

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

¿Debe la economía procesal prevalecer sobre la autonomía privada?: Apuntes sobre la consecuencia obligatoria del reenvío para los casos en que un laudo es anulado por su motivación.

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

Autor:

Marian Elizabeth Gonzales Quispe

Asesor:

Christian Alex Delgado Suárez


Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Delgado Suarez Christian Alex, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del Trabajo Académico titulado “¿Debe la economía procesal prevalecer sobre la autonomía privada?: Apuntes sobre la consecuencia obligatoria del reenvío para los casos en que un laudo es anulado por su motivación”, del/de la autor(a) Gonzales Quispe Marian Elizabeth, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 25%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 01/03/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y Trabajo Académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de abril del 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Delgado Suarez Christian Alex	
DNI: 43234974	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5629-8609	

RESUMEN

Si bien la Ley de Arbitraje no prevé una causal expresa, en el Perú es posible anular un laudo por cuestionamientos a su motivación. Sin embargo, para este tipo de casos, la Ley de Arbitraje ha regulado como consecuencia el reenvío, y esta resulta contraproducente en muchas ocasiones por los problemas que puede generar. Esta consecuencia, además de generar problemas (la interposición de más de una demanda de anulación respecto de la misma controversia es uno de ellos), de acuerdo a la regulación actual es, de manera injustificada, obligatoria, es decir, no admite pacto en contrario, debiendo las partes conformarse con ver cómo el litigio regresa a las manos del árbitro o los árbitros que vulneraron su derecho al debido proceso.

En el presente artículo, la autora evalúa si la consecuencia del reenvío debe admitir un pacto en contrario, ya sea que este pacto entre las partes del arbitraje se lleve a cabo antes o después de la anulación del laudo. En ese sentido, presenta de forma crítica los aspectos positivos y negativos de la regulación actual, para concluir que, en este caso, la autonomía privada debe prevalecer a la economía procesal; y que por ende, los pactos que dispongan algo distinto a la consecuencia del reenvío (ya sea el reinicio del arbitraje o reconfiguración del tribunal arbitral) deben ser admitidos por el ordenamiento jurídico, debiendo para ello modificarse la norma contenida en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje.

Palabras clave

Anulación, laudo arbitral, reenvío, autonomía privada

ABSTRACT

Although the Arbitration Law does not provide for an express cause of action, in Peru it is possible to annul an award due to objections to its motivation. However, for this type of cases, the Arbitration Law has regulated as a consequence the remand, and this is counterproductive in many occasions due to the problems it may generate. This consequence, in addition to generating problems (the filing of more than one annulment claim in respect of the same dispute is one of them), according to the current regulation is, unjustifiably, mandatory, that is, it does not admit any agreement to the contrary, and the parties must be satisfied with seeing how the dispute returns to the hands of the arbitrator or arbitrators who violated their right to due process.

In this article, the author evaluates whether the consequence of the remand should admit an agreement to the contrary, whether this agreement between the parties to the arbitration takes place before or after the annulment of the award. In this sense, she critically presents the positive and negative aspects of the current regulation, to conclude that, in this case, private autonomy must prevail over procedural economy; and that therefore, agreements that provide for something other than the consequence of the remand (either the restart of the arbitration or reconfirmation of the arbitral tribunal) must be admitted by the legal system, and the rule contained in paragraph b) of Article 65.1 of the Arbitration Law must be modified for this purpose.

Keywords

Annulment, arbitral award, remand, private autonomy

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. SECCIÓN I: ¿En el Perú, es posible anular un laudo por cuestionamientos a su motivación?	5
2.1. Alcances de la anulación de laudo por su motivación	6
2.2. Consecuencias de la anulación de laudo por falta o indebida motivación	8
2.3. Un caso especial: las consecuencias de la anulación de laudo en los arbitrajes con el Estado	12
III. SECCIÓN II: ¿La Ley de Arbitraje regula adecuadamente las consecuencias de la anulación de laudo por su motivación?	14
3.1. Análisis del artículo 65 de la Ley de Arbitraje	15
3.2. ¿Las partes pueden pactar en contra del reenvío tras una anulación del laudo?	21
3.3. ¿La restricción podría tener sustento en la economía procesal?	24
IV. SECCIÓN III: Nuestra propuesta.....	26
4.1. Problemas actuales	26
4.2. Propuesta de modificación al literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje.....	29
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	32
VI. BIBLIOGRAFÍA	33

I. INTRODUCCIÓN

Es una realidad innegable que en el Perú, es posible anular el laudo por su inadecuada motivación. Ello es posible, pese a que no existe ni una sola causal en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), que haga referencia expresa a esta clase de vulneraciones.

