplica cuando el pedido post laudo *puede* subsanar el vicio. Precisamente, la judicatura ha señalado en numerosos casos que los pedidos sobre el laudo no permiten subsanar el vicio de motivación del laudo. Por ejemplo, el exceso de autoridad puede subsanarse mediante un pedido de exclusión. Luego, si dicho pedido no es planteado, no se cumple con el reclamo expreso previo requerido para demandar la anulación del laudo.

Según expusimos en el Capítulo I, el reclamo expreso previo se conforma por las disposiciones del artículo 63.2, 63.4 y 63.7 de la LAP. Dado que el artículo 63.4 solo aplica para los casos del artículo 63.1, literal g) (laudo emitido fuera de plazo), y que el artículo 63.7, según la propia jurisprudencia, es inaplicable, solo quedaría el artículo 63.2. Al respecto, precisamente la jurisprudencia señala que el reclamo expreso es flexible, y que no requiere ninguna forma específica.

En ese sentido, la exigencia del reclamo expreso previo no atenta contra la tutela jurisdiccional efectiva. No es que exigir dicho reclamo equivalga a pedir algo imposible a la parte afectada; al contrario, dentro del procedimiento arbitral, a la parte afectada le bastaría con presentar una objeción simple, lo que a todas luces puede hacer sin ningún tipo de impedimento.

Punto central de análisis: la posibilidad de subsanar el vicio

La jurisprudencia considera que no corresponde exigir el reclamo expreso previo para casos de afectación a la motivación pues estos no pueden subsanarse mediante reclamo expreso previo.

En realidad, el análisis de la judicatura es correcto.

El reclamo expreso previo, según expusimos en el Capítulo I, es una figura que deriva de la *renuncia a objetar*. La renuncia a objetar convalida un vicio o supuesto vicio producido. Pues bien, la renuncia a objetar presupone que uno puede objetar e intentar con ello revertir el vicio. Sin embargo, no se puede renunciar a una acción que no se tiene: si el vicio surge en la emisión del laudo, y no puede subsanarse mediante pedidos sobre el laudo, entonces no es posible aplicar la figura de renuncia a objetar.

Esto se confirma al considerar la buena fe. Según expusimos en el Capítulo I, el reclamo expreso previo deriva de la renuncia a objetar y su fundamento principal es el principio de buena fe (SSC2 97-2016, p. 7). Como glosamos en dicho capítulo, el principio de buena fe deriva en que ninguna parte pueda “guardarse” vicios para, después, invocarlos en el proceso judicial (SSC1 198-2013, p. 11).

¿Qué vicio se puede “guardar” cuando el procedimiento arbitral ya concluyó? No existe transgresión a la buena fe porque si el vicio está en el laudo, ya no queda en esencia procedimiento posterior alguno que seguir.

Los supuestos de excepción de la posición jurisprudencial

La posición jurisprudencial, que hace inexigible el reclamo expreso previo, maneja un esquema complejo con excepciones. En esencia, el reclamo expreso previo será exigible en dos escenarios. Uno, relativo a la pretensión, cuando la parte haya presentado un pedido post laudo pero no haya invocado la afectación a la motivación (o no haya hecho reserva de su derecho a invocar afectaciones adicionales). Otro, relativo a los argumentos (*causa petendi*), pues si se presentó un reclamo expreso previo, la demanda de anulación no debe contener argumentos no invocados en el mencionado reclamo.

Creemos que este esquema de excepciones es errado. Es decir, la regla general de no exigir el reclamo expreso previo debería aplicarse por igual para todos los casos de vicios que surgen en el laudo.

El fundamento de la judicatura es evitar una extensión indebida del plazo para presentar una demanda de anulación de laudo. Entendemos que la judicatura razona de la siguiente forma:

- Si se emite el laudo y la parte afectada no presenta ningún pedido post laudo, entonces el plazo para presentar la anulación se computa desde la emisión del laudo.
- Si se emite el laudo y la parte afectada presenta un pedido post laudo, ello deriva en que el plazo para demandar la anulación se “extienda”, pues este se computará desde que se emite la respuesta al pedido post laudo, o desde que vence el plazo para resolver tales pedidos, según corresponda.

Así, bajo la posición jurisprudencial, el emplear un pedido post laudo permite aumentar el plazo para presentar una demanda de anulación. Por ello, si se presenta dicho pedido, el mismo deberá denunciar el vicio en la motivación, o en todo caso, hacer reserva de ello. Lo contrario implicaría que la parte cuente con un plazo mayor para diseñar las pretensiones que planteará en la demanda de anulación.

Ahora bien, es peculiar notar que esta “extensión” de plazo resulta consecuencia lógica del artículo 64.1 de la LAP. Es dicha norma la que establece el plazo para presentar una demanda de anulación y el momento en que se inicia el cómputo de dicho plazo. La norma señala que en caso “se hubiere solicitado la rectificación [...]”, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado”.

Luego, no es que una parte “extienda” el plazo, sino que la norma concibe plazos distintos en función a qué actuaciones se dan luego de emitido el laudo. Y la razón de ello es simple: el control judicial es *ex post*. Los jueces intervienen cuando ya los árbitros cumplen su función y el procedimiento arbitral concluye. En ese sentido, los pedidos sobre el laudo derivan en que el procedimiento arbitral continúe —por un breve lapso— después de la emisión del laudo. Ello no califica como una “extensión” del plazo para presentar una demanda de anulación.

Además, la posición de la judicatura no resulta congruente con la naturaleza de los pedidos sobre el laudo. Estos pedidos forman parte del procedimiento arbitral, y por consiguiente los mismos pueden ser modificados por las partes. En ese sentido, las partes podrían pactar un plazo amplio —largamente superior a los 15 días establecidos por defecto en la LAP— para presentar tales pedidos. Bajo el propio razonamiento de la judicatura, ello permitiría a la parte afectada tener una ventana temporal extensa para diseñar su demanda de anulación, y nada podría hacerse al respecto.

En realidad, la posición de la judicatura puede generar el efecto contrario al deseado. La judicatura busca que el plazo para demandar no sea alterado. Sin embargo, la propia posición jurisprudencial podría generar distorsiones al plazo para demandar una anulación de laudo.

Según expusimos, el plazo para presentar un pedido post laudo es convencional, puede ser fijado a libertad por las partes. Luego, las partes podrían establecer un plazo brevísimo (ej. dos días) para presentar tales pedidos. Suponiendo que una parte tuviese

que presentar un pedido post laudo (ej. el laudo incurre en un pronunciamiento incongruente por exceso), ello implicaría que dicha parte tendría que alegar y argumentar sobre todos los posibles vicios ubicados en el laudo.

Es decir, para tales supuestos —cuando existen vicios distintos a la motivación que hacen necesario la presentación de un pedido post laudo—, la posición jurisprudencial haría *ilusorio* el plazo de 20 días para demandar la anulación del laudo. Si bien formalmente la parte afectada tendría 20 días, dado que la demanda solo puede contener las afectaciones y los argumentos presentados en el pedido post laudo, entonces el plazo real para demandar la anulación es el del plazo para presentar un pedido post laudo.

Por todo lo expresado, las excepciones de la posición jurisprudencial son erradas. El tratamiento debe ser uniforme.

2.3. El rol del debido proceso judicial en la variación

Esta tesis se centra en evaluar las variaciones generadas por el debido proceso judicial en el arbitraje y en el proceso judicial de anulación de laudo. En esa línea, parte de la hipótesis de este trabajo consistía en que el debido proceso judicial era el responsable de que la judicatura haya declarado inaplicable parcialmente un requisito de procedencia de la demanda de anulación de laudo (reclamo expreso previo).

Sin embargo, el análisis de la posición jurisprudencial denota que no se sostiene en una concepción propia del debido proceso judicial, sino que hace una evaluación de la propia lógica y utilidad de la figura del reclamo expreso previo. Sobre ello, la judicatura concluye que se trata de un requisito sin utilidad para casos de motivación (casos en los que el vicio surge en el laudo).

Más aun, según expusimos, la posición de la judicatura es acertada si consideramos los fundamentos de la figura del reclamo expreso previo. Esta deriva de la renuncia a objetar, y presupone que el reclamo puede cambiar el resultado. Si el reclamo no va a tener impacto material, entonces carece de sentido exigirlo.

Sea como fuere, es claro que el debido proceso judicial no es el responsable de esta variación. Inicialmente, proyectábamos que la judicatura levantaba la exigibilidad del reclamo expreso previo para casos de afectación a la motivación a la luz de que ello transgredía el debido proceso. Es decir, la necesidad de proteger el debido proceso (dentro del arbitraje) era tal que se justificaba inaplicar un requisito de procedencia.

Sin embargo, dicho planteamiento es errado. No es la “importancia” del debido proceso lo que levanta la exigibilidad del reclamo expreso previo en casos de motivación. Es la naturaleza insubsanable —a criterio de la judicatura— de dichos vicios. Más aun, en los últimos años la jurisprudencia ha emitido algunos pronunciamientos en los que señala, de forma general, que si el vicio es insubsanable, entonces no corresponde exigir el reclamo expreso previo (SSC1 10-2017, SSC1 19-2018, SSC1 22-2018, SSC1 174-2017, SSC1 168-2017). Así, “tal requisito será exigible

en tanto y en cuanto su cumplimiento sea posible y además, represente efectivamente la posibilidad de enmienda del vicio o defecto ocurrido” (SSC1 174-2017, p. 8).

En conclusión, el debido proceso judicial no ha tenido un impacto significativo en la aplicación de los requisitos para demandar la anulación del laudo .

3. Variaciones en el debido proceso arbitral local

3.1. Perspectiva general: la imposición del debido proceso judicial

Arbitraje y proceso judicial, reiteramos, no son idénticos. De ahí que la noción de debido proceso judicial no pueda equipararse a la de debido proceso en el arbitraje. A nivel local, esto ha sido reconocido por el TC (STC 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC [acumulados]). Ahora bien, según expusimos en el Capítulo I, la construcción de un debido proceso arbitral puede hacerse de dos vías: construcción en perspectiva comprada y replicación + adaptación. Al respecto, el TC optó por la segunda.

Pues bien, una contingencia de la vía de replicación + adaptación es que puede derivar en la imposición de conceptos propios del debido proceso judicial, sin la adaptación adecuada para el arbitraje. Es decir, este ejercicio de trasladar nociones del debido proceso judicial puede derivar en que muchas de ellas se instauren en el arbitraje de forma incorrecta, alterando a esta última.

Precisamente, esta investigación tiene por objeto evaluar si se han impuesto elementos propios del debido proceso judicial al arbitraje. Elementos que distorsionen la noción adecuada de debido proceso *en el arbitraje*. Y para ello, hemos realizado una lectura y revisión de todas las sentencias de anulación de laudo identificadas bajo los parámetros señalados en 1.

De entrada, vale notar que la judicatura comercial no es ajena a la noción de *adaptación*. Es decir, no solo debe replicarse el debido proceso judicial, sino que luego debe darse una depuración que evite el ingreso de nociones propias del proceso judicial pero perjudiciales para el arbitraje. Así:

En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha dejado en claro la posibilidad de llevar a cabo, dentro del control jurisdiccional del arbitraje, un análisis de la armonía entre éste último y los principios estatuidos en nuestra Constitución Política y, especialmente, aquellos referidos a la observancia del debido proceso, claro está, en la medida que ellos sean aplicables a la naturaleza propia de la jurisdiccional arbitral[1] [...] (SSC1 141-2014, pp. 7-8).

Para este trabajo, lo más importante de dicho fragmento es el pie de página al final del mismo, pues aquel señala que “Es claro para este Colegiado que el contenido del derecho al debido proceso no es necesariamente el mismo dentro de un proceso judicial y uno arbitral, pues la naturaleza propia de cada uno de estos, así como los distintos principios que los rigen, originan una formulación distinta del debido proceso para uno y otro caso” (SSC1 141-2014, p. 8).

En esa línea, la judicatura también ha señalado que “una revisión más profunda de los alcances del debido proceso arbitral nos demostrará que es posible establecer diferencias con el debido proceso judicial” (SSC1 254-2011, p. 10). Precisamente, la tarea de *adaptación*, posterior a la de replicación, significa hacer ese análisis cuando el arbitraje sea objeto de control judicial.

Más aun, que exista un debido proceso para el arbitraje, distinto al del proceso judicial, también se evidencia en el empleo de la expresión de “debido proceso arbitral” por la judicatura. Así, la judicatura reconoce “la facultad del juzgador de evaluar las vulneraciones a cualquiera de los derechos y garantías del debido proceso arbitral [...]” (SSC2 27-2017, p. 12). Asimismo, considera que el artículo 63.1, literal b), sirve para controlar infracciones al debido proceso arbitral:

Entre las causales de anulación de laudo arbitral previstas en la Ley de Arbitraje, podemos encajar en el literal b) de su artículo 63°.1 la facultad del juzgador de evaluar las vulneraciones a cualquiera de los derechos y garantías del debido proceso arbitral (SSC2 78-2017, p. 7)

Ahora bien, es necesario tener presente que estos pronunciamientos son excepcionales. Es decir, dentro del universo de sentencias de anulación de laudo evaluadas, el reconocimiento expreso a la fase de adaptación y el empleo de la expresión de “debido proceso arbitral” resulta mínimo (en sentido cuantitativo). Así, es posible que la escasez de pronunciamientos en tales sentidos denote que la judicatura no tiene muy presente que su tarea no se limita a replicar, sino que también involucra adaptar.

Por contraste, la judicatura menciona en numerosas ocasiones a la STC 6167-2005-PHC/TC, en la parte que señala que el arbitraje no está exceptuado de cumplir con “todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (fundamento 9). La mención a esta sentencia se da en al menos 40 casos.⁷⁵

Naturalmente, que la judicatura comercial glose la mencionada sentencia del TC no significa que automáticamente aplique el concepto entero del debido proceso judicial al arbitraje, sin más. Sin embargo, parece razonable considerar que la judicatura comercial tiene más presente la labor de replicación que la labor de adaptación, cuando ambas son igual de importantes.

Sobre dicha perspectiva general, podemos evaluar las variaciones concretas generadas por el debido proceso judicial en el arbitraje.

⁷⁵ SSC2 1-2017, SSC1 2-2016, SSC2 5-2017, SSC1 10-2018, SSC2 17-2017, SSC2 43-2017, SSC2 50-2017, SSC1 51-2018, SSC2 55-2017, SSC1 59-2018, SSC1 65-2017, SSC1 67-2017, SSC2 68-2017, SSC1 87-2018, SSC1 91-2017, SSC1 93-2014, SSC2 99-2018, SSC2 103-2016, SSC1 108-2018, SSC2 114-2017, SSC2 124-2016, SSC1 128-2017 y 132-2017 [acumulados], SSC2 134-2017, SSC1 134-2018, SSC1 151-2017, SSC2 167-2017, SSC2 173-2017, SSC2 222-2017, SSC2 224-2017, SSC1 252-2017, SSC1 261-2013, SSC2 324-2017, SSC1 484-2017, SSC2 496-2017, SSC1 505-2017, SSC2 524-2017, SSC2 530-2017, SSC2 543-2017, SSC 545-2017, SSC2 549-2017, SSC2 553-2017 y SSC2 574-2017.

3.2. Variaciones concretas

En el Capítulo II expusimos que el debido proceso es una noción que cada país determina para sí. Pues bien, en dicha tarea, el rol de la jurisprudencia es crucial: al controlar el arbitraje, los jueces tienen una amplia ventana de oportunidad para delimitar el contenido del debido proceso en el arbitraje. Así, en *Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics Inc.* (1997), la Corte de Apelaciones del 7° Circuito de Estados Unidos señaló que “an arbitral award should be denied or vacated if the party challenging the award proves that he was not given a meaningful opportunity to be heard as our due process jurisprudence defines it” [un laudo arbitral debe ser denegado o vacado cuando la parte que cuestiona el laudo pruebe que no tuvo una oportunidad significativa para ser escuchada según como nuestra jurisprudencia de debido proceso la define].

Sobre ello, el objetivo aquí es presentar qué variaciones indebidas ha efectuado la jurisprudencia en el concepto de debido proceso para el arbitraje.

El análisis de la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima en el período 2009 a 2018 denota una variación preponderante y otras variaciones poco propagadas. La primera recae en la motivación del laudo, y las segundas versan sobre el principio de congruencia y el principio de inmediación.

3.2.1. La motivación

Para nadie es un secreto que la motivación en el arbitraje constituye un tema particularmente discutido a nivel local. Al respecto, en 1.2. expusimos datos estadísticos relativos al empleo de dicho tema como fundamento para solicitar la anulación; los que denotan el papel preponderante de la motivación en dicho ámbito.

Aquí, expondremos cómo es que el concepto de motivación manejado por la judicatura distorsiona la noción que debe corresponderle a este en un contexto arbitral (y no judicial).

3.2.1.1. Presupuestos necesarios

Antes que nada, es pertinente hacer un breve desarrollo del concepto involucrado: la motivación. Sobre dicha base, podremos evaluar de qué forma el concepto aplicado al ámbito arbitral es distorsionado por su correlativa noción judicial

Primero, una definición general del concepto. Según la Real Academia Española, la motivación consiste en las razones que fundamentan una acción o decisión de una persona (2014). Esta noción es general y trasciende el ámbito jurídico. A nivel jurídico, el concepto se enlaza a aquellos casos en los que las razones son jurídicamente relevantes (ej. una sentencia judicial); y además, no solo se refiere a las razones, sino a la *exposición* de estas.

Segundo, una definición técnica del concepto. La motivación, tanto para el arbitraje como para el proceso judicial, es:

- Un discurso. Se trata del conjunto de argumentos que un juez o un árbitro exponen para justificar una decisión.
- Un derecho. Las partes podrían tener un derecho a que ciertas decisiones del juez o del árbitro estén motivadas.
- Un deber. El juez y/o el árbitro pueden tener el deber de motivar sus decisiones.

Tercero, la naturaleza del concepto. Dijimos que la motivación es un derecho, sobre ello, la naturaleza de este derecho es distinta en el arbitraje y en el proceso judicial.

- En el ámbito judicial —y no solo a nivel local—, el derecho a la motivación puede considerarse como un derecho fundamental e indisponible. Al respecto, el principio 23 de los Principios UNIDROIT del proceso civil transnacional establece que la decisión deberá ir acompañada de una explicación razonada (motivación) de los fundamentos esenciales de naturaleza fáctica, legal y de prueba. A nivel local, la Constitución evidencia la naturaleza fundamental del derecho a la motivación judicial (artículo 139.5).
- En el arbitraje, la situación es muy distinta. El derecho a la motivación es un derecho de naturaleza crediticia. Las partes tienen un derecho a que los árbitros motiven, y estos tienen la obligación (crediticia) de motivar. Es decir, el derecho a la motivación no deriva de una supuesta naturaleza constitucional, sino que más bien lo hace de la propia relación entre las partes y los árbitros: los primeros *pagan* a los segundos para que resuelvan (y motiven) la controversia.

Esta naturaleza crediticia se confirma bajo la postura de que la motivación es disponible. En efecto, la LMU señala que el laudo “deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa” (artículo 31(2)). Al respecto, se sostiene que esta es virtualmente un principio universal (Born, 2014, p. 3039).

Que las partes puedan desprenderse de la motivación “llevaría a confirmar que per se la exigencia de motivación no es una imposición de orden público internacional o transnacional” (Sanchez, 2018, p. 666); en esa línea, a nuestro criterio, también demuestra que el derecho a la motivación no tiene naturaleza constitucional.

A nivel local, la LAP sigue el esquema de la LMU (artículo 56.1).

En cuarto lugar, las funciones de la motivación. La motivación no cumple las mismas funciones en el arbitraje y en el proceso judicial.

- En el proceso judicial, a nivel local, la motivación cumple una función base, que es proscribir la arbitrariedad estatal (Zagrebelsky, 2007, p. 21). Sobre ello, surgen funciones endoprocesales, extraprocesales y pedagógicas (STC 1744-2005-PA/TC, voto singular de Gonzales Ojeda y Alva Orlandini, fundamentos 7-10).
 - Función endoprocesal: la motivación da a conocer a las partes las razones de la decisión y permite a estas ejercer su derecho a apelar.
 - Función extraprocesal: la motivación legitima al juez en el ejercicio de la correcta administración de justicia.
 - Función pedagógica: la motivación permite que la sociedad tome conocimiento de cómo se aplica el derecho y se resuelven controversias de relevancia jurídica.
- En el arbitraje comercial, la motivación cumple con distintas funciones. En esencia, la motivación permite a las partes conocer qué derivó en la decisión arbitral (Schlaepfer y Cremades, 2013, p. 1421) y legitima la labor del árbitro de cara a las partes (Strong, 2015, p. 19). Asimismo, la motivación permite a las partes corroborar que su derecho de defensa ha sido respetado, pues a través de la motivación las partes pueden aprehender cómo sus argumentos fueron o no valorados y estimados o desestimados.

Por otro lado, la motivación también permite corroborar el “nivel” del árbitro (la profundidad y agudeza de su razonamiento permite dar mayor o menor apreciación a un árbitro) y por tanto es un medio para construir y preservar reputación.

Finalmente, el contenido de la motivación en el arbitraje será evaluado al momento de desarrollar el control judicial que ejercen las cortes al respecto.

3.2.1.2. El control judicial bajo la LAP

Marco general del control judicial

La LAP establece que la motivación es disponible (artículo 56.1). Ello denota que esta no integra el debido proceso arbitral como un concepto fundamental y no regulable por las partes. Sin embargo, ello no quita que pueda existir un control judicial sobre la motivación.

En efecto, “si las partes han acordado que el laudo se debe motivar, el no motivar va contra lo pactado, y por tanto, podría existir un espacio para la anulación” (Bullard, 2011, p. 630). Es decir, el control judicial surge como una respuesta para cautelar el cumplimiento del acuerdo entre las partes sobre las reglas del arbitraje.

Es necesario aclarar que la *exclusividad* de la competencia arbitral sobre el fondo de la controversia no quita que el laudo pueda ser anulado por temas enlazados a la

motivación. Ello, en estricto, será válido cuando el pacto de las partes requiera que el laudo esté motivado, pero los árbitros no cumplan con tal obligación.

Sin embargo, el control de la motivación no puede servir para evaluar si la decisión de los árbitros fue acertada o no. Así, “the requirement for a reasoned award is also not a requirement for a well-reasoned award: bad or unpersuasive reasons are still reasons, and satisfy statutory requirements for reasoned awards” [el requerimiento de un laudo motivado no es un requerimiento por un correctamente motivado laudo: fundamentos errados o no persuasivos son igual fundamentos, y satisfacen los requisitos normativos para hablar de un laudo motivado] (Born, 2014, p. 3044).

Estándar y control judicial

(i) Estándar de motivación

A nivel internacional, es razonable considerar que el estándar de motivación se limita a un análisis de inteligibilidad; y por tanto el estándar de motivación del laudo es menor al que aplica sobre las sentencias.

Primero, la motivación debe cumplir con ser inteligible (Blackaby et al. 2015, p. 555). Es decir, la motivación del laudo debe permitir que este se deje “leer”. Se trata de poder apreciar las razones por las que se alcanzó la decisión adoptada. A nivel local, la idea se ha desarrollado de la siguiente manera:

El estándar de análisis debe ser uno formal, en el sentido que debe bastar que de una simple y superficial lectura del laudo arbitral aparezca que los árbitros han explicado, bien o mal, corto o largo, correcta o defectuosamente, lógica o ilógicamente (pues todo es una cuestión de fondo), las razones por las cuales ha fallado a favor de una de las partes, para que se tenga por cumplido el requisito de motivación (Cantuarias, 2006, p. 70).

Segundo, y derivado de ello, el estándar debe ser menor al de las cortes judiciales. Así, en una decisión del 18 de setiembre de 2007, la *Oberlandesgericht* (Corte Regional de Apelaciones) de Rostock señaló: “Die Begründung muss jedoch lediglich gewissen Mindestanforderungen entsprechen, die für Urteile staatlicher Gerichte geltenden Maßstäbe sind nicht anzuwenden” [El razonamiento debe sin embargo solo alcanzar cierto mínimo de requerimiento, el estándar establecido para los juicios no es aplicable].

En realidad, tal parece ser la posición mayoritaria de las propias cortes a nivel internacional. Al respecto, el *Digest* reporta que “in general, courts have adopted a lower threshold, rejecting the view that the reasons given in an award must meet the standard applicable to court decisions” [en general, las cortes han adoptado un umbral bajo, rechazando la idea de que la motivación dada en un laudo deba alcanzar el estándar aplicable a las decisiones de cortes judiciales] (UNCITRAL, 2012, p. 158).

Un factor importante para dar base a esta posición es que, en la mayoría de los casos, las partes eligen a sus árbitros directamente. Las partes confían en el criterio de los elegidos como árbitros, pues de lo contrario no les darían el poder de resolver el conflicto de manera final e incuestionable. Así: “En la medida en que las partes son conscientes de que los árbitros tienen el poder de abrazar una decisión final que no será impugnada, deben asegurarse de hacer la mejor selección posible, normalmente basada en aspectos como la integridad, especialización y disponibilidad de los tomadores de decisión” (León Pastor, 2017, p. 48).

Ahora bien, es pertinente desarrollar este estándar con un poco más de precisión. Sí, la motivación debe ser inteligible; y sí, la exigencia no es la misma que la aplicable a las sentencias judiciales. Sin embargo, no queda claro todavía cuál es exactamente el estándar aplicable a los laudos.

En este aspecto, podemos recurrir a la argumentación jurídica para lograr ilustrar de mejor manera el estándar de motivación del laudo y su diferencia con el estándar aplicable a las decisiones judiciales.

Desde la argumentación jurídica, el ejercicio de aplicar (*subsumir*) normas sobre hechos concretos puede evaluarse en dos vertientes:

- Justificación interna. Es decir, que la resolución del problema armonice con los principios de la lógica; se trata de un examen lógico-formal (Atienza, 2005, p. 26). Se trata de una justificación “formal” (Wróblewski, 1971, p. 412).

Por ejemplo, Si el juzgador encuentra que A disparó a B, no puede concluir sobre ello que C merece una pena de cárcel como autor del delito.

- Justificación externa. Esta trata sobre la validez material del razonamiento. Aquí no se evalúa la concatenación lógica de las premisas, sino más bien si estas últimas tienen solidez (Wróblewski, 1971, p. 412).

Por ejemplo, Si el juzgado considera que fue A quien disparó a B, dicha premisa deberá estar fundamentada en ciertos hechos respectivos (A tenía el arma, A estaba junto con B al momento del disparo, etc.).

Es particular notar que la justificación externa se construyó a la luz de la práctica judicial. En específico, su alcance (amplio) se debe precisamente a los estándares impuestos a la *función judicial* (Wróblewski, 1971, p. 412).

La evaluación de la motivación de decisiones judiciales involucra verificar la validez lógica (justificación interna) y sustancial (justificación externa) de la motivación expuesta.

Pues bien, ¿Cuál es el estándar aplicable al laudo arbitral? Veremos esto a continuación.

(ii) Control judicial

En función a lo expuesto anteriormente, desde la argumentación jurídica, el estándar de control judicial sobre la motivación podría adoptar, en esencia, tres niveles distintos de exigibilidad.

- Primer nivel: existencia de la motivación. Para evaluar si la motivación denota una justificación interna y/o una justificación externa, esta debe existir. Si no hay motivación, no hay exteriorización de razones y por tanto es inviable hacer un examen de la motivación.

Este, a nuestro criterio, debe ser el estándar aplicable a la motivación de los laudos. Al respecto, a nivel internacional, se sostiene que las leyes que requieren motivación del laudo no establecen ningún estándar específico a su motivación, por lo que solo la total falta de esta debería derivar en la anulación del laudo (Lew et al., 2003, p. 649); a nivel local, esta posición está defendida por los principales practicantes de arbitraje (Bullard, 2011, p. 630; Cantuarias, 2007, p. 70)

Entonces, los jueces no deben ingresar a determinar si la motivación es lógica y/o si las premisas están fundamentadas. El acuerdo de las partes se dirige a que exista una motivación; y por tanto los jueces deben limitarse a verificar que tal motivación existe.

Naturalmente, la existencia de la motivación no se satisface solo con poner palabras en el papel. Que exista un texto no significa que necesariamente exista motivación. Se requiere, y basta ello, que exista un discurso enlazado a las controversias en disputa; que este discurso sea errado, ilógico, superficial, etc. supera la tarea de limitarse a verificar la existencia de la motivación.

- Segundo nivel: existencia + logicidad. Las cortes podrían optar por verificar que la motivación exista y que esta tenga sentido lógico. Esta es una postura que existe en doctrina (González de Cossío, 2014, p. 885; León Pastor, 2017, pp. 44-51). Así, se ha dicho que el laudo debe entenderse en el sentido de que debe “resistir un análisis lógico, más no jurídico” (González de Cossío, 2014, p. 885).

Aquí, las cortes evaluarían la justificación interna de la motivación del laudo. Este tendría que tener un sentido congruente, y respetar los principios elementales de la lógica. Este nivel no debería aplicar al arbitraje, pues la LAP establece expresamente que los jueces no pueden evaluar el fondo de la controversia y tampoco la motivación del laudo (artículo 62.2).

- Tercer nivel: existencia + logicidad + sustantividad. Las cortes podrían decidir que el control de la motivación pasa por verificar si la motivación es lógica y es sólida en sus fundamentos (en teoría, sin evaluar si estos son correctos o incorrectos). Aquí, el control de la motivación del laudo cubre los mismos

niveles que los aplicables a la decisión judicial. Al igual que el nivel anterior, este nivel no es aplicable al laudo arbitral, por la prohibición de revisar el fondo del asunto o la motivación del laudo de la LAP.

Sin perjuicio de ello, en doctrina, a nivel local, esta posición ha sido planteada y sigue actualmente siendo defendida (Arrarte, 2001; Palacios, 2007). Y esta, como veremos a continuación, es la posición adoptada por la jurisprudencia local.

Sobre este esquema, podemos evaluar las variaciones a la noción de debido proceso arbitral.

3.2.1.3. Las variaciones jurisprudenciales

Punto de partida: motivación y su relación con el debido proceso

El debido proceso arbitral, a nivel teórico, no incluye deber alguno de motivar un laudo. Principios como la igualdad constituyen hitos inderogables; ello contrasta con la naturaleza de la motivación en el arbitraje, un derecho disponible que se deja a la libre decisión de las partes.

Este tema merece un poco más de explicación.

Un principio central del debido proceso arbitral es el de oportunidad razonable para presentar una posición. Según expusimos en el Capítulo II, este principio se manifiesta en distintos niveles, y uno de ellos consiste en que los árbitros atiendan a las partes y analicen los argumentos vertidos por estas.

Pues bien, parece sólido considerar que la motivación permite *verificar* que los árbitros hayan cumplido con haber tomado en consideración las posiciones de ambas partes al decidir la controversia. Al respecto, ello se evidencia en los Principios UNIDROIT sobre proceso civil transnacional. Veamos los principios 5.6 y 23:

5. Due Notice and Right to Be Heard

[...]

5.6 The court should consider all contentions of the parties and address those concerning substantial issues.

[5. Debida notificación y derecho a ser escuchado

[...]

5.6 La corte debe considerar todas las alegaciones de las partes y abordar aquellas cuestiones sustanciales pertinentes].

23. Decision and Reasoned Explanation

[23. Decisión y explicación motivada]

[...]

En el comentario oficial al citado artículo 5.6, se señala lo siguiente:

The standard stated in Principle 5.6 does not require the court to consider contentions determined at an earlier stage of the proceeding or that are unnecessary to the decision. See Principle 23, requiring that the written decision be accompanied by a reasoned explanation of its legal, evidentiary, and factual basis.

[El estándar establecido en el Principio 5.6 no requiere que la corte considere cuestiones resueltas en una etapa liminar del proceso o que son innecesarias para la decisión. Ver Principio 23, que requiere que las decisiones escritas sean acompañadas de una explicación razonable de su base fáctica, probatoria y legal].

En efecto, requerir a un juzgador que motive su decisión se enlaza al derecho de las partes a que sus argumentos sean atendidos. En estricto, constituye una forma para demostrar que efectivamente el juzgador atendió, entendió y analizó los argumentos de las partes. Así, se ha dicho que el derecho constitucional a ser escuchado implica el deber de una corte de presentar las razones de su decisión; y que no existe razón alguna para recortar este aspecto (la motivación) en el arbitraje internacional (Besson, 2006, p. 400).

Sin embargo, en el arbitraje la situación es distinta. Primero que nada, el fundamento de la motivación consistente en proscribir la arbitrariedad estatal desaparece (Rivas, 2017, p. 237). Desprovisto de dicha justificación, la motivación solo podría integrar el debido proceso si logra justificar que integra el principio de oportunidad razonable para presentar una posición.

Y esa justificación no existe.

Es indiscutible que la motivación puede servir para verificar que los árbitros hayan cumplido con efectivamente escuchar a las partes. Sin embargo, que una práctica, factor o persona contribuya a materializar el principio de oportunidad razonable para presentar una posición no quiere decir que por ello integre se integre a la justicia procedimental.

Por ejemplo, las partes o los árbitros pueden disponer el empleo de un *chess clock* en las audiencias; así, cada parte puede distribuir su tiempo como quiera, pero ambas en general tienen el mismo tiempo para manifestar su posición (Born, 2014, p. 2274). En esa línea, es evidente que la adopción del *chess clock system* sirve para verificar el trato equitativo a las partes.

Sin embargo, un arbitraje que no emplee un *chess clock* no carece de justicia procedimental. El *chess clock* sirve para observar el principio de oportunidad razonable para presentar una posición, pero su ausencia no hace que dicho principio sea automáticamente violado.

El razonamiento es el mismo con la motivación del laudo. Su presencia coadyuva a verificar que el principio de oportunidad razonable; sin embargo, su ausencia no vuelve automáticamente injusto al procedimiento arbitral.

Veamos, por contraste, cómo es la situación con el principio de igualdad y con el principio de debida notificación (que integra el principio de oportunidad razonable para presentar una posición):

- Es imposible suponer que un procedimiento de adjudicación —sea un arbitraje, un proceso judicial o cualquier otro— pueda ser justo si es que no hay equidad entre las partes. Por ello, el principio de equidad es inderogable. Un procedimiento sin igualdad constituye un mecanismo arbitrario e injusto.
- Es imposible suponer que un procedimiento justo de adjudicación se haga sin informar a la contraparte. Si el juzgador resuelve el reclamo de A sin notificar a B, el procedimiento se vuelve obsoleto y de ninguna manera puede calificarse como justo. ¿Qué justicia podría haber si solo se escucha a una de las dos posturas involucradas?

Ahora, ¿es imposible que un procedimiento de adjudicación sea justo si la decisión sobre el fondo carece de motivación? La respuesta es negativa. La motivación *no es necesaria* para garantizar la justicia procedimental. En realidad, su naturaleza es meramente *instrumental*: es una herramienta más para verificar que el principio de oportunidad razonable para presentar una posición se haya respetado.

La motivación, entonces, no constituye un elemento imperativo del debido proceso. De ahí que a nivel internacional la regla sea permitir que las partes puedan acordar que los árbitros no motiven sus decisiones.