Partiendo de esta premisa, existen muchas opiniones sobre cuál debería ser el alcance del control judicial de la motivación de los laudos, si el estándar de motivación de los laudos es igual al de las sentencias, entre otros aspectos relacionados. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿qué sucede después de que se anula un laudo que vulneró el derecho a la debida motivación de las partes? La Ley de Arbitraje ha dado una respuesta a esta pregunta, regulando como única consecuencia, el reenvío del expediente al mismo árbitro o tribunal arbitral que laudó vulnerando el derecho a la debida motivación.

En efecto, a diferencia de las demás consecuencias reguladas en el artículo 65 de la Ley de Arbitraje, que fueron pensadas para las otras causales de anulación de laudo, la consecuencia regulada para la causal de anulación contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje (sobre la cual recaen la mayoría de anulaciones de laudo por indebida motivación) restringe a la autonomía privada la posibilidad de optar por reconstituir el Tribunal Arbitral y/o reiniciar el arbitraje. ¿Esta regulación es adecuada? Opinamos que no.

Esta diferencia de tratamiento legislativo respecto de las demás consecuencias reguladas en el mismo artículo de la Ley de Arbitraje, consideramos, además de injustificada, es pasible de ocasionar problemas prácticos una vez reanudado el arbitraje (renuncias,

recusaciones indebidas, segundas demandas de anulación de laudo, entre otros).

Si bien resulta inevitable sopesar que la legislación actual sobre este asunto favorece la economía procesal, toda vez que mantiene las actuaciones arbitrales que, a simple vista, no fueron afectadas por el vicio que ameritó la nulidad, este trabajo estará orientado a justificar por qué, esta razón no debe sobreponerse a la autonomía de la voluntad, que está siendo ilegítimamente restringida por la actual regulación.

Para llegar al objetivo propuesto, en la primera parte del presente trabajo, brindaremos una aproximación acerca de la anulación de laudo por indebida motivación, e introduciremos la relevancia de la regulación de su consecuencia.

En la segunda parte, analizaremos de manera más profunda el artículo 65 de la Ley de Arbitraje, que regula las consecuencias de la anulación de laudo, haciendo especial énfasis en la consecuencia regulada en el literal b) del artículo 65.1, regla que es materia de comentario en el presente trabajo.

Y, por último, en la tercera parte del presente trabajo, previo recuento de los problemas actuales, desarrollaremos la propuesta de reforma legislativa que, a nuestro entender, ayudaría a disminuir los problemas prácticos que presenta la regulación actual en cuanto a la consecuencia prevista para los casos en que el laudo es anulado por su motivación.

II. SECCIÓN I: ¿En el Perú, es posible anular un laudo por cuestionamientos a su motivación?

Como una importante cuestión preliminar a propósito del tema que nos ocupa en el presente trabajo, es importante señalar que en el Perú sí es posible anular un laudo por cuestionamientos a su motivación, pese a que en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje”) no existe una causal específica de anulación para dicha vulneración.

Esto es así porque se ha venido entendiendo que el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, al establecer que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe *“que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”*, tutela a las partes del arbitraje frente a las vulneraciones al debido proceso, y el derecho a la motivación es uno de los derechos que lo conforman.

Sobre este punto, es importante resaltar que, la doctrina no es pacífica al considerar que la causal del literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje incluiría la falta o indebida motivación del laudo. Existen autores que consideran, más bien, que esta vulneración encuadraría en la causal contemplada en el literal c) del mismo artículo, que está referida a la nulidad del laudo por no respetar el acuerdo de las partes, el reglamento o la propia Ley de Arbitraje. Uno de estos autores es Guzmán Galindo, a quien citamos a continuación:

“En ese supuesto, en el caso que exista obligación de los árbitros de expedir un laudo motivado, y se expide un laudo con falta o defecto en la motivación, se debe entender que el mismo es contrario a lo que establece la LA y por ende no se encuentra ajustado a la misma, y concretamente no se encuentra expedido

conforme al Art. 56° de la LA, que exige expresamente que el laudo debe estar motivado.” (Guzmán, 2013, p. 39)

Sin perjuicio de ello, debido a similares fundamentos, nos adherimos a la primera postura, al considerar, al igual que Rodríguez Ardiles (2015), que la motivación, dada su importancia y trascendencia *“posee identidad propia proveniente de disposición específica y que para que se encuentre comprendida o subsumida en otras requiere que la compatibilidad sea mayor y de máxima consistencia”*. Asimismo, coincidimos con el criterio de dicho autor en que la causal establecida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje *“implica necesariamente el ejercicio de derecho de defensa, y este tiene su expresión conclusiva en recibir del árbitro una decisión motivada en función de las actuaciones producidas”*.