Variaciones en el concepto de motivación

(i) Variaciones en la naturaleza de la motivación

Según expusimos, la LAP reconoce la naturaleza *disponible* de la motivación (artículo 56.1). Pues bien, un primer tema a evaluar es si dicha naturaleza ha sido alterada por la judicatura; definir si la motivación se ha vuelto una exigencia imperativa debido al esquema de control judicial.

La manera ideal de determinar ello estaría en ver si la jurisprudencia respeta el pacto de no motivación que permite la LAP. Pues bien, del universo de casos revisados, en ninguno las partes consignaron un acuerdo de dicho tipo. Es decir, en todos los casos las partes siguieron la regla predeterminada del artículo 56.1 de la LAP, consistente en que el laudo debe estar motivado.

Sin embargo, pese a que tal tema nunca fue invocado como sustento de anulación, la judicatura sí ha dado su parecer en algunos casos. Veamos.

En un caso, la Primera Sala Comercial señala que la motivación es un “presupuesto para la validez del laudo”, lo que denotaría que esta necesariamente debe existir.

De otro lado, tenemos que el derecho a recibir una decisión debidamente motivada. [...]

Esta exigencia es aplicable también al árbitro o Tribunal Arbitral dentro de un proceso arbitral y además constituye un presupuesto para la validez del laudo que le ponga fin. No por tratarse de una jurisdicción independiente significa que en el ejercicio de sus funciones deba apartarse de la plena observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia (SSC1 319-2013, p. 4).

Dicho razonamiento se confirma según lo expuesto por la Segunda Sala Comercial en otro caso. Esta señaló lo siguiente:

Ahora bien, no cabe duda que uno de los principales componentes del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la motivación de las resoluciones [...], el cual de ningún modo podría ser ajeno al proceso arbitral, pues las características propias de éste último no colisionan en nada con él, ni de modo alguno podría sostenerse que al someterse a la jurisdiccional arbitral, las partes renuncien o perjudiquen de algún modo su derecho a obtener una solución a su conflicto de intereses debidamente sustentada bajo parámetros de razonabilidad y coherencia, o que otorguen a los árbitros la facultad de resolver la causa con arbitrariedad (SSC2 114-2017).

Ambos pronunciamientos son criticables.

El primer pronunciamiento —sentencia de la Primera Sala Comercial— es un ejemplo de replicación sin adaptación. La sentencia alude a que el arbitraje debe seguir una “plena observancia” de las garantías de la función jurisdiccional. Esta posición no es sostenible pues bajo la misma elementos como la pluralidad de instancia deberían aplicarse al arbitraje.

En la comentada sentencia, la judicatura se detiene en la replicación del modelo de debido proceso judicial. No hace una adaptación al arbitraje según los caracteres de esta última. Así, este pronunciamiento ilustra el peligro del sistema de replicación + adaptación: que la adaptación se haga mal o, peor aun, que no se haga en absoluto.

El segundo pronunciamiento —sentencia de la Segunda Sala Comercial— confunde la naturaleza instrumental de la motivación con los fines a que esta sirve. En efecto, bajo el principio de oportunidad razonable para presentar una posición, las partes tienen derecho a que los árbitros resuelvan el caso mediante una decisión razonada. Sin embargo, que no haya motivación no priva a las partes de dicho derecho.

En efecto, que el laudo no contenga exposición de razones no implica que los árbitros hayan decidido resolver de manera arbitraria e irrazonable. La motivación es una herramienta para evidenciar que los árbitros cumplieron con el principio de oportunidad razonable para presentar una posición; su ausencia no deriva automáticamente en la afectación a dicho principio.

Sin perjuicio de lo expuesto, podemos concluir que la judicatura no ha generado distorsión alguna en la naturaleza de la motivación en el arbitraje. En primer lugar,

ningún caso judicial ha abordado el tema de la aplicabilidad del pacto en contrario reconocido en el artículo 56.1 de la LAP (disponibilidad de la motivación). Si hubiese alguna sentencia al respecto, así fuese solo una, podríamos evaluar si se está generando una corriente o no sobre el tema. Sin embargo, la ausencia total al respecto descarta ello.

En segundo lugar, los pronunciamientos indirectos al respecto no califican como corriente jurisprudencial en torno al tema. Por un lado, se tratan de argumentos *obiter dicta*, puesto que en dichos casos la judicatura no tenía como objeto resolver si la motivación es disponible. Por otra parte, su número ínfimo permite sostener que se tratan de pronunciamientos aislados.

(ii) Variaciones en el estándar de motivación

Otro tema a evaluar es si el estándar de la motivación del laudo ha sufrido una alteración debido a la aplicación de parámetros propios de la motivación de decisiones judiciales. Al respecto, la revisión completa del universo de sentencias devela que la judicatura ha *equiparado* el estándar de motivación judicial y el estándar de motivación de laudos.

En primer lugar, este fenómeno se evidencia en la imposición de los criterios de motivación judicial establecidos en el conocido *caso Llamuja* (STC 728-2008-PHC/TC), y complementariamente en la remisión a disposiciones del Código Procesal Civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la sentencia del *caso Llamuja*, el TC desarrolló seis supuestos que configuraban una afectación al derecho constitucional de motivación:⁷⁶ inexistencia de motivación, falta de motivación interna en el razonamiento, deficiencias en la motivación externa, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y motivaciones cualificadas.

Pues bien, la judicatura comercial se ha remitido a dichos supuestos al momento de determinar qué evaluará en la motivación del laudo. Aquí, la jurisprudencia es copiosa: la remisión *expresa* al *caso Llamuja* y/o a los supuestos de afectación establecidos en el mismo se da en más de 60 casos.⁷⁷

Así, el estándar de debida motivación judicial manejado por el TC es extrapolado e insertado en el arbitraje. Este ejercicio puro de replicación, sin adaptación, incluso es

⁷⁶ En estricto, estos supuestos ya habían sido establecidos en pronunciamientos anteriores del TC.

⁷⁷ SSC1 2-2016, SSC2 12-2015, SSC1 19-2018, SSC2 39-2015, SSC2 49-2015, SSC2 55-2015, SSC2 55-2017, SSC2 65-2014, SSC1 65-2017, SSC2 70-2015, SSC1 74-2016, SSC2 74-2018, SSC1 89-2018, SSC2 93-2016, SSC2 96-2014, SSC1 96-2018, SSC1 100-2016, SSC2 104-2015, SSC1 106-2016, SSC2 122-2014, SSC2 122-2015, SSC2 124-2016, SSC2 126-2015, SSC1 127-2015, SSC2 129-2013, SSC2 170-2016, SSC1 178-2012, SSC2 200-2014 y 206-2014 [acumulados], SSC2 202-2014, SSC1 216-2010, SSC2 219-2016, SSC2 233-2013, SSC1 240-2011, SSC1 252-2013, SSC2 274-2012, SSC1 277-2013, SSC2 280-2014, SSC2 282-2014, SSC2 282-2015, SSC2 288-2016, SSC1 301-2016, SSC2 309-2013, SSC2 320-2011, SSC2 320-2012, SSC1 325-2014, SSC2 326-2014, SSC1 340-2016, SSC2 342-2014, SSC2 349-2013, SSC1 371-2015, SSC2 372-2015, SSC2 378-2011, SSC2 381-2013, SSC1 404-2009.

reconocido de forma expresa en un caso específico: “resulta enteramente aplicable en sede arbitral lo afirmado por la jurisprudencia constitucional respecto de la motivación de las resoluciones judiciales como componente esencial del derecho al debido proceso” (SSC2 307-2014, p. 9).

De la revisión al universo de sentencias, solo hemos encontrado un caso en el que el ejercicio de adaptación es reconocido. En dicho caso, se señaló que no todos los supuestos del *caso Llamoja* en el arbitraje podían ser aplicados debido a la prohibición del artículo 62.2 de la LAP (SSC1 333-2013, p. 14). En otras palabras, el ejercicio de replicación está bien asentado, pero el reconocimiento a la tarea de adaptación es más bien anecdótico.

El *caso Llamoja* y el estándar que surge del mismo no puede ser insertado, sin más, al arbitraje. Este caso se refiere a una apelación de un juicio penal, “con características muy propias y que no se pueden fácilmente extrapolar” (León Pastor, 2019). Una inserción sin replicación representa, a nuestro criterio, una distorsión del concepto de motivación *en* el arbitraje.

Por su lado, las referencias al Código Procesal Civil y a la LOPJ denotan de forma complementaria la aplicación de la motivación judicial y su estándar al arbitraje. En cuanto a la primera, en un puñado de casos la judicatura evalúa la motivación sobre la base del artículo 122.3⁷⁸ del señalado código; y sobre la segunda, en 20 casos la judicatura se remite al artículo 12⁷⁹ de la mencionada ley.

Las normas glosadas contienen disposiciones generales sobre motivación, pero disposiciones generales para la *motivación judicial*. No resultan del todo adecuadas para el arbitraje, pues pueden distorsionar este. Veamos:

- El artículo 122.3 del Código Procesal Civil señala que debe existir un “orden numérico correlativo”. Aun cuando dicha exigencia sea inocua, no parecería razonable que se pretenda exigir a los árbitros observar la misma.
- El artículo 12 de la LOPJ es más problemático que el anterior. Bajo dicha norma, todas las resoluciones deben estar motivadas, salvo las de mero trámite. Por contraste, en el esquema de la LAP, la regla supletoria se restringe a establecer que el laudo debe estar motivado, y nada dice sobre las restantes resoluciones. Es decir, bajo la LAP, la regla supletoria es que las partes no están obligadas a motivar decisiones distintas al laudo. La aplicación de la LOPJ

⁷⁸ Artículo 122.- Las resoluciones contienen:

“[...]”

3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”.

⁷⁹ Artículo 12.- Motivación de resoluciones

“Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”.

podría derivar en alterar la naturaleza de la motivación en el arbitraje, volviéndola obligatoria e indisponible.

En resumen, estas referencias a parámetros normativos de la motivación *judicial* evidencia que para la judicatura dicho estándar es aplicable al arbitraje, sin mayor ejercicio de adaptación. Para ilustrar ello, veamos un caso:

es un principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias [...] el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la obligación de motivar todas las resoluciones judiciales, con exclusión de las de mero trámite, bajo responsabilidad. Esta exigencia de motivación también se extiende a las actuaciones o decisiones en sede arbitral, conforme lo prevé el inciso 1) del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 (SSC1 3-2018, p. 9).

En segundo lugar, la adopción del estándar de motivación judicial significa, de forma concreta, que los jueces evalúan el laudo en tres ámbitos: existencia + logicidad + sustantividad.

Luego, en palabras de la judicatura, la tarea es verificar si “el laudo arbitral [...] tiene una motivación suficiente, razonada y lógica, en la medida y especificaciones establecidas por el Tribunal Constitucional [...] y de los fundamentos que lo sustentan” (SSC2 100-2017, p. 15).

Así, existen numerosos casos en los que la judicatura ha anulado laudos por inexistencia, ilogicidad, insuficiencia e incongruencia de la motivación.

- Inexistencia de motivación. La judicatura sanciona con nulidad a aquellos laudos que incurran en “ausencia total de motivación” (SSC1 252-2012, p. 10; SSC1 301-2011, p. 6; SSC1 373-2011, p. 7). Los casos de inexistencia son raros —debe tratarse de un vacío manifiesto, y no de casos en los que existe una motivación pero esta es calificada como inexistente o “insuficiente”—. Así, por ejemplo, este supuesto se da cuando “el Árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos” (SSC2 9-2017, p. 10; SSC2 141-2011, p. 11; SSC2 50-2017, p. 11).
- Motivación ilógica. La judicatura verifica que el laudo no sufra “rupturas de logicidad entre las premisas y la conclusión” (SSC2 205-2012, p. 11). En esencia, la judicatura verificará que el laudo respete los principios de la lógica formal (Wong, 2013, p. 171).
- Motivación insuficiente. La judicatura evalúa que las premisas planteadas por los árbitros estén sustentadas. Es decir, se controla la justificación externa; pues la judicatura verifica si “de las premisas normativas y fácticas desarrolladas y sustentadas por el tribunal arbitral fluye claramente la solidez de las premisas que han servido y determinado su decisión” (SSC1 96-2018, p. 17).

Todos estos criterios están asentados en la jurisprudencia. Su aplicación no se restringe a un número reducido o anecdótico de casos, sino que más bien constituyen los criterios de aplicación general por la judicatura.

En tercer lugar, la *intensidad* del control judicial aplicado por la jurisprudencia es estable en líneas generales, orientado a un control de casos graves o manifiestos.

En efecto, más allá de que la judicatura no debería evaluar la motivación del laudo, lo cierto es que lo hace. Sin embargo, las contingencias derivadas de tal intervención variarán según cuán amplia o restringida es la evaluación de la judicatura.

Determinar cuán intenso es el control de la motivación es una tarea difícil, por la propia naturaleza de la tarea. La definición de si una motivación es insuficiente es bastante subjetiva y pueden haber diversas posiciones en torno a un mismo caso. Sin embargo, es razonable sostener que la judicatura interviene solo en casos patentes.

Al respecto, la judicatura ha señalado que el vicio debe ser *manifiesto* (SSC2 100-2017, p. 17). De ahí que hayan surgido algunas reglas concretas:

- El tribunal arbitral no debe expresar una motivación sobre todos los argumentos vertidos por las partes, solo sobre los principales (SSC1 18-2017, p. 11; SSC1 54-2017, p. 11; SSC2 124-2016, pp. 13-14).
- El “vacío” en algún extremo de la motivación del laudo no justificará la anulación cuando existan otros argumentos que sean por sí solos suficientes para fundamentar la decisión (SSC1 835-2010, p. 13).
- La motivación del laudo puede tener un carácter “conciso y breve” (SSC2 74-2018, p. 11). Así, un laudo no puede ser descalificado (y anulado) por su extensión.

Que la judicatura solo intervenga en casos graves se refuerza si atendemos al porcentaje (%) de éxito de las demandas anuladas por vicios en su motivación: 14.19%. Un porcentaje alto de anulaciones podría denotar que la judicatura ejerce un control demasiado abierto sobre la motivación. Por contraste, el porcentaje bajo, aun cuando en abstracto puede deberse a distintas razones, contribuye a sostener que la judicatura emplea un control sobre la motivación bastante acotado, ceñido a casos de gravedad.

En resumen, existe una efectiva distorsión en el estándar de motivación. Las cortes evalúan que la motivación del laudo exista, sea lógica (justificación interna), suficiente (justificación externa) y congruente. Ello va contra lo establecido por la LAP a nivel normativo, pues bajo dicha ley, en nuestra opinión, lo único que los jueces deberían verificar es que exista motivación.

(iii) Variaciones en las funciones de la motivación

Según expusimos antes, las funciones de la motivación en el proceso judicial y en el arbitraje no son las mismas. La motivación del laudo cumple funciones para las partes; mientras que la motivación en el proceso judicial no solo se dirige a las partes, sino también al íntegro de la sociedad.

Un fundamento central que explica por qué las funciones de la motivación en el arbitraje se restringe a las partes es la *confidencialidad*. Por regla general, el laudo no será exteriorizado, quedará solo para las partes. Luego, resultaría inviable que la motivación del laudo pueda contribuir de cara a la sociedad.

Ahora bien, la confidencialidad no es un principio absoluto. A nivel local, el arbitraje con el Estado denota ello. La participación del Estado representa un reto para la confidencialidad. Al respecto, la LAP establece que los laudos derivados de casos en los que el Estado haya sido parte deberán hacerse públicos (Quinta Disposición Final). Además, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, se modificó el artículo 51.3 y se estableció que tanto el laudo como las actuaciones arbitrales son de acceso público.

Luego, en los arbitrajes que tengan al estado como parte la motivación podría alcanzar a la sociedad en general. Ello permitiría evaluar si, en dichos casos, la motivación debe cumplir del laudo debe cumplir una función para todos, no solo para las partes.

Pues bien, la jurisprudencia no ha tenido oportunidad de pronunciarse de forma extensiva sobre este tema. Sin perjuicio de ello, existe un pronunciamiento pertinente:

Y es que, el laudo emitido no solo interesa a las partes procesales como a los operadores del Derecho sino a la sociedad en general, quienes esperan conocer una resolución clara, objetiva y coherente que dé respuesta a las pretensiones de las partes (SSC2 92-2017, p. 19).

Este pronunciamiento se emite en un caso que deriva de un arbitraje en el que el Estado sí es parte. Por ello, el mismo podría tener sentido para dicho caso. Ahora bien, debemos advertir que la sentencia no se cuida de precisar que dicha postura se restringe a casos en los que el Estado es parte. Es decir, su redacción se dirige al arbitraje en general.

Sin embargo, el principio de confidencialidad hace *imposible* que la motivación del laudo pueda tener una función para la sociedad en general. Así, por fuerza, el razonamiento de la sentencia glosada solo podría recaer en aquellos casos en los que el laudo es accesible para todos; es decir, casos en los que el Estado es parte.

En esa línea, la posición jurisprudencial no resulta desacertada para dicho ámbito (arbitrajes con el Estado). En otros ámbitos (arbitraje de inversiones), ya se ha señalado que la sociedad tiene derecho a saber por qué el Estado ha ganado o perdido en un caso (Aguilar y Reisman, 2008, p. 2). En efecto, cuando el Estado sea parte, la motivación puede cumplir funciones especiales, dirigidas a la legitimación de la decisión de cara a la sociedad, pues es esta la que se verá afectada por la misma. Por

lo tanto, esto en estricto no calificaría como una “distorsión” generada por el debido proceso judicial.

Esta posición también tiene eco a nivel local: se sostiene que en el arbitraje con el Estado, el control de la motivación debe ser más intenso que el estándar para casos entre privados (Wong Abad, 2018). El fundamento es el mismo: los ciudadanos tienen derecho a saber qué sucede con el tesoro público.

3.2.2. Otras variaciones

3.2.2.1. El principio de inmediación

Noción de inmediación en el proceso judicial

En el proceso judicial, la inmediación se refiere a la vinculación próxima y cercana del juez con los elementos que conforman el proceso (Eisner, 1963, p. 33). Bajo el principio de inmediación, el proceso debería garantizar principalmente que el juez tenga una relación *directa* con las partes y con las pruebas (Alsina, 1956, p. 460)

Ahora bien, el principio de inmediación requiere como presupuesto que el proceso maneje un ámbito de oralidad, pues solo así aquel principio podrá aplicarse de manera plena y eficaz (Chiovenda, 1949, p. 254).

Al respecto, es esencial apreciar que el principio de inmediación está enlazado a una *opción procesal*. En efecto, el proceso puede ser *escrito* u *oral*. Se tratan de fórmulas procedimentales, criterios de política procesal (Briseño, 1969, p. 48). Es decir, la oralidad y/o la escritura son formas para la estructuración procedimental del proceso; cada una de ellas con sus beneficios y perjuicios (Devis, 1966, pp. 61-63).

Sobre ello, el legislador podría establecer un proceso *exclusivamente* escrito (Devis, 1966, p. 61). En un esquema como aquel, por regla general el principio de inmediación no podría aplicarse, puesto que la exclusividad de la comunicación escrita impide que entre partes y juez pueda existir una relación próxima.

A nivel local, la inmediación es un principio reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil (“las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez”). En esa línea, el TC ha reconocido el valor constitucional del principio de inmediación como elemento integrante del derecho a la prueba (STC 849-2011-PHC/TC, fundamento 6).

En nuestro ordenamiento procesal, el derecho a la prueba involucra que esta pueda ser ofrecida, admitida, actuada y valorada. En ese esquema, “la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia” (STC 849-2011-PHC/TC, fundamento 6). En otras palabras, el principio de inmediación, en cuanto a la actividad probatoria, integra el debido proceso judicial, y tiene naturaleza constitucional.

La intermediación en el arbitraje

El tratamiento de la intermediación es diferente en el arbitraje, por contraste al que se le asigna en el proceso judicial. Esto, en esencia, se evidencia en dos niveles.

En un primer nivel, existe una distinción en el tratamiento de la *forma* del ámbito procedimental del proceso judicial y del arbitraje. En el proceso judicial, según expusimos, el legislador diseña un esquema procedimental que puede ser, en líneas generales, oral o escrito.

Por contraste, en el arbitraje, son las partes las que diseñan el procedimiento. Las partes pueden optar incluso por esquemas preeminentemente orales o exclusivamente escritos. Según expusimos en el Capítulo II, el debido proceso arbitral no deriva en que el procedimiento deba seguir una forma específica.

La libertad de las partes para diseñar el procedimiento descarta, automáticamente, que el principio de intermediación pueda considerarse imperativo en el arbitraje. Las partes pueden establecer un esquema exclusivamente escrito, que involucre contacto directo nulo o virtualmente nulo con los árbitros. Al ser la oralidad un presupuesto para la intermediación, excluir la primera deriva en también excluir la segunda

Asimismo, el fenómeno coyuntural de una pandemia global⁸⁰ permite sostener que, en cualquier caso, el principio de oralidad no debe entenderse como una obligación de estar *ante la presencia física* de los árbitros. Este fenómeno coyuntural ha tenido un impacto en la *forma* en que se cumple y se satisface con el principio de oralidad. Así, entidades como la ICC han recomendado readaptar las audiencias orales presenciales y desarrollarlas mediante conductos digitales (ICC, 2020, p. 4).

Naturalmente, una audiencia virtual no es *exactamente* igual que una audiencia presencial. Igual, es sólido sostener que la audiencia virtual logra transmitir lo más importante y garantiza un intercambio fluido y en tiempo real de comunicaciones. Sin perjuicio de ello, el empleo de protocolos claramente definidos sobre el uso de los medios tecnológicos puede hacer que la audiencia virtual sea lo más provechosa posible y que, en líneas generales, cumpla sus objetivos (presentaciones de las partes, interrogatorios de testigos, rendición de pericias, etc.).⁸¹

En un segundo nivel, aun si las partes optasen por un procedimiento con espacio para la oralidad, no parece razonable sostener que el principio de intermediación deba insertarse imperativamente. En particular, no hay justificación para que los árbitros deban necesariamente seguir criterios de intermediación en el marco de su actividad probatoria.

⁸⁰ Mediante una declaración del 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el virus denominado Covid19 constituye una pandemia global.

⁸¹ Existen ya protocolos bastante precisos en cuanto a los aspectos logísticos y tecnológicos de una audiencia virtual. Un ejemplo es el *Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*, que establece instrucciones sobre aspectos como la conectividad a internet, el formato del vídeo, audio, grabaciones, etc.

Según expusimos en el Capítulo II, la libertad de los árbitros en materia probatoria es bastante amplia. El debido proceso arbitral, en esa línea, se limita a garantizar que las pruebas sean estudiadas y analizadas por los árbitros. Por regla general, *no impone exigencia alguna en cuanto a la forma de dicha valoración*.

Al respecto, es necesario desagregar el análisis según los distintos tipos de medios probatorios. Estos pueden clasificarse en producción de documentos, testimonio de testigos, opinión de expertos e inspecciones a objetos de la controversia (Blackaby et al., 2015, p. 379).

En cuanto a los documentos, en todos los escenarios existirá un vínculo directo consistente en la lectura del documento por el árbitro. La función del árbitro es *intuitio personae*, por lo que este deberá revisar el documento por sí mismo y darle un valor probatorio bajo su criterio.

La situación es muy distinta para los testigos y los expertos. Si bien la práctica arbitral opta por “actuar” estas pruebas tanto de forma oral como de forma escrita, no existe una obligación para hacer ello. El debido proceso arbitral no obliga a que los árbitros deban necesariamente escuchar el testimonio oral de los testigos o de los peritos.

Y es que si bien puede considerarse que la prueba podrá ser analizada y valorada de mejor manera luego de que esta sea presentada de forma escrita, no existe fundamento alguno para que ello sea *imperativo*. Bajo el debido proceso arbitral, basta con que los árbitros atiendan las pruebas. La manera en cómo hagan ello puede ser variada. Por lo tanto, es válido concebir un arbitraje con espacio para la oralidad y en el que sin embargo los testimonios de peritos y/o expertos sean rendidos de manera escrita.

Finalmente, sobre las inspecciones a objetos de la controversia, aquí el principio de inmediación acaece necesariamente. Según expusimos en el Capítulo II, la valoración de este medio probatorio requiere de ciertas actividades previas. Estas actividades previas están enlazadas claramente al principio de inmediación. Para dar valor a la inspección, sería necesario que los árbitros tengan un contacto con esta.

Naturalmente, el contacto puede darse mediante el apoyo de nuevas tecnologías. Por ejemplo, la inspección de una planta hidroeléctrica podría hacerse mediante el empleo de drones. Esto no cambia la esencia de la inmediación en la inspección: los árbitros pueden definir qué rutas tomará el dron, en qué lugares detenerse para hacer un análisis detallado, etc.

Precisamente, el valor diferencial de la inspección radica en la relación directa del árbitro con el objeto. Si los árbitros se limitasen a encargar que otra persona haga la inspección y les envíe un reporte al respecto, la prueba dejaría de ser en puridad una inspección y pasaría a ser un documento. La inmediación es un elemento necesario para esta clase de pruebas.

La posición jurisprudencial

La judicatura ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre el principio de intermediación y su aplicabilidad en el arbitraje. Sin perjuicio de ello, ha expresado que dicho principio forma parte del debido proceso que rige en el arbitraje.

En un caso, el demandante requirió la nulidad del laudo porque uno de los árbitros no participó en las “actuaciones probatorias” pues se incorporó en la etapa final del arbitraje (hubo una renuncia de un árbitro primigenio). Así:

OCTAVO: El demandante invoca la referida causal pues considera que el debido proceso ha sido afectado en lo relativo a la debida valoración de los medios probatorios (derecho fundamental a la prueba) por uno de los árbitros, ya que no participó de las actuaciones probatorias ni tuvo contacto con prueba alguna pues aun no había asumido la función del árbitro, no habiéndose concluido la etapa probatoria válidamente lo que ha ocasionado que se dicte un fallo no adecuado (SSC2 355-2013, pp. 7-8)

Lamentablemente, dicha parte no efectuó un reclamo expreso previo, por lo que dicho fundamento era improcedente. Sin embargo, la judicatura igual señaló que tal reclamo no podía ser estimado puesto que los medios probatorios involucrados eran documentos.

En efecto, el accionante afirma que por dicho cierre prematuro de la etapa procesal no se habrían valorado adecuadamente los medios probatorios consistentes en las guías de remisión y en la pericia grafotécnica que presentó, cuestionamiento que atañe directamente a la actividad de valoración probatoria que no puede ser objeto de revisión por esta instancia judicial, pero que además no resulta razonable en atención a la naturaleza de los medios probatorios implicados, de carácter documental, cuyo análisis y valoración no requiere de mayor actividad y que por lo mismo no se vieron afectadas por el cierre prematuro de la etapa probatoria, máxime si la misma parte ahora nulidisciente no solicitó en su momento actividad complementaria alguna con relación a dichos medios probatorios documentales, por lo que carece de sentido e implicancia práctica pretender retrotraer el estado del proceso arbitral. Por tanto debe desestimarse el recurso de anulación en este extremo (SSC2 355-2013, p. 9)

Si bien en estricto el reclamo fue descartado, el razonamiento judicial glosado permite inferir que el mismo podría haber sido estimado en caso las pruebas involucradas no hubiesen sido solo documentos.

En otro caso, la judicatura es más expresa al respecto: el principio de intermediación sí está insertado en el arbitraje.

Es de considerar que el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC que [...].

En ese contexto, el árbitro o los árbitros están obligados a emitir laudos de acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del Tribunal Arbitral encargado de emitir la resolución, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir el laudo, con razonamiento lógico jurídico suficiente y coherente (SSC2 144-2016, pp. 12-13).

En este pronunciamiento, la judicatura evidencia el fundamento detrás de la inserción del principio de inmediación: el debido proceso judicial. Observemos que la judicatura glosa la STC 6167-2005-PHC/TC, aquella que señala que *todas* las garantías del debido proceso se aplican al arbitraje. Así, aquí la judicatura comercial ha realizado el ejercicio de *replicación*.

Sin embargo, no existe ejercicio de *adaptación*. Según expusimos en el Capítulo II, la construcción del debido proceso arbitral en Perú sigue un método de replicación + adaptación. Se replica el debido proceso judicial para luego depurar aquellas nociones del mismo que no armonizan con el arbitraje. Precisamente, este último ejercicio es inexistente en este caso.

La imposición de la noción de inmediación del debido proceso judicial al arbitraje genera distorsiones. En un primer nivel, ello descartaría que las partes puedan adoptar un procedimiento exclusivamente escrito. Asumir la noción de inmediación propia del proceso judicial significaría que el procedimiento arbitral *necesariamente* debería incluir cierto componente oral, puesto que este es presupuesto necesario para el principio de inmediación. Luego, la libertad de las partes para diseñar el procedimiento quedaría severamente recortada.⁸²

En un segundo nivel, la libertad de los árbitros en materia probatoria se reduce. La forma en que estos se aproximan a la prueba estaría *condicionada* al respeto del principio de inmediación. La imposición del debido proceso judicial en su vertiente de inmediación sobre el arbitraje derivaría en una mayor rigidez en cuanto a la “actuación” de la prueba.

Para finalizar, los pronunciamientos glosados no constituyen una corriente jurisprudencial. Su número es mínimo, y ello descarta que esta sea una visión asentada y establecida por la jurisprudencia. Sin embargo, constituyen primeros indicadores preocupantes. Constituyen un primer peldaño para que, escalando sobre el mismo, se requiera la nulidad del laudo por afectación a la inmediación como parte del debido

⁸² Uno podría alegar que ello no es tan perjudicial, pues en la práctica arbitral la oralidad es una práctica extendida y parecen ser anómalos los casos en los que las partes adopten un procedimiento exclusivamente escrito. Sin embargo, el perjuicio radica en la mutilación a la libertad de las partes para diseñar el procedimiento. En nombre de concepciones de debido proceso judicial, el arbitraje, se afecta la esencia del arbitraje: la voluntad de las partes para escoger y aplicar dicha institución.

proceso; lo que permitiría a la jurisprudencia consolidar una postura en dicho sentido. Se trata, en resumen, de una *potencial* distorsión al debido proceso propio del arbitraje.

3.2.2.2. El principio de congruencia (decisiones *infra petita*)

Consideraciones generales

Los árbitros solo deben resolver aquellas disputas que se discuten en el arbitraje. Su competencia se restringe a los reclamos que las partes han planteado. Luego, la congruencia se refiere a la armonía entre lo que se discute y lo que se resuelve. En esa línea, debe contrastarse lo establecido en el convenio arbitral y las pretensiones por un lado (Born, 2014, pp. 3289-3295) y lo decidido por los árbitros, por el otro.

La inobservancia al principio de congruencia puede, en algunos casos, derivar en la anulación del laudo. Así, la LMU sanciona la nulidad del laudo cuando este “se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje” (artículo 34(2)(a)(iii)). Por su lado, la LAP establece como causal de anulación del laudo que “el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión” (artículo 63.1, literal d)).

Ahora bien, el fraseo de la LMU y de la LAP se refiere a casos en los que los árbitros resuelvan algo adicional o diferente a lo pedido. En otras palabras, la causal cubre supuestos de decisiones *ultra petita* y *extra petita* (Xiol, 2014, p. 818). Por contraste, la causal no cubriría supuestos de decisiones *infra petita* (Cantuarias, 2005, p. 208).

A nuestro juicio, ello tiene sentido por la *gravedad* de la afectación. Según expusimos, los árbitros solo tienen competencia para aquellos reclamos que las partes han planteado. Cualquier mandato de los árbitros que esté fuera de los linderos de su competencia es inválido pues representa una transgresión a los límites de su función. En tal sentido, un pronunciamiento *ultra petita* o *extra petita* sustrae de manera ilegítima a las partes de la vía ordinaria para la resolución de controversias: la vía judicial.

Por contraste, una decisión *infra petita* implica el incumplimiento de dar respuesta a algunos o todos los reclamos planteados por las partes.⁸³ Es decir, en los pronunciamientos *infra petita* el tribunal arbitral no excede su competencia. Sí, una decisión *infra petita* representa una violación a la misión asignada por las partes (Nyssen y Nataf, 2010, p. 792); sin embargo, no representa un atentado contra la competencia. Luego, la gravedad de la afectación se restringe al incumplimiento de su obligación contractual de resolver el caso; la gravedad de la afectación es, entonces, menor. Esto, incluso, está reconocido en la jurisprudencia local, pues la judicatura señala que resolver la controversia es una *prestación* de los árbitros. Así:

⁸³ Sin perjuicio de ello, se ha sostenido que los supuestos de decisiones *infra petita* también constituyen un exceso de autoridad, pues incluso en esos casos el tribunal arbitral está alterando el mandato que se le ha encargado, lo que está fuera de su competencia (Born, 2014, p. 3294).

No debe perderse de vista que la relación jurídica entre las partes y los árbitros tiene un enraizamiento contractual, en virtud de lo cual puede afirmarse que los árbitros son contratados por las partes para que resuelvan su controversia, de tal modo que la prestación de los árbitros (el pronunciamiento decisorio contenido en el laudo) supone por un lado una facultad que las partes le han conferido, pero a la vez una obligación que deben cumplir, ambivalencia que implica que ambas (facultad y obligación) se limitan recíprocamente; vale decir, los árbitros solo podrán resolver aquello que las partes les han encargado resolver, pero a la vez, están obligados a resolver todo aquello que les ha sido sometido a su decisión (SSC2 85-2017, p. 8).

Más aun, no parece adecuado que la consecuencia de no resolver todos los puntos sea la de anular los puntos sí resueltos. Por el contrario, sería idóneo que las partes inicien un nuevo arbitraje para la dilucidación de aquellos temas que quedaron pendientes (Delvolvé, Pointon y Roché, 2009, p. 251).

La posición jurisprudencial

A nivel judicial, el tratamiento de la incongruencia es diferente al que se da en el arbitraje. Expusimos que en el arbitraje —al menos a nivel local— el laudo puede invalidarse por pronunciamientos *extra petita* o *ultra petita*; más los casos *infra petita* no deberían afectar la validez del laudo. La situación es distinta a nivel judicial.

En el ámbito judicial, los vicios de incongruencia, sean de naturaleza *extra petita*, *ultra petita* o *infra petita* afectan la eficacia de la decisión judicial (Alvarado y Picado, 2010, p. 214). El principio de congruencia en el proceso judicial veda dichas manifestaciones, sin excepción (aunque el mecanismo para revertir un vicio *infra petita* no necesariamente sea el de nulidad de la resolución, sino más bien su subsanación en segundo grado mediante apelación, lo que por cierto no está usualmente previsto en la mayoría de reglas arbitrales sobre procedimiento).

Más aun, una decisión judicial *infra petita* representa un grave atentado contra el debido proceso. Según expusimos en el Capítulo II, el derecho de acceso a la justicia implica que la demanda sea atendida por un juez, el que no puede omitir su labor de administrar justicia. En el fondo, un pronunciamiento *infra petita* deriva en que el justiciable no puede obtener tutela jurisdiccional efectiva. Y es que permitir que el juez pudiese apartarse de lo pedido por las partes y no resolver haría que el proceso sea obsoleto (Garberí, 2009, p. 174).

Pues bien, en el tema concreto de anulación del laudo, la judicatura ha develado cierta tendencia a considerar que la causal del artículo 63.1, literal d), de la LAP cubre también supuestos de decisiones *infra petita*.

Al respecto, hemos encontrado seis pronunciamientos en los que la judicatura considera que una decisión *infra petita* puede derivar en la anulación del laudo. Veamos.