Sobre la causal de anulación contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, también cabe resaltar lo expresado por Cantuarias (2004): *“esta causal de anulación debe ser alegada y probada por quien la invoca y tiene por misión salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes”*.

Por tanto, la respuesta a esta primera interrogante es afirmativa. Sí es posible en el Perú anular un laudo por cuestionamientos a su motivación. Sin perjuicio de ello, esta es solo la cuestión inicial que debe analizarse para abordar el principal objeto de investigación del presente trabajo, que radica en determinar si la consecuencia de la anulación del laudo por cuestionamientos a su motivación, regulada en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje resulta adecuada para la tutela de las partes de un proceso arbitral cuyo laudo es anulado.

2.1. Alcances de la anulación de laudo por su motivación

Como hemos adelantado, la anulación de laudo arbitral es un remedio extraordinario que prevé el ordenamiento para corregir ciertas irregularidades que pueden ocurrir al inicio, en el desarrollo y fin del proceso arbitral. Sin embargo, es importante advertir que no toda irregularidad puede desembocar en una anulación del laudo. En el artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje se encuentran los supuestos específicos que dan pie a que se pueda interponer una demanda de anulación de laudo ante el Poder Judicial.

Esta limitación del legislador al control judicial sobre los laudos, también es posible observarla en el texto del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, en el cual ha sido establecido que *“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”*.

Al respecto, consideramos que una de las principales razones de dicha prohibición es la naturaleza consensual del arbitraje, la cual supone que las partes, de mutuo acuerdo, han convenido que sea el árbitro quien resuelva la controversia. En ese sentido, coincidimos con el criterio de Alva (2011), que ha señalado que el permitir que los jueces revisen el fondo de la controversia sometida a arbitraje, resultaría un contrasentido si tomamos en consideración que fueron las mismas partes quienes pactando un convenio arbitral renunciaron a la jurisdicción estatal y decidieron someterse a la competencia de los árbitros la solución del conflicto; ello, sumado a la necesidad de dotar al arbitraje de cierto grado de firmeza.

Sin perjuicio de ello, es importante acotar que esta prohibición de pronunciamiento sobre el fondo no siempre es respetada por los jueces. No resulta extraño ver sentencias que, cuestionan la forma en que los

laudos han valorado las pruebas y han aplicado el derecho al caso concreto¹.

Ahora bien, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje contiene una precisión adicional que nos interesa de cara al objeto del presente trabajo. En efecto, su numeral 2 empieza diciendo: *“El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo”*. ¿Esto qué quiere decir? Que, tras transcurrir por el proceso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, solo existen dos posibilidades: (i) o se ratifica la validez del laudo; o (ii) el control judicial sobre el laudo determina que el mismo adolece de una o más de una de las causales de anulación establecidas en la Ley de Arbitraje y, por ende, se declara la nulidad del laudo.

De esta manera, abrimos paso a las consecuencias de la anulación de laudo, las cuales, conforme a la Ley de Arbitraje, son diferentes en función de la ocurrencia de cada causal de anulación de laudo; sin embargo, en uno que otro caso no se justifica la diferencia en su tratamiento. Este punto será desarrollado más a detalle en el siguiente subacápite.

2.2. Consecuencias de la anulación de laudo por falta o indebida motivación

Como hemos adelantado, el objeto principal del presente trabajo se centra en analizar cómo regula la Ley de Arbitraje las consecuencias de la anulación del laudo, en el supuesto específico en que el laudo sea anulado por falta o indebida motivación, vulneración que suele ser denunciada a través de la causal de anulación contenida en el literal “b” del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, referida al supuesto en el cual *“una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de*

¹ Véase Resolución N° 9 del 7 de marzo de 2017, dictada por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, recaída en el proceso de anulación de laudo, correspondiente al Expediente N° 282-2015-0-1817-SP-CO-02.

las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”.

En ese sentido, debemos partir del hecho de que la Ley de Arbitraje contiene un único artículo que regula las consecuencias de la anulación de laudo. Este es el artículo 65, que señala lo siguiente:

Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial

Como es posible apreciar, el artículo citado contempla diferentes consecuencias para las diferentes causales reguladas en el artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje. Nos podríamos detener en el análisis de cada una, pero para efectos del alcance del presente trabajo, nos centraremos en el

análisis de la consecuencia prevista en el literal b), que señala: *“Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa”*.