En dos pronunciamientos, la judicatura se limita a señalar que las decisiones *infra petita* atentan contra la congruencia y están cubiertos bajo la causal del señalado artículo 63.1, literal d) de la LAP.

CAUSAL D “QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL HA RESUELTO SOBRE MATERIAS NO SOMETIDAS A SU DECISIÓN”. Esta causal se refiere generalmente al supuesto en que el Tribunal o árbitro único se ha pronunciado sobre materias no sometidas a su decisión, es decir se trata de una vulneración al Principio de Congruencia en donde el laudo incurre en pronunciamientos denominados *extra petita* (concede algo diferente a lo solicitado), *infra petita* (concede menos de lo solicitado) y *supra petita* (concede más de lo solicitado) (SSC2 16-2012, p. 7).

SEGUNDO.- Con respecto a la invocada causal de anulación al haber laudado el Tribunal sobre materia no sometida a su decisión.

Esta causal se refiere generalmente al supuesto en que el Tribunal o Arbitro único se ha pronunciado sobre materias no sometidas a su decisión, es decir se trata de una vulneración al Principio de Congruencia en donde el laudo incurre en pronunciamientos denominados *extra petita* (concede algo diferente a lo solicitado), *infra petita* (concede menos de lo solicitado) y *supra petita* (concede más de lo solicitado) (SSC2 125-2013, p. 9).

En otros tres pronunciamientos, la judicatura señala que la congruencia proscribe los laudos *infra petita*, y que para combatir estos la parte puede recurrir al pedido post laudo respectivo y, en caso aquel no lograrse revertir la situación, a la demanda de anulación de laudo (SSC2 85-2017, pp. 8-9; SSC2 399-2015, p. 12; SSC2 397-2016, p. 10).

Sobre ello, en estos tres pronunciamientos, la judicatura desarrolla las razones de su posición:

De otro lado, [...] nuestro ordenamiento jurídico con base en el artículo 139 de la Constitución y su interpretación según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha enfatizado la naturaleza del arbitraje como jurisdicción especial que se ve sometida a los imperativos del debido proceso. Por tanto, debe aceptarse que si bien el arbitraje se rige por reglas especiales, comparte con el proceso judicial el principio de congruencia procesal, según el cual debe existir correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, vale decir, entre *petitum* y *decisum*.

Así, entonces, la congruencia se revela de modo manifiesto para el caso del arbitraje (SSC2 85-2017, p. 8, SSC2 399-2015, p. 11; SSC2 397-2016, p. 9).

A la luz de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, la judicatura refiere que este “comparte” con el proceso judicial al principio de congruencia, el que se entiende naturalmente como correspondencia entre lo que se pide y lo que se resuelve.

Estos cinco pronunciamientos analizan el tema de las decisiones *infra petita* de manera complementaria, pues en ninguno de ellos se demanda la anulación del laudo por dicho motivo. En realidad, solo hemos encontrado un caso en que ello se haya hecho y que la demanda haya sido declarada fundada. Así:

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que la primera pretensión deducida en la demanda arbitral solicitaba que el árbitro único se pronunciara sobre la nulidad de la resolución declarada por la entidad [...]

Por consiguiente, dado que en el laudo se resuelve la controversia existente entre las partes, según lo prevé el artículo 54 de la Ley, la falta de pronunciamiento sobre un extremo de la demanda vicia esta resolución arbitral, según lo establece el artículo 63.1.b del mismo cuerpo legal (SSC1 379-2011, pp. 7-9).

Se trata, como puede observar, de un caso particular, pues la nulidad se declara a través de la causal del artículo 63.1, literal b), de la LAP en vez de la correspondiente al literal d) de la misma norma.

Ahora bien, en efecto, el principio de congruencia no es exclusivo del proceso judicial, también está presente en el arbitraje. Sin embargo, el *error* de la posición jurisprudencial es que emplea el esquema de replicación, pero sin adaptación. La judicatura considera que el principio de congruencia “se revela de mundo manifiesto” para el arbitraje; pero no evalúa de qué manera la noción proveniente del ámbito judicial debería adaptarse a los caracteres propios del arbitraje.

Esta omisión de la tarea de adaptación hace que aspectos propios del debido proceso *judicial* se apliquen al arbitraje, pese a que ello resulte inadecuado. La *distorsión* se produce en cuanto a las consecuencias de una decisión *infra petita*. Esta, que bajo el marco normativo no deriva en la invalidez del laudo, sí lo hace bajo la posición jurisprudencia glosada.

Que una decisión judicial *infra petita* sea inválida tiene fundamento a la luz del debido proceso. En función al derecho constitucional de la parte de obtener una decisión que de respuesta a su pedido. En el arbitraje, la naturaleza “fundamental” de este derecho no existe. Las partes pagan a los árbitros para que estos resuelvan la controversia; y cuando estos no dan respuesta a todos los reclamos, se está frente a un incumplimiento contractual, no a una infracción constitucional.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario resaltar que este esquema no constituye una corriente jurisprudencial asentada. Ello por varias razones:

- Hemos expuesto un total de seis pronunciamientos. Se trata de una cifra reducida, insuficiente para hablar de una “corriente”.
- Los pronunciamientos glosados provienen, salvo uno, de un solo órgano (Segunda Sala Comercial). Es decir, en adición a ser un criterio reducido en términos numéricos, es casi exclusivamente propio de un solo cuerpo judicial.

- Los pronunciamientos abordan el tema de manera *tangencial*. Salvo uno, en los casos glosados no se demandó la anulación del laudo por un pronunciamiento *infra petita*.

Más aun, en otros casos, la judicatura da a entender que la causal del artículo 63.1, literal d) está restringida a casos de incongruencia por exceso —decisiones *extra petita* y *ultra petita*—.

EN LO CONCERNIENTE A LA SUPUESTA INCONGRUENCIA EN EL LAUDO:

Conforme lo dispone el numeral 01 artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071 [literal d)] [...].

Esto es lo que se conoce en la doctrina como incongruencia *extra petita* ó incongruencia por exceso, a diferencia de la incongruencia *infra petita* que se produce cuando los árbitros fallaron omitiendo resolver sobre alguna materia de su conocimiento, con la *extra petita* se pretende evidenciar que el Laudo se pronunció sobre materia no sometida a su controversia (SSC1 51-2018, p. 20; en casi idéntico sentido: SSC1 491-2017, pp. 19-20; SSC1 358-2016, pp. 9-10; SSC1 271-2016, p. 5; SSC1 201-2014, p. 9; SSC1 286-2014, p. 9).

Por ello, aquí, más que una efectiva distorsión, lo correcto es aludir a una contingencia de distorsión. No existe una posición uniforme adoptada por la judicatura en torno a este tema. Luego, a futuro, es posible que la judicatura tienda a consolidar la postura de sancionar con nulidad del laudo a los casos de decisiones *infra petita*.

En resumen, existe una contingencia en cuanto al control de la validez de laudos sobre su congruencia. Este control, bajo la LAP, está restringida para decisiones *ultra petita* y *extra petita*; pues en dichos casos se supera la competencia arbitral, y por tanto en esos casos el laudo podrá ser declarado inválido.

Sin embargo, para las decisiones *infra petita*, no existe desde el arbitraje una justificación para anular el laudo. Dichas decisiones no atentan contra la competencia arbitral y constituyen en esencia un nudo incumplimiento contractual de los árbitros. Aquí, la jurisprudencia ha dado señales de aplicar la noción de congruencia *judicial* para imponer la consecuencia propia del ámbito judicial (invalidez) al arbitral. En esencia, se trata de una potencial distorsión generada por el debido proceso judicial.

4. Balance

La revisión íntegra a la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima en el período 2009-2018 nos permite hacer un análisis del concepto real del debido proceso arbitral local.

De entrada, debemos tener en cuenta que los pronunciamientos judiciales sobre el arbitraje constituyen uno de los “índices más expresivos para comprobar el verdadero perfeccionamiento del arbitraje privado” (Verdera Tuells, Fernández Rozas y Stampa

Casas, 2013, p. 2). La manera en que los jueces asisten a y controlan el arbitraje permite conocer de qué forma se desenvuelve el arbitraje en una jurisdicción específica.

En efecto, el marco legislativo por sí mismo resulta insuficiente para evaluar cómo se desenvuelve el arbitraje en una sede específica. La ley de arbitraje puede ser moderna, flexible y sin embargo ello no quita que la jurisprudencia pueda insertar elementos *ajenos* al arbitraje. En términos gráficos, la ley podría ser una réplica de la LMU y sin embargo el arbitraje local podría estar lleno de prácticas propias de la dinámica judicial.

Por ello, a continuación, desarrollaremos dos temas: (a) la noción de debido proceso arbitral *para las cortes*; y (b) las consecuencias de dicha noción en la práctica arbitral.

4.1. El debido proceso arbitral para las cortes locales

El debido proceso judicial no es igual al debido proceso para el arbitraje. Repetimos una vez más esta premisa por su importancia. El debido proceso para el arbitraje debe armonizar con las características propias de dicha institución. El ejemplo reiterado hasta el cansancio está en la pluralidad de instancias: esta es imperativa en el proceso judicial, pero aplicarla forzosamente en el arbitraje atentaría gravemente contra esta última.

A nivel local, la construcción del concepto de debido proceso arbitral sigue un esquema metodológico criticable: replicación + adaptación. Dicho esquema nos parece inadecuado, pues genera un margen de riesgo para que la judicatura (i) se quede en la labor de replicación; o (ii) no realice una adecuada labor de adaptación. Lo ideal, según expusimos en el Capítulo II, es que la noción de debido proceso arbitral se construya en perspectiva comparada, empleando al debido proceso judicial como una referencia (y no como una base indesplazable).

Al respecto, una revisión completa del universo de sentencias de las Salas Comerciales de Lima en el período 2009-2018 denota que sí existen distorsiones generadas por el debido proceso arbitral. Sin embargo, el fenómeno es principalmente *localizado*, restringido a un tema en específico (motivación), pues fuera del mismo solo existen algunas proyecciones adicionales en otros ámbitos.

4.1.1. Naturaleza localizada del fenómeno de judicialización

La motivación en el arbitraje se ha visto afectada por elementos propios de la motivación para el debido proceso judicial. Según expusimos en 3.2.1., el *estándar* de la motivación arbitral, que es bastante bajo en sentido teórico, ha sido equiparado a la medida aplicable para la motivación judicial.

Pues bien, es pertinente destacar que este fenómeno puede considerarse, en términos generales, como la única distorsión real para el arbitraje generada por el debido proceso judicial. El fenómeno de judicialización del debido proceso arbitral está *localizado* en este tema.

Las estadísticas sobre el proceso de anulación de laudo denotan que el cuestionamiento a la motivación del laudo se ha configurado en la práctica como el principal fundamento para impugnar el laudo (67.96%). Su preponderancia está fuera de discusión.

Enlazado a ello, no hemos encontrado que la judicatura haya tratado algún otro tema con la misma preponderancia que el de la motivación. Sí, es indiscutible que la judicatura no elige qué temas tratar, y que sus pronunciamientos responden a lo solicitado por las partes. Sin embargo, ello no quita que, sea cual sea la razón, la distorsión al debido proceso arbitral esté focalizada en el tema de la motivación del laudo.

Por lo tanto, podemos concluir razonablemente que el debido proceso judicial no ha generado numerosas distorsiones en distintos aspectos del arbitraje. En otras palabras, no se trata de un fenómeno *extendido*. Se trata de un fenómeno localizado en la motivación e *intenso* en dicho aspecto. Fuera del mismo, es razonable considerar que las cortes asignan un tratamiento adecuado al arbitraje. El debido proceso judicial no altera o repercute de forma material en otros aspectos del arbitraje.

Sin perjuicio de lo expuesto, este fenómeno específico es preocupante por una razón especial: la total *inaplicación* de la LAP. En efecto, que las cortes judiciales efectúen un control de la motivación del laudo bajo los estándares de la motivación judicial significa un claro y flagrante incumplimiento al artículo 62.2 de la norma glosada, que señala:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Hacemos la cita literal a efectos de apreciar, en las propias palabras del artículo, la claridad de la disposición establecida. La LAP prohíbe *enfáticamente* a los jueces ingresar a evaluar la motivación. La aplicación del artículo 62.2 de la LAP haría que la motivación del laudo solo deba evaluarse en cuanto a su existencia; y no en cuanto a su lógica y suficiencia, lo que es propio para la motivación de decisiones judiciales.

La judicatura decidió ignorar dicha disposición.

La jurisprudencia fundamenta el control judicial de la motivación en la aplicabilidad de dicho concepto en su vertiente judicial al arbitraje. Sin embargo, en dicha fundamentación no se da ningún sustento expreso que permita entender por qué el artículo 62.2 de la LAP es inaplicado.

Sí, uno puede suponer razonablemente que la inaplicación de dicha norma se debe a que, a los ojos de la judicatura, la misma colisiona con disposiciones de naturaleza

constitucional, las que imponen diversas garantías propias del proceso judicial al arbitraje. Sin embargo, la judicatura tendría que haber explicado ello.

Sea como fuere, la posición de la judicatura permite considerar que el marco legislativo de arbitraje no otorga seguridad jurídica suficiente. En efecto, que la judicatura se aleje, sin dar explicaciones expresas, de una disposición tan clara como la del artículo 62.2 de la LAP significa que también podrían hacerlo en cuanto a otras disposiciones. Por lo tanto, el atractivo de Perú como plaza para arbitrar se reduce, pues los practicantes de arbitraje tendrán en cuenta el margen de riesgo derivado de la contingencia de que las cortes puedan alejarse incluso de disposiciones expresas de la ley de arbitraje.

4.1.2. Proyecciones a futuro y balance final

La construcción de una noción completa de debido proceso para el arbitraje es una tarea pendiente a nivel local. Por el lado de la judicatura, ello es comprensible en tanto esta solo podrá desarrollar aquellos conceptos que estén enlazados a los reclamos que le sean planteados en vías de control de o asistencia para el arbitraje.

Así, la construcción de la jurisprudencia es, por fuerza, *reactiva*. Esto es muy relevante a la hora de hacer un balance integral de la situación del debido proceso en el arbitraje y las posibles distorsiones que dicho concepto puede sufrir.

Hemos glosado en esta investigación distorsiones materializadas (motivación) y potenciales (nociones de intermediación y decisiones *infra petita*). Pues bien, ello no significa que estemos descartando, a futuro, que puedan darse variaciones adicionales para otros elementos del debido proceso arbitral.

Sin embargo, es necesario considerar que el tratamiento jurisprudencial de arbitraje, en líneas generales, ha sido correcto. A la luz de la jurisprudencia presente, parece difícil considerar que a futuro se puedan producir serias distorsiones al arbitraje por la inserción de nociones “judiciales”.

En resumen, el balance de la actuación de la jurisprudencia sobre anulación de laudo es, en cierto sentido, favorable.

Primero, la inserción del debido proceso judicial en el arbitraje no viene de una voluntad arbitraria de las Salas Comerciales, sino que más bien se debe a la adopción —por el TC— de un esquema metodológico problemático (replicación + adaptación). No es razonable cuestionar a las Salas Comerciales por el empleo de un sistema que le viene impuesto.

En segundo lugar, la judicatura ha desarrollado ciertas líneas que hacen *predecible* su control judicial. Incluso en un tema tan ambiguo como la motivación, según expresamos, la revisión de la jurisprudencia denota que esta maneja categorías relativamente definidas, lo que contribuye a la estabilidad en cuanto al nivel del control judicial.

En tercer lugar, una revisión integral a la jurisprudencia denota que esta tiene presente que la afectación debe ser *material* para que se justifique la anulación del laudo. Este tema es de máxima importancia para el arbitraje: una verificación formal del vicio, sin atender a si este generó perjuicios significativos, sería sumamente perjudicial para el arbitraje.

En resumen, el debido proceso en el arbitraje, bajo la concepción de la judicatura, armoniza en líneas generales con la correcta comprensión de dicho concepto.

4.2. Las consecuencias en la práctica arbitral

El control judicial de laudos tiene un impacto en la práctica arbitral. Por ejemplo, si una materia X es considerada inarbitrable por la judicatura, es posible que los árbitros estén inclinados a dictaminar lo mismo en posteriores casos; lo contrario implicaría asumir un riesgo de anulación de laudo.

En el campo del debido proceso, el fenómeno es usualmente conocido como *due process paranoia*. La dinámica del mismo es simple: ante el reclamo de una parte sobre un tema procedimental, los árbitros temerán que dicho reclamo pueda luego ser empleado para cuestionar el laudo, por lo que serán proclives a estimar el mismo (Berger y Jensen, 2017, p. 73).

En el arbitraje local, ¿existe *due process paranoia* generada por la jurisprudencia sobre anulación por motivación? ¿qué elementos o aspectos del debido proceso se han visto alterados o desarrollados en extremo por los árbitros a efectos de evitar la anulación del laudo?

4.2.1. Las consecuencias en la motivación de los laudos

En teoría, tiene sentido que ante la anulación de laudos por vicios en la motivación, los árbitros respondan motivando de manera más extensiva sus laudos. Es decir, que la extensión y detalle de la motivación se incremente en líneas generales.

Sin embargo, no existe evidencia suficiente para corroborar tal planteamiento. En realidad, los indicadores estadísticos señalan que el porcentaje de éxito de anulación por motivación se mantiene año a año.

Porcentaje de éxito de sentencias de anulación (que evalúan motivación) emitidas por año:

2018: 13.5% (25 de 185 sentencias).

2017: 16.8% (42 de 250 sentencias).

2016: 9.3% (7 de 75 sentencias).

2015: 17.7% (22 de 124 sentencias).

2014: 14.4% (14 de 99 sentencias).

2013: 10.9% (11 de 101 sentencias).

Alegar que la posición jurisprudencial sobre anulación por motivación deriva en que los árbitros emitan motivaciones más extensas significa que el porcentaje de éxito de la demanda de anulación por motivación debería reducirse. Sin embargo, las cifras no denotan reducción material alguna; si bien la variabilidad es alta, es claro que la proporción de casos exitosos de anulación se mantiene constante.

Esto permite postular que el medio arbitral no ha “sobrerreaccionado” ante el criterio jurisprudencial consistente en evaluar no solo la existencia de motivación, sino también si la misma es lógica y suficiente.

Si bien no hemos tenido acceso a los laudos, sino solo a las sentencias judiciales de anulación, parece razonable postular que no ha existido una saturación o recarga en la motivación de las decisiones arbitrales. Dicha hipotética reacción, consideramos, habría tenido un impacto en el porcentaje de laudos anulados por cuestiones de motivación.

Por lo tanto, esto permite razonablemente afirmar que la comunidad arbitral no se ha visto particularmente afectada por la corriente jurisprudencial de revisión de la motivación. Es razonable considerar que los árbitros resuelven controversias y exponen sus razones (motivación) sin caer en un ejercicio de extrema exhaustividad.

4.2.2. Las consecuencias en otros aspectos del debido proceso

Según expusimos en 1.2., la motivación tiene un papel preponderante como fundamento para requerir la anulación del laudo. Pues bien, resulta importante evaluar qué sucede con los restantes temas o aspectos que están cubiertos por el debido proceso y pueden servir para demandar la anulación de un laudo.

Según expusimos en el Capítulo II, la motivación integra el principio general de oportunidad razonable para presentar una posición. Sucede que, fuera del tema de la motivación, ningún otro tema específico del mencionado principio ha merecido especial consideración o ha tenido rol significativo alguno como sustento para requerir la nulidad de un laudo.

Una revisión a la jurisprudencia de anulación de laudo denota que cuando el demandante requiere la nulidad bajo las causales del artículo 63.1, literal b) o literal c), lo hace por cuestiones de motivación del laudo. Esto es importante, pues denota que solo en un porcentaje *mínimo de casos* (aproximadamente 10%) el vicio sobre debido proceso no consiste en un tema de motivación del laudo.

Los particulares no suelen demandar la anulación del laudo por transgresiones al principio de igualdad, de imparcialidad, de notificación o de defensa. Esto permite sostener que tales principios son raramente violados en un procedimiento arbitral, *pues de lo contrario la proporción de demandas por estos temas sería mucho mayor.*

A nuestro criterio, esto parecería responder a dos razones concatenadas: el (i) costo usualmente mínimo de satisfacer los lineamientos generales de dichos principios; y (ii) la atribución de los árbitros de subsanar por sí mismos los vicios que pudieran acaecer en el procedimiento arbitral.

Antes que nada, si bien es una obviedad, debemos considerar que, en Perú, una parte considerable de los árbitros tienen conocimiento y habilidades sobre el derecho procesal en general, pues practicaron previamente en el ámbito del litigio judicial. Es razonable considerar que estos árbitros, al relacionarse con los restantes, derivaron en que la generación actual de árbitros locales tenga un manejo al menos adecuado de las nociones principales del debido proceso.

En otras palabras, un grupo de árbitros tiene experiencia en el debido proceso *judicial*; y esto hace que los restantes árbitros se vean indirectamente enriquecidos con tal experiencia. En cualquier escenario, con o sin experiencia en proceso judicial, es sólido considerar que un abogado tiene un entendimiento adecuado de las nociones básicas del debido proceso.

En ese contexto, la observancia del principio de oportunidad razonable para presentar una posición representa un costo o esfuerzo mínimo para los árbitros. De entrada, como cualquier abogado, los árbitros manejan una noción básica suficiente del debido proceso. Sobre tal base, para los árbitros, otorgar a ambas partes la oportunidad de pronunciarse en una audiencia, poner en conocimiento los escritos de la contraparte, admitir e incorporar las pruebas, entre otros temas, no constituyen actos de especial onerosidad.

Así, garantizar a las partes el derecho de defensa resulta una tarea que es sencilla de cumplir para los árbitros.

Pero no solo se trata de una tarea sencilla de cumplir, sino que además los árbitros, en caso de que efectivamente se equivocasen, pueden *subsanar* los errores que cometieron. Por ejemplo, si los árbitros omitieron poner a conocimiento de una de las partes el informe pericial complementario que presentó el perito de oficio, podrán reparar la situación enviando el informe y otorgando las extensiones de plazo u otras medidas complementarias que sean necesarias para que la parte no se vea afectada por tal omisión inicial.

Al respecto, los árbitros tienen un evidente incentivo para cautelar el respeto al debido proceso: evitar la anulación del laudo. Por lo tanto, resulta difícil considerar que los árbitros no tendrán la inclinación a reparar por su cuenta cualquier vicio que pudiera acaecer dentro del procedimiento.

En este tema, el reclamo expreso previo requerido para demandar la anulación cumple un rol importante. Dicho concepto impone el deber a las partes de invocar ante los árbitros cualquier vicio que se haya generado, lo que efectivamente da una oportunidad efectiva y real a estos para subsanar tales vicios. Es virtualmente

imposible que un vicio llegue a conocimiento de los jueces sin que los árbitros hayan tenido oportunidad de subsanarlo.

Precisamente, la motivación del laudo tiene una dinámica distinta. El cuestionamiento a la motivación del laudo solo puede hacerse, por lógica, después de emitido el laudo. Luego, aun en el hipotético caso de que el defecto de motivación efectivamente exista, este difícilmente podrá ser subsanado por los árbitros. Es razonable considerar que la preponderancia del cuestionamiento a la motivación como fundamento de una demanda de anulación se deba precisamente a que otras clases de vicios procedimentales usualmente se solucionan dentro del procedimiento.

5. Colofón

La relación entre la judicatura y el arbitraje es esencial para que este último pueda constituir una herramienta exitosa en la solución de conflictos.

Los jueces, especializados en el campo del derecho procesal, deben tener *y tienen* cuidado al ejercer su control sobre el arbitraje. Arbitraje y proceso judicial son mecanismos similares, pero no iguales y mucho menos idénticos. La imposición de nociones propias del proceso judicial al arbitraje puede resultar dañino para esta última.

Nuestra intención no es defenestrar todo aquello que provenga del derecho procesal. La cercanía entre proceso civil y arbitraje es innegable, y una puede inspirarse en el desarrollo de la otra para dar mejores soluciones a los problemas que enfrente. Así:

La vecindad aludida hace permisible que -una vez recorridas las fuentes procesales del arbitraje [...] - tengan la libertad los árbitros de inspirarse en una norma propia del proceso judicial que proporcione una solución lógica y apropiada a las circunstancias para resolver el problema jurídico que tengan entre manos (Santistevan de Noriega, 2008, pp. 57-58).

Sin embargo, la aplicación de nociones del proceso civil *debe ser voluntaria*. Debe responder a la libertad de las partes o de los árbitros para aplicar tales conceptos. Precisamente, el problema de una noción de debido proceso judicial pasa por su imperatividad; luego, su inserción en el arbitraje distorsiona un elemento central de este: la libertad para diseñar el procedimiento.

Por lo tanto, el esquema normativo del arbitraje en Perú, que parte de la *constitucionalización* del arbitraje, representa una potencial contingencia de alteración e imposición de rigidez sobre el procedimiento arbitral. En cualquier escenario, según reconoce el propio Tribunal Constitucional, las nociones del debido proceso judicial deben aplicarse al arbitraje respetando el contenido esencial de esta institución.

En resumen, el debido proceso judicial ha generado ciertas incorrectas variaciones en el procedimiento arbitral. Sin perjuicio de ello, tales variaciones están virtualmente restringidas a un solo tema (motivación del laudo). Una distorsión localizada que constituye una excepción, pues fuera de la misma la judicatura ha desplegado un

correcto control del arbitraje, garantizando así su buen funcionamiento. El arbitraje no se ve desnaturalizado por el control judicial que ejercen las cortes sobre el mismo.



CONCLUSIONES

- 1) El proceso de anulación de laudo constituye la principal vía de control judicial del arbitraje. En el Perú, esta vía es imperativa, constituye un proceso impugnatorio autónomo (no es un recurso) dirigido a declarar la invalidez de laudos. Este proceso, por cierto, es especial, pues se configura por una sola instancia, más la disponibilidad del recurso de casación solo contra decisiones que declaren inválido el laudo.
- 2) La procedencia de la demanda está sujeta al cumplimiento de dos requisitos principales: el plazo y el reclamo expreso previo. El primero es de esencial importancia, pues su longitud tiene un impacto en cuanto al momento en que el laudo queda consentido. El segundo, por su lado, constituye un requisito que garantiza que las partes actúen de buena fe en el arbitraje y que este tenga la oportunidad de resolver los vicios que acaecen dentro de sí.
- 3) El debido proceso en el arbitraje constituye una manifestación específica de la justicia procedimental. Esta se refiere al conjunto de reglas que permitan un resultado correcto en cuanto a actividades en las que confluyen distintos intereses. La justicia procedimental, por cierto, también da origen al debido proceso judicial —aunque este tiene aspectos que son ajenos a aquella—.
- 4) El contenido nuclear del debido proceso arbitral se conforma por cuatro principios: igualdad, imparcialidad e independencia, debida notificación del caso y oportunidad razonable para presentar una posición.
 - El principio de igualdad deriva en que las partes deban recibir el mismo tratamiento. Un procedimiento arbitral inclinado a favor de alguna de las partes invalida la decisión final del procedimiento.
 - Los principios de imparcialidad e independencia derivan del principio de igualdad. La imparcialidad e independencia se dirigen a garantizar que los árbitros sean objetivos y por tanto resuelvan el caso exclusivamente en función a los caracteres de este.
 - El principio de debida notificación asegura que todo aquel sujeto involucrado en el caso tome conocimiento del mismo. Ello es esencial para que estos puedan presentar su postura en torno al caso.
 - El principio de oportunidad razonable para presentar una posición otorga a las partes la atribución de accionar, alegar, probar y defenderse. Se trata de que cada parte sea escuchada y en función a ello los árbitros den una respuesta final a la controversia.
- 5) A nivel local, el TC ha establecido que el concepto de debido proceso para el arbitraje debe construirse bajo un esquema de replicación (del debido proceso

judicial) + adaptación. La posición es criticable pues no es idóneo trabajar sobre una noción distinta; lo ideal está en que el concepto se construya desde cero, en visión comparada —se puede tomar como referencia al debido proceso judicial—.

- 6) Esta investigación tuvo por objeto determinar de qué manera la noción de debido proceso judicial ha impactado en el arbitraje. En específico, la hipótesis manejaba tres temas concretos.
- 7) En primer lugar, se ha verificado que la afectación al debido proceso es el fundamento más invocado para demandar la anulación de un laudo. Sin embargo, los casos en su mayoría se refieren a una manifestación concreta del debido proceso: la motivación del laudo. Esta realidad estadística denota que un tema preponderante en el control judicial sobre el arbitraje pasa por el respeto de este al debido proceso (focalizado en una vertiente de esta noción).
- 8) En segundo lugar, nuestra hipótesis inicial consideraba que el reclamo expreso previo, requisito de procedencia para la demanda de anulación, había sido levantado para casos de afectación al debido proceso. Ello, naturalmente, hubiese resultado injustificado y hubiese configurado una distorsión material generada por dicha noción. Sin embargo, la revisión de la jurisprudencia ha denotado que la inexigibilidad del reclamo expreso previo se está aplicando en casos en que este no lograría revertir el vicio —en esencia, cuestionamientos a la motivación del laudo—.

En realidad, la posición de la judicatura resulta acertada. La esencia de la figura de reclamo expreso previo, que deriva de la renuncia a objetar, consiste en reclamar para lograr revertir. Sin embargo, cuando el vicio radica en la motivación del laudo, no hay forma de revertir tal vicio.

Exigir un reclamo expreso previo por vicios en la motivación tiene tanto sentido como exigir que después de acabado un procedimiento contencioso administrativo, el administrado deba informar a la Administración que recurrirá a la vía judicial. Por lo tanto, este alejamiento de lo prescrito en la norma es, en realidad, juicioso.

- 9) En tercer lugar, la noción de debido proceso judicial ha generado variaciones en el estándar de exigibilidad de motivación. Por regla general, si las partes acuerdan que el laudo esté motivado, la judicatura debe solo limitarse a verificar que exista una motivación. La judicatura no debería ingresar a evaluar si la motivación es lógica, suficiente o congruente, pues ello trasciende el acuerdo de las partes y además representa una violación a la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo, existe una ya asentada corriente jurisprudencial que considera que la motivación del laudo debe ser lógica, suficiente y congruente. Aquí, la

judicatura aplica el estándar de motivación de decisiones judiciales. Ello es errado, pues el mismo genera distorsiones para el arbitraje.

- 10) En adición a ello, la jurisprudencia ha dado señales iniciales de manejar conceptos propios del debido proceso judicial en cuanto a dos temas: intermediación y decisiones *infra petita*. En el primero, este principio que es imperativo en el proceso judicial no tiene dicha calidad en el arbitraje; sin embargo, la judicatura está dando a entender que sí lo tiene.

En el segundo, las decisiones *infra petita* no constituyen fundamento para pedir anulación de laudo bajo la LAP; sin embargo, ciertos pronunciamientos judiciales señalan que dicho tema sí podría constituir un fundamento. La razón de dicha distorsión radicaría en que para el plano judicial las decisiones *infra petita* sí permiten cuestionar la validez de la decisión. Es decir, la distorsión se debe a la aplicación de un esquema propio del debido proceso judicial.

- 11) Es necesario considerar que, fuera del cuestionamiento a la motivación del laudo, ningún otro aspecto enlazado al derecho de defensa tiene un rol preponderante en la práctica como fundamento de anulación del laudo. Es razonable considerar que los árbitros en Perú manejan de manera adecuada las nociones básicas del debido proceso; y en específico, tienen presente que el derecho de defensa es vital para la tramitación justa del procedimiento.

Pero además, el “costo” que debe asumir el tribunal arbitral para garantizar el derecho de defensa suele ser mínimo. Es sólido sostener que es relativamente sencillo asegurarse de que las partes tengan la misma oportunidad para alegar en audiencias, que tengan conocimiento de los escritos presentados por la contraparte, que tengan los mismos plazos para defenderse, etc.

Asimismo, los árbitros tienen la atribución de subsanar los vicios que se originen en el procedimiento. Esto significa que si alguna de las partes denuncia un vicio, los árbitros podrán tomar las medidas necesarias para suprimirlo. De esta manera, es menos probable que un vicio procedimental llegue a conocimiento de los jueces, pues usualmente serán los árbitros quienes se encargarán de eliminar tales vicios y de evitar por lo tanto afectaciones al debido proceso.

- 12) Precisamente, un aspecto particular del cuestionamiento a la motivación del laudo es que este no puede ser abordado y resuelto por los árbitros. Los árbitros no pueden, salvo cuestiones de pedidos post laudo, hacer modificaciones materiales a la motivación del laudo y a la decisión a la que llegaron. Es lógico considerar que la motivación es un fundamento preponderante para demandar la anulación debido a que dicho tema no puede ser subsanado dentro del procedimiento arbitral.

- 13) En conclusión, el debido proceso judicial altera un solo tema del arbitraje: la motivación del laudo. Sin embargo, no se puede afirmar que esto haya tenido

repercusiones materiales en la forma en que los practicantes de arbitraje se desenvuelven.



BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

- Abedian, H. (2011). Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration. A Case for an Efficient System of Judicial Review. *Journal of International Arbitration*, 28(6), 589-626.
- Aguilar, G. & Reisman, M. (2008). *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Aimoré, M. (2016). Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability. *Revista Brasileira de Arbitragem*, XIII, 49, 82-109.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (2000). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alonso, J. M. (2006). La independencia e imparcialidad de los árbitros. *Revista Peruana de Arbitraje*, 2, 97-106.
- Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (2º ed.) (Tomo I) . Buenos Aires: Ediar.
- Alva Navarro, E. (2011). *La anulación del laudo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- Alvarado, A. & Picado, C. (2010). *Lecciones de derecho procesal civil*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Álvarez Miranda, E. & Muñoz Hernández, G. (2012). La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen XXI, pp. 19-44.
- Aramburú, M. (2011). Comentario al artículo 58. En Carlos Soto y Alfredo Bullard (eds.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (vols. 1-2). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 659-669.
- Ariano, E. (2013). Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad “objetiva” del juzgador: un tema para el debate. *Athina*, 10, 107-125.
- Ariano, E. (2014). Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil. *Themis*, 66, 329-336.

- Arrarte, A. (2001). Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia. *Themis*, 43, 53-68.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Avendaño, J. L. (2010). El interés para obrar. *Themis*, 58, 63-69.
- Barrett-Howard, E. & Tyler, T. R. (1986). Procedural Justice as a Criterion in Allocation Decisions. *Journal of Personality and Social Psychology*, 50(2), 296-304.
- Berger, K. P. & Jensen, J. O. (2017). Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbor for procedural management decisions by international arbitrators. *Revista Brasileira de Arbitragem*, XIV(54), 73-94.
- Besson, S. (2006). Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 24(3), 395-416.
- Black, H. (2004). *Black's Law Dictionary* (8° ed). Saint Paul: West Publishing.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6° ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Bobocel, R. & Gosse, L. (2015). Procedural Justice: A Historical Review and Critical Analysis. En Russel S. Cropanzano y Maureen L. Ambrose (eds.). *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*. Oxford: Oxford University Press, pp. 51-89.
- Böckstiegel, K. (2001). Presenting Evidence in International Arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 16(1), 1-9.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2° ed.). Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Briseño, H. (1969). *Derecho procesal* (tomo I). Ciudad de México: Cárdenas Editor.
- Bullard, A. (2011). Comentarios al artículo 56. En Carlos Soto y Alfredo Bullard (eds.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (vols. 1-2). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 611-636.
- Bullard, A. (2012a). El control judicial del arbitraje. En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010* (pp. 23-38). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- Bullard, A. (2012b). El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación. *Derecho y Sociedad*, 38, 17-31.

- Bullard, A. (2013). “No cometeras actos impuros”. El orden público y el control judicial del laudo arbitral. *Themis*, 63, 185-200.
- Campos, H. (2019). Apuntes respecto de la procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación del laudo en el ordenamiento jurídico peruano. En Sergio García Long (ed.). *Derecho de Arbitraje: Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 259-306). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cantuarias, F. (2002). Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral. *Cuadernos Jurisprudenciales*, 17.
- Cantuarias, F. (2005). Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje. *Ius Et Veritas*, 30, 203-209.
- Cantuarias, F. (2006). La motivación del laudo arbitral. *Revista de Economía y Derecho*, 11, 67-75.
- Cantuarias, F. (2007). *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Cantuarias, F. (2009). Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos. *Revista Peruana de Arbitraje*, 9, 69-79.
- Cantuarias, F. (2020). *Consulta*. [correo electrónico].
- Cantuarias, F. & Aramburú, M. (1994). *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Puente.
- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: EJEA.
- Caron, D. D. & Caplan, L. M. (2013). *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Uteha.
- Carnelutti, F. (1973). *Instituciones del proceso civil* (Santiago Sentís Melendo, trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Cavalli, M. C. & Quinteros, L. G. (2010). *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Madrid: Reus.
- Cavani, R. (2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de derecho procesal civil* (José Casáis y Santaló, trad.). Madrid: Reus.

- Chiovenda, G. (1949). *Ensayos de derecho procesal civil* (Santiago Sentís Melendo, trad.) (Tomo II). Buenos Aires: EJEA.
- Clay, T. (2001). *L'arbitre*. Paris. Dalloz.
- Conejero, C. (2005). La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 32(1), 89-138.
- Cordón, F. (2005). *El Arbitraje de Derecho Privado: Estudio Breve de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje*. Navarra: Cizur Menor.
- Dal, M. (2019). National report for Belgium (2019). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, 104, 1-57.
- Dasser, F. & Wójtowicz, P. (2016). Challenges of Swiss Arbitral Awards – Updated and Extended Statistical Data as of 2015. *ASA Bulletin*, 34(2), 280-300.
- De Jesús, A. (2008). La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. En *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet* (pp. 213-260). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Delvolvé, J., Pointon, G. H. & Rouché, J. (2009). *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration* (2º ed.). La Haya: Wolters Kluwer.
- Denny, A. (2003). Procedural fairness in competitions. *Judicial Review*, 8(4), 228-234.
- Derains, Y. & Kiffer, L. (2018). National report for France (2013 through 2018). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, 99, 1-98.
- Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Dezalay, Y. & Garth, B. G. (1996). *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: University of Chicago.
- Eberle, E. J. (1987). Procedural due process: The original understanding. *Constitutional Commentary*, 4(2), 339-362.
- Eisner, I. (1963). *La intermediación en el proceso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Eisemann, F. (2017). La clause d'arbitrage pathologique. *Revista Brasileira de Arbitragem*, XIV(53), 162-189.

- Ezcurra, H. (2011). Comentario al artículo 11. En Carlos Soto y Alfredo Bullard (eds.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (vols. 1-2). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 136-143.
- Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría General del Derecho Procesal*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Fernández, J. C. (2007). Arbitraje y justicia cautelar. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XXII, 23-60.
- Fouchard, P. (1996). Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française. *Revue de l'Arbitrage*, 1996(3), 325-372.
- Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J. (1999). *Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration*. La Haya: Wolters Kluwer.
- Garberí Llobregat, J. (2009). *Constitución y derecho procesal*. Madrid: Civitas.
- Gessel-Kalinowska, B. (2017). UNCITRAL Model Law: Composition of the Arbitration Tribunal Re-considering the Case upon Setting Aside of the Original Arbitration Award. *Journal of International Arbitration*, 34(1), 17-34.
- Golvan, G. H. (1995). Post Award Litigation - The Involvement of the Arbitrator. *Australian Construction Law Newsletter*, 42, 8-10.
- Goldman, B. (1984). The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective. En *60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future*. Paris: ICC, pp. 257-282.
- Gomez-Acebo, A. (2016). *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- González-Bueno, C. (2014). Ley de Arbitraje, Artículo 23 [Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares]. En Carlos González-Bueno (ed.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (pp. 415-442). Madrid: Consejo General de Notariado.
- González de Cossío, F. (2008). Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Un ejercicio del balance químico. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 509-525.
- González de Cossío, F. (2014). *Arbitraje* (4º ed.). Ciudad de México: Porrúa.
- González de Cossío, F. (2015). Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach. *Arbitration International*, 32(1), 17-27.
- Gozaíni, O. A. (2004). *Derecho Procesal Constitucional. El Debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Grey, T. C. (1977). Procedural fairness and substantive rights. *Nomos*, 18, 182-205.
- Harris, B., Planterose, R. & Tecks, J. (2003). *The Arbitration Act 1996 – A commentary* (4^o ed.). Oxford: Blackwell.
- Helm, R. K., Wistrich, A. J. & Rachlinski, J. J. (2016). Are Arbitrators Human? *Journal of Empirical Legal Studies*, 13(4), 666-692.
- Henry, M. (2001). *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*. Paris: LGDJ.
- Hilgard, M. C. (2017). Arbitrators' Duties of Confidentiality. *Yearbook on International Arbitration*, 5, 49-62.
- Hinojosa, R. (2016). Sobre la legitimación del árbitro y de las instituciones arbitrales en el proceso de anulación. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, IX(3), 839-845.
- Holtzmann, H. & Neuhaus, J. (1989). *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary*. Michigan: Wolters Kluwer.
- Hwang, M., Chung, K. & Cheng, F. L. (2008). Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties. En Arthur W. Rovine (ed.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2007*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- ICSID (2019). *The ICSID Caseload – Statistics*. Recuperado de: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf)
- Jarroson, C. (1987). *La notion d'arbitrage*. Paris: Bibliotheque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
- Jolles, A. (2006). Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement. *Arbitration*, 72, 329-338.
- Jurow, K. (1975). Untimely thoughts: reconsideration of the origins of due process of law. *American Journal of Legal History*, 19(4), 265-279.
- Kerr, M. (1985). Arbitration and the Courts: The Uncitral Model Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 34(1), 1-24.
- Kessedjian, C. (2007). Transnational Public Policy. En Albert Jan van den Berg (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basis?*. Zuidpool: Kluwer Law International.

- Kotuby, C. T. & Sobota, L. A. (2017). *General Principles of Law and International Due Process*. Oxford: Oxford University Press.
- Kühner, D. (2014). The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany. *Journal of International Arbitration*, 31(6), 807-818.
- Kröll, S. (2018). National report for Germany (2007 through 2018). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, 98, 1-70.
- Kurkela, M. S. & Turunen, S. (2010). *Due process in international commercial arbitration*. (2° ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Lalive, P. (1987). Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. En Pieter Sanders (ed.). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. La Haya: Wolters Kluwers, pp. 258-318.
- Lalive, P. (1990). Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse. *La semaine judiciaire*, 112(20), 362-371.
- Landa, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, 8, 445-461.
- Landa, C. (2007). El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Themis*, 53, 29-42.
- Landa, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia*. Lima: Academia de la Magistratura.
- La Rosa, J. & Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2009). *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- León Pastor, R. (2017). ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?. *Arbitraje PUCP*, 7, 44-51.
- León Pastor, R. (2019). ¿La motivación judicial es equiparable a la arbitral? Leonpastor.net. Recuperado de: <https://www.leonpastor.net/1/%C2%BFa-motivacion-judicial-es-equiparable-a-la-arbitral/>

- Lew, J., Mistelis, L. & Kröll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Wolters Kluwer.
- Lianbin, S., Fu, P. & Hsi-Chia Chen, H. Annual Review on Commercial Arbitration in China (2016). En *Commercial Dispute Resolution in China: An Annual Review and Preview*. La Haya: Wolters Kluwer.
- Liebscher, C. (2010). Austria. En Frank-Bernd Weigand (ed.). *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Macdonald, R. R. (1981). Theory of Procedural Fairness. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1, 3-34.
- Mantilla-Serrano, F. (2004). Towards a Transnational Procedural Public Policy. *Arbitration International*, 20(4), 333-353.
- Mantilla-Serrano, F. (2010). Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, 4, 37-52.
- Marinoni, L. G. (2008). El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña (Abraham Luis Vargas, trad.). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLI, 123, 1371-1402.
- Martel, R. (2018). *La anulación de laudos arbitrales en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Merino Merchan, J. F. (2014). Ley de Arbitraje, Artículo 2 [Materias objeto de arbitraje]. En Carlos González-Bueno (ed.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (pp. 43-61). Madrid: Consejo General de Notariado.
- Monroy Gálvez, J. (1992). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. *Ius Et Veritas*, 5, 21-31.
- Monroy Gálvez, J. (1993). Los principios procesales en el Código Procesal Civil. *Themis*, 25, 35-48.
- Monroy Gálvez, J. (1994). Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano. *Themis*, 27, 119-129.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (Tomo I). Bogotá: Editorial Themis.
- Monroy Gálvez, J. (2004). *La formación del proceso civil (escritos reunidos)*. Lima: Palestra.

- Monroy Palacios, J. J. (2007). Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1, 293-308.
- Moses, M. (2012). *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. (2° ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Moses, M. (2019). Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational. En Katia Fach Gómez y Ana M. López Rodríguez. *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*.
- Moyano, J. P. (2017). Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement. *Journal of International Arbitration*, 34(4), 631-652.
- Nelissen, J.M. (1986). The annulment of arbitral awards in Belgium. *International Financial Law Review*, 5(11), 35-37.
- Nessi, S. (2016). Expert Witness: Role and Independence. En Chistoph Müller, Sebastien Besson & Antonio Rigozzi (eds.). *New Developments in International Comercial Arbitration 2016*. Zürich: Schulthess, pp. 71-105.
- Nieva, J. (2006). *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.
- Notario, S. (2009). Laudo arbitral. Contenido y efectos. En Juan Merino Merchán (dir.). *Curso de derecho arbitral* (pp. 183-201). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nuñez, F. (2017). El recurso de anulación de laudo y el derecho a patalear. *Themis*, 71, 13-30.
- ONU (2007). *General Comment No. 32. Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*. n. p.: ONU.
- Osterling, F. & Rebaza, A. (2013). Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos. En *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades y Yves Derains* (vols. 1-2). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 1303-1314.
- Ovalle, J. (1977). Los medios de impugnación en el Código Procesal Civil del Distrito Federal. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 105-106, 299-324.
- Palacios, E. (2007). La motivación de los laudos y el recurso de anulación. *Revista Peruana de Arbitraje*, 4, 327-342.

- Palacios, E. (2011). Comentario al artículo 29. En Carlos Soto y Alfredo Bullard (eds.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (vols. 1-2). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 356-363.
- Paulsson, J. (2013). *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Paulsson, J. (2007). Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice. *Arbitration International*, 23(3), 477-498.
- Perales, P. (2008). Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 1(2), 363-401.
- Pestilla, M. (2018). Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. *Revista Brasileira de Arbitragem*, XV(57), 67-96.
- Pi, D., Parisi, F. & Luppi, B. (2014). Biasing, Debiasing and the Law. En Eyal Zamir y Doron Teichman (eds.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 143-166.
- Pohl, J. H. (2018). The Right to Be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard – Due Process, Transparency and the Rule of Law. *CERiM Online Paper*, 6/2018, 1-23. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192858
- Polkinghorne, M. & Rosenberg, C. B. (2014). The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard. Ibanet. Recuperado de: https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=987d1cfc-3bc2-48d3-959e-e18d7935f542#_ftnref26
- Prado, R. & Zegarra, F. (2016). Litisconsorcio e Intervención de Terceros en el Proceso Civil: Buscando una Nueva Aproximación. *Ius Et Veritas*, 52, 298-315.
- Priori, G. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, 22, 38-52.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Real Academia Española (2014). Motivación. En *Diccionario de lengua española* (23º ed.). Consultado en: <https://dle.rae.es/?w=motivaci%C3%B3n>
- Reed, L. (2017). Ab(use) of due process: sword vs shield. *Arbitration International*, 33(3), 361-377.

- Reggiardo, M. (2000). Encuentros y desencuentros de la jurisdicción. *Ius Et Veritas*, 20, 237-256.
- Reggiardo, M. (2014). Una revisión funcional al recurso de anulación en el Perú. *Forseti*, 1, 145-178.
- Reggiardo, M. (2019). Las Reglas de Praga no son tan malas como parecen. *Forseti*, 7(10), 7-28.
- Rivas, G. (2017). *La motivación de las decisiones arbitrales*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- Rodríguez, J. (2011). El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico. *Revista de la Facultad de Derecho*, 31, 261-280.
- Rogers, S. C. (2001). Can tripartite arbitration panels reach fair results? *Dispute Resolution Magazine*, 8(1), 27-35.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Tomo V). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho* (10° ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, R. (2007). Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. *Themis*, 53, 7-28.
- Rubio, R. (2011). Comentarios al artículo 40. En Carlos Soto y Alfredo Bullard (eds.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (vols. 1-2). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 454-469.
- Sanchez, S. (2018). Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, XI(3), 659-701.
- Sanchez, S. & Barragán J. A. (2008). Apelación extraordinaria. En *Los medios de impugnación en el proceso civil* (pp. 145-153). Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Santistevan de Noriega, J. (2008). Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral. *Ius Et Veritas*, 37, 38-58.
- Schlaepfer, A. V. & Cremades, A. (2013). La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión. En Carlos Soto Coaguila y Delia Revoredo Marsano (eds.). *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains* (Tomo II). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 1411-1435.

- Schwartz, E. A. & Derains, Y. (2005). *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. La Haya: Wolters Kluwer.
- Schwartz, F. T. & Ortner, H. (2008). The Arbitration Procedure - Procedural Order Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration. En Christian Klausegger, Peter Klein et al. (eds.). *Austrian Arbitration Yearbook 2008*. Viena: Manz, pp. 133-220.
- Schwebel, S. M. & Lahne, S. G. (1987). Public policy and arbitral procedure. En Pieter Sanders (ed.). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. La Haya: Wolters Kluwers, pp. 205-226.
- Segoviano, M.L. (2004). Comentario al artículo 42. En Vicente Guilarte Guitérrez (dir.). *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, pp. 665-681.
- Sharpe, J. K. (2006). Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence. *Arbitration International*, 22(4), 549-572.
- Smith, M. L. (1990). Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator. *Arbitration International*, 6(4), 320-342.
- Strong, S. I. (2015). “Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy”. *Michigan Journal of International Law*, 37(1), 1-56.
- UNCITRAL (2012). *Digest of Case Law on the Model Law of International Commercial Arbitration*. Nueva York: CNUDMI.
- UNCITRAL (1985). *Report of the United Nations Commission of International Trade Law on the work of its eighteenth session*. Suplemento 17 (A/40/17). Nueva York: ONU.
- Vado Grajales, L. O. (2006). Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. En *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano* (pp. 369-389). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Van den Berg, A. J. (1993). Annulment of awards in international arbitration. En *International arbitration in the 21ST century: towards “judicialization” and uniformity?* (pp. 133-162). Nueva York: Transnational Publishers.
- Veeder, V. V. & Diwan, R. H. (2018). National Report for England & Wales (2015 through 2018). *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, 98, 1-73.

- Verdera Tuells, E., Fernández Rozas, J. C. & Stampa Casas, G. (2013). *Jurisprudencia española de arbitraje*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Vescovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Themis.
- Viale, F. (1994). Legitimidad para obrar. *Derecho PUCP*, 48, 29-49.
- Villa-García, M. (2009). El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación. *Revista Peruana de Arbitraje*, 9, 81-110.
- Xiol Ríos J. A. (2014). Ley de Arbitraje, Artículo 40 [Acción de anulación del laudo]. En Carlos González-Bueno (ed.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (pp. 789-803). Madrid: Consejo General de Notariado.
- Waincymer, J. M. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. La Haya: Wolters Kluwer.
- Warwas, B. A. (2017). *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*. La Haya: Asser Press.
- Weber-Stecher, U. (2013). Chapter 2. Principles of Good Governance and Organization of Arbitral Institutions. En Philipp Habegger, Daniel Hochstrasser, Gabrielle Nater-Bass y Urs Weber-Stecher (eds.). *Arbitral Institutions under Scrutiny – ASA Special Series No. 40*. ASA: Nueva York, pp. 37-54.
- Wong, J. M. (2013). *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo*. Lima: Jurista Editores.
- Wong, J. M. (20 de febrero de 2018). *Autoridad de cosa juzgada y ejecución de laudo arbitral*. En *Módulo de arbitraje*. Conferencia organizada por el Grupo de Estudios de Arbitraje, Lima.
- Wróblewski, J. (1971). Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, 14(53-54), 409-419.
- Zagrebelsky, G. (2007). Del Estado de derecho al Estado Constitucional. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, pp. 21-45.

Jurisprudencia local

Tribunal Constitucional

STC 358-2013-PA/TC, de 12 de enero de 2016.

STC 579-2013-PA/TC, de 24 de octubre de 2014.

Auto TCP 461-2012-PA/TC, de 3 de octubre de 2012.

Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, de 21 de setiembre de 2011.

STC 2132-2008-PA/TC, de 9 de mayo de 2011.

STC 228-2009-PA/TC, de 4 de abril de 2011.

STC 2851-2010-PA/TC, de 15 de marzo de 2011.

STC 6730-2006-PA/TC, de 29 de julio de 2008.

STC 6135-2006-PA/TC, de 19 de octubre de 2007.

STC 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC [acumulados], de 11 de diciembre de 2006.

STC 1744-2005-PA/TC, de 11 de mayo de 2005.

STC 3179-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005.

Sentencia TCP 928-2001-AA/TC, de 19 de agosto de 2002.

Salas Comerciales de Lima

SSC1 404-2009, de 19 de abril de 2010.

SSC2 571-2009, de 14 de mayo de 2010.

SSC2 647-2009, de 24 de junio de 2010.

SSC2 905-2010, de 8 de junio de 2011.

SSC2 73-2011, de 3 de agosto de 2011.

SSC1 2016-2010, de 14 de octubre de 2011.

SSC1 888-2010, de 21 de noviembre de 2011.

SSC2 893-2010, de 4 de enero de 2012.

SSC1 240-2011, de 2 de mayo de 2012.

SSC2 141-2011, de 14 de mayo de 2012.

SSC1 4-2012, de 21 de mayo de 2012.

SSC1 251-2011, de 28 de mayo de 2012.

SSC1 379-2011, de 20 de junio de 2012.

SSC1 301-2011, de 4 de julio de 2012.

SSC1 120-2011, de 4 de julio de 2012.

SSC1 177-2011, de 13 de julio de 2012.

SSC2 16-2012, de 12 de octubre de 2012.

SSC1 78-2012, de 15 de noviembre de 2012.

SSC1 373-2011, de 4 de diciembre de 2012.

SSC1 38-2012, de 10 de diciembre de 2012.

SSC1 94-2012, de 26 de diciembre de 2012.

SSC1 124-2012, de 28 de diciembre de 2012.

SSC2 320-2011, de 17 de enero de 2013.

SSC1 178-2012, de 22 de enero de 2013.

SSC1 254-2011, de 31 de enero de 2013.

SSC2 205-2012, de 6 de marzo de 2013.

SSC1 152-2012, de 9 de abril de 2013.

SSC2 238-2012, de 9 de abril de 2013.

SSC2 457-2010, de 25 de marzo de 2013.

SSC1 252-2012, de 3 de mayo de 2013.

SSC2 166-2012, de 21 de mayo de 2013.

SSC1 167-2012, de 24 de mayo de 2013.

SSC1 287-2012, de 11 de junio de 2013.

SSC1 11-2013, de 19 de junio de 2013.

SSC2 328-2013, de 1 de julio de 2013.

SSC2 274-2012, de 8 de agosto de 2013.

SSC2 315-2012, de 1 de setiembre de 2013.

SSC2 320-2012, de 3 de setiembre de 2013.

SSC2 82-2013, de 3 de setiembre de 2013

SSC2 224-2012, de 5 de setiembre de 2013.

SSC1 46-2013, de 1 de octubre de 2013.

SSC2 109-2013, de 2 de octubre de 2013.

SSC1 130-2013, de 10 de octubre de 2013.

SSC1 191-2013, de 11 de octubre de 2013.

SSC1 154-2012, de 14 de noviembre de 2013.

SSC1 146-2013, de 19 de noviembre de 2013.

SSC2 47-2013, de 21 de noviembre de 2013.

SSC2 229-2012, de 21 de noviembre de 2013.

SSC2 123-2013, de 17 de diciembre de 2013.

SSC1 252-2013, de 9 de enero de 2014.

SSC1 198-2013, de 27 de enero de 2014.

SSC1 277-2013, de 3 de marzo de 2014.

SSC2 125-2013, de 5 de marzo de 2014.

SSC2 129-2013, de 6 de marzo de 2014.

SSC2 187-2013, de 18 de marzo de 2014.

SSC1 300-2013, de 20 de marzo de 2014.

SSC1 319-2013, de 24 de marzo de 2014.

SSC1 261-2013, de 4 de abril de 2014.

SSC2 381-2013, de 11 de junio de 2014.

SSC2 321-2013, de 1 de julio de 2014.

SSC2 377-2013, de 8 de julio de 2014.

SSC1 333-2013, de 15 de julio de 2014.

SSC1 348-2013, de 6 de agosto de 2014.

SSC2 309-2013, de 8 de agosto de 2014.

SSC2 283-2013, de 18 de agosto de 2014.

SSC1 1-2014, de 20 de agosto de 2014.

SSC1 139-2014, de 16 de setiembre de 2014.

SSC2 57-2014, de 16 de setiembre de 2014.

SSC2 149-2014, de 17 de setiembre de 2014.

SSC2 176-2014, de 1 de octubre de 2014.

SSC1 38-2014, de 2 de octubre de 2014.

SSC1 141-2014, de 6 de octubre de 2014.

SSC1 174-2014, de 7 de octubre de 2014.

SSC2 27-2014, de 7 de octubre de 2014.

SSC2 355-2013, de 7 de octubre de 2014.

SSC2 254-2013, de 9 de octubre de 2014.

SSC2 233-2013, de 21 de octubre de 2014.

SSC2 349-2013, de 6 de noviembre de 2014.

SSC1 218-2014, de 18 de noviembre de 2014.

SSC1 234-2014, de 25 de noviembre de 2014.

SSC2 90-2014, de 28 de noviembre de 2014.

SSC1 161-2014, de 11 de diciembre de 2014.

SSC1 224-2014, de 8 de enero de 2015.

SSC2 65-2014, de 20 de enero de 2015.

SSC2 132-2014, de 30 de enero de 2015.

SSC2 339-2013, de 30 de enero de 2015.

SSC1 232-2012, de 10 de marzo de 2015.

SSC1 253-2014, de 12 de marzo de 2015.

SSC2 235-2014, de 24 de marzo de 2015.

SSC2 326-2014, de 13 de abril de 2015.

SSC2 202-2014, de 27 de abril de 2015.

SSC1 201-2014, de 6 de mayo de 2015.

SSC1 286-2014, de 18 de mayo de 2015.

SSC2 225-2014, de 22 de mayo de 2015.

SSC2 12-2015, de 28 de mayo de 2015.

SSC2 282-2014, de 4 de junio de 2015.

SSC2 280-2014, de 9 de junio de 2015.

SSC2 122-2014, de 10 de junio de 2015.

SSC2 96-2014, de 12 de junio de 2015.

SSC2 155-2014, de 19 de junio de 2015.

SSC2 307-2014, de 30 de junio de 2015.

SSC2 41-2015, de 8 de julio de 2015.

SSC2 61-2015, de 8 de julio de 2015.

SSC2 361-2014, de 10 de julio de 2015.

SSC2 349-2014, de 23 de julio de 2015.

SSC2 49-2015, 31 de julio de 2015.

SSC2 35-2015, de 14 de agosto de 2015.

SSC2 39-2015, de 2 de setiembre de 2015

SSC2 30-2015, de 4 de setiembre de 2015.

SSC1 38-2015, de 8 de setiembre de 2015.

SSC1 243-2014, de 8 de setiembre de 2015.

SSC2 21-2015, de 9 de setiembre de 2015.

SSC2 55-2015, de 18 de setiembre de 2015.

SSC1 325-2014, de 21 de setiembre de 2015.

SSC2 28-2015, de 23 de setiembre de 2015.

SSC2 70-2015, de 25 de setiembre de 2015.

SSC2 200-2014 y 206-2014 [acumulados], de 1 de octubre de 2015.

SSC2 43-2015, de 1 de octubre de 2015.

SSC1 7-2015, de 5 de octubre de 2015.

SSC2 122-2015, de 15 de octubre de 2015.

SSC2 42-2015, de 20 de octubre de 2015.

SSC2 74-2015, de 26 de octubre de 2015.

SSC1 18-2015, de 27 de octubre de 2015.

SSC2 342-2014, de 28 de octubre de 2015.

SSC1 127-2015, de 5 de noviembre de 2015.

SSC1 341-2014, de 5 de noviembre de 2015.

SSC1 343-2014, de 5 de noviembre de 2015.

SSC1 36-2015, de 6 de noviembre de 2015.

SSC2 104-2015, de 20 de noviembre de 2015.

SSC2 113-2015, de 1 de diciembre de 2015.

SSC1 84-2015, de 3 de diciembre de 2015.

SSC2 126-2015, de 3 de diciembre de 2015.

SSC2 285-2013 y 272-2013 [acumulados], de 4 de diciembre de 2015.

SSC1 352-2014, 16 de diciembre de 2015.

SSC2 135-2015, de 18 de diciembre de 2015.

SSC1 232-2015, de 28 de marzo de 2016.

SSC1 225-2015, de 4 de abril de 2016.

SSC1 94-2015, de 7 de abril de 2016.

SSC1 179-2015, de 7 de abril de 2016.

SSC1 203-2015, de 21 de abril de 2016.

SSC1 139-2015, de 22 de abril de 2016.

SSC2 235-2015, de 3 de mayo de 2016.

SSC1 245-2015, de 13 de mayo de 2016.

SSC1 371-2015, de 19 de mayo de 2016.

SSC2 378-2011, de 23 de mayo de 2016.

SSC1 232-2014, de 15 de setiembre de 2016.

SSC2 399-2015, de 27 de octubre de 2016.

SSC2 50-2016, de 2 de noviembre de 2016.

SSC2 59-2016, de 3 de noviembre de 2016.

SSC2 61-2016, de 9 de noviembre de 2016.

SSC1 2-2016, de 14 de noviembre de 2016.

SSC2 93-2016, de 15 de noviembre de 2016.

SSC1 74-2016, de 22 de noviembre de 2016.

SSC2 159-2016, de 2 de diciembre de 2016.

SSC2 196-2016, de 2 de diciembre de 2016.

SSC2 19-2016, de 13 de diciembre de 2016.

SSC2 270-2016, de 12 de enero de 2017.

SSC2 170-2016, de 16 de enero de 2017.

SSC1 100-2016, de 17 de enero de 2017.

SSC1 204-2016, de 17 de enero de 2017.

SSC2 288-2016, de 20 de enero de 2017.

SSC1 123-2016, de 23 de enero de 2017.

SSC2 144-2016, de 24 de enero de 2017.

SSC2 253-2016, de 7 de febrero de 2017.

SSC1 106-2016, de 9 de febrero de 2017.

SSC2 219-2016, de 20 de febrero de 2017.

SSC2 157-2016, de 20 de febrero de 2017.

SSC2 305-2016, de 22 de febrero de 2017.

SSC2 146-2016, de 28 de febrero de 2017.

SSC2 282-2015, de 7 de marzo de 2017.

SSC2 150-2016, de 9 de marzo de 2017.

SSC2 272-2016, de 16 de marzo de 2017.

SSC1 271-2016, de 21 de marzo de 2017.

SSC1 220-2016, de 30 de marzo de 2017.

SSC1 375-2015, de 14 de marzo de 2017.

SSC2 124-2016, de 31 de marzo de 2017.

SSC1 301-2016 de 4 de abril de 2017.

SSC1 265-2016, de 7 de abril de 2017.

SSC1 16-2017, de 11 de abril de 2017.

SSC1 340-2016, de 18 de abril de 2017.

SSC2 224-2016, de 25 de abril de 2017.

SSC1 169-2016, de 5 de mayo de 2017.

SSC2 372-2015, de 16 de mayo de 2017.

SSC1 358-2016, de 26 de mayo de 2017.

SSC1 319-2016, de 1 de junio de 2017.

SSC1 177-2016 y 324-2016 [acumulados], de 1 de junio de 2017.

SSC2 9-2017, de 22 de junio de 2017.

SSC1 8-2017, de 23 de junio de 2017.

SSC2 27-2017, de 3 de julio de 2017.

SSC1 82-2017, de 5 de julio de 2017.

SSC1 65-2017, de 6 de julio de 2017.

SSC2 5-2017, de 6 de julio de 2017.

SSC2 3-2017, de 10 de julio de 2017.

SSC2 58-2017, de 17 de julio de 2017.

SSC1 67-2017, de 18 de julio de 2017.

SSC1 151-2017, de 18 de julio de 2017.

SSC2 97-2016, de 3 de agosto de 2017.

SSC1 84-2017, de 9 de agosto de 2017.

SSC1 160-2016, de 9 de agosto de 2017.

SSC2 167-2017 de 9 de agosto de 2017.

SSC2 50-2017, de 10 de agosto de 2017.

SSC2 397-2016, de 17 de agosto de 2017.

SSC2 90-2017, de 18 de agosto de 2017.

SSC1 173-2017, de 21 de agosto de 2017.

SSC1 145-2017, de 1 de setiembre de 2017.

SSC2 85-2017, de 1 de setiembre de 2017.

SSC2 1-2017, de 13 de setiembre de 2017.

SSC1 91-2017, de 14 de setiembre de 2017.

SSC1 182-2017, de 10 de octubre de 2017.

SSC2 114-2017, de 17 de octubre de 2017.

SSC2 224-2017, de 20 de octubre de 2017.

SSC1 252-2017, de 20 de octubre de 2017.

SSC2 134-2017, de 30 de octubre de 2017.

SSC1 128-2017 y 132-2017 [acumulados], de 31 de octubre de 2017.

SSC2 222-2017, de 9 de noviembre de 2017.

SSC1 157-2017, de 10 de noviembre de 2017.

SSC2 103-2016, de 13 de noviembre de 2017.

SSC2 152-2017, de 13 de noviembre de 2017.

SSC1 180-2017, de 14 de noviembre de 2017.

SSC1 170-2017, de 17 de noviembre de 2017.

SSC2 78-2017, de 5 de diciembre de 2017.

SSC2 17-2017, de 6 de diciembre de 2017.

SSC2 55-2017, de 15 de diciembre de 2017.

SSC1 136-2017, de 20 de diciembre de 2017.

SSC2 92-2017, de 22 de enero de 2018.

SSC2 43-2017, de 22 de febrero de 2018.

SSC2 68-2017, de 22 de febrero de 2018.

SSC1 10-2017, de 14 de marzo de 2018.

SSC1 484-2017, de 27 de abril de 2018.

SSC1 19-2018, de 5 de junio de 2018.

SSC2 324-2017, de 8 de junio de 2018.

SSC1 505-2017, de 12 de junio de 2018.

SSC2 496-2017, de 27 de junio de 2018.

SSC2 524-2017, de 9 de julio de 2018.

SSC2 530-2017, de 9 de julio de 2018.

SSC1 93-2014, de 12 de julio de 2018.

SSC2 543-2017, de 14 de agosto de 2018.

SSC1 108-2018, de 21 de agosto de 2018.

SSC2 549-2017, de 3 de setiembre de 2018.

SSC1 89-2018, de 20 de setiembre de 2018.

SSC1 491-2017, de 20 de setiembre de 2018.

SSC1 8-2018, de 25 de setiembre de 2018.

SSC1 59-2018, de 25 de setiembre de 2018.

SSC1 134-2018, de 3 de octubre de 2018.

SSC2 574-2017, de 9 de octubre de 2018.

SSC1 10-2018, de 16 de octubre de 2018.

SSC1 51-2018, de 5 de noviembre de 2018.

SSC2 99-2018, de 5 de noviembre de 2018.

SSC1 96-2018, de 20 de noviembre de 2018.

SSC2 74-2018, de 26 de noviembre de 2018.

SSC2 553-2017, de 28 de noviembre de 2018.

SSC2 545-2017, de 29 de noviembre de 2018.

SSC1 22-2018, de 11 de diciembre de 2018.

SSC1 3-2018, de 17 de diciembre de 2018.

SSC1 87-2018, de 19 de diciembre de 2018.

SSC1 232-2018, de 11 de enero de 2019.

Jurisprudencia extranjera

Alemania

BGH, decisión de 15 de mayo de 1986. Resumen en *Yearbook Commercial Arbitration 1987, XII*, 489-491.

OLG Karlsruhe, 9 Sch 02/09, de 4 de enero de 2012. Resumen en *Yearbook Commercial Arbitration 2013, XXXVIII*, 379-383.

OLG Rostock, 1 Sch 04/06, de 18 de setiembre de 2007.

OLG Hamburg, decisión de 3 de abril de 1975. Resumen en *Yearbook Commercial Arbitration 1977, II*, 241.

España

ATC 326/1993, de 28 de octubre de 1993.

SAP Madrid 456/2008, de 15 de setiembre de 2008.

Estados Unidos

Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008).

Butz v. Economou, 438 U.S. 478 (1978).

Pierson v. Ray, 386 U.S. 547 (1967).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics Inc. 125 F.3d 1123 (7th Cir. 1997).

Corey v. New York Stock Exchange 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

Tamari v. Conrad, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).

Mical v. Glick, 13 C 6508 (N. D. Ill., 2014). Recuperado de:
<https://casetext.com/case/mical-v-glick-1>

Francia

Cour de Cassation, caso 11-27770, decisión de 28 de marzo de 2013..

Cour de Cassation, decisión de 7 de enero de 1992. Resumen en *Yearbook Commercial Arbitration* 1993, XVIII, 140-142.

Cour d'appel de Paris, decisión de 29 de mayo de 1992. Resumen en *Revue de l'arbitrage*, 1996(3), 408-410.

Cour d'appel de Paris, decisión de 9 de abril de 1992. Resumen en *Revue de l'arbitrage*, 1996(3), 483-503.

Inglaterra

Catalina v. Norma [1938] 61 Ll LR 380 (KB).

Port Sudan Cotton Co v Govindaswamy Chettiar & Sons, [1977] 1 Ll LR 166 (QB).

Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works, [1871-1872] L.R. 5 H.L. 418.

Portugal

Tribunal Constitucional, caso 311/2008, decisión de 30 de mayo de 2008.

Singapur

Philippines v. Philippine International Air Terminals, [2006] SGHC 206.

Suiza

Bundesgericht, decisión del 28 de abril de 2000. En *ASA Bulletin*, 18(3), 558-565.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Reino de España contra Lenzing AG. Caso C-525/04 P. Decisión de 22 de noviembre de 2007.