Sobre este punto, cabe hacer hincapié en que esa era la redacción original de dicho artículo; sin embargo, en el año 2020, se agregó el siguiente párrafo: *“En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.”*²

En esa línea, dado que, como ha sido señalado anteriormente, la causal de anulación de laudo por cuestionamientos a su motivación ha sido encuadrada en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, es posible advertir que, por regla general –salvo la excepción prevista para los arbitrajes con el Estado peruano– para estos supuestos existe una única posibilidad: el mismo tribunal arbitral que emitió el laudo con falta o defectuosa motivación deberá emitir nuevamente el laudo.

Ante ello, cabe preguntarnos, ¿ello debería ser así? En todo caso, ¿por qué la modificación introducida en el año 2020, no fue establecida en general para todos los arbitrajes nacionales? ¿cuál es el fundamento de esta distinción?

Sucede lo mismo con la causal de anulación de laudo establecida en el literal c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, prevista para los casos en

² Párrafo insertado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 020-2020, publicado el 20 de enero de 2020.

que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no ha respetado el acuerdo de las partes o el reglamento. Como podemos observar en el literal c) del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, si un laudo se anula por esta causal, las partes además de poder retrotraer las actuaciones al momento de la vulneración, tienen la posibilidad de proceder a un nuevo nombramiento de árbitros.

Como hemos desarrollado anteriormente, la anulación del laudo debido a cuestionamientos en su motivación, es admitida por considerar al derecho a la motivación una de las manifestaciones del debido proceso. En ese sentido, si un tribunal arbitral ha sido capaz de vulnerar esta importante garantía para los justiciables al emitir una sentencia sin motivación o con una motivación defectuosa, ¿ello acaso no justificaría que los mismos puedan cuanto menos tener la elección de designar a un nuevo tribunal arbitral?

Sobre este punto, es importante precisar que no consideramos que sea saludable para todos los casos el reemplazo de los árbitros que emitieron el laudo anulado. Sin embargo, si es que las partes previamente a que el conflicto desemboque en una anulación de laudo, se ponen de acuerdo en que la consecuencia de la anulación será el reemplazo del o los árbitros que emitieron el laudo anulado, resulta irrazonable que la Ley de Arbitraje les restrinja dicha posibilidad.

Así, las partes a través de su convenio arbitral, asumiendo el riesgo de los costos que podría irrogarles, podrían ponerse de acuerdo en reemplazar a los árbitros que emitieron el laudo anulado. Ello se podría justificar por varias razones, entre ellas, el deseo de las partes de obtener una decisión válida. Sin embargo, esta opción actualmente les es limitada de manera injustificada a las partes de los arbitrajes en los cuales no interviene el Estado.

Podría resultar válido el cuestionamiento a esta postura basándose en el principio de economía procesal; sin embargo, ¿la economía procesal debe estar por encima de la autonomía privada? Entendemos que, en el presente caso, podría plantearse que ambos principios están en contraposición; sin embargo, consideramos que la balanza debería inclinarse por el respeto a la autonomía privada

Como fundamentaremos en la segunda sección del presente trabajo, tomar la decisión de inclinar la balanza hacia la autonomía privada, y permitir a las partes tomar la decisión de continuar o no con el mismo tribunal arbitral que vulneró su derecho a la motivación y emitió el laudo nulo, disminuiría varios problemas prácticos que en la actualidad se presentan, y además fomentaría que las partes puedan empezar a incluir en su cláusula arbitral regulaciones acerca de los alcances de una eventual anulación del laudo arbitral.

2.3. Un caso especial: las consecuencias de la anulación de laudo en los arbitrajes con el Estado

Tal como hemos advertido anteriormente, los arbitrajes en los cuales interviene como parte el Estado tienen una regulación especial en cuanto a las consecuencias de la anulación del laudo por la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje. Esta modificación en el literal b) fue introducida en el año 2020, por el Decreto de Urgencia N° 020-2020, publicado el 24 de enero de 2020, y dice lo siguiente:

“En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario

Esta y otras modificaciones introducidas por el referido dispositivo legal han sido cuestionadas por ser normas que constituyen un beneficio injustificado para el Estado³. Concretamente, sobre la modificación materia de comentario en este trabajo, adicionalmente, podría decirse que la posibilidad de recusación luego de anulado el laudo contraviene lo expresamente establecido en la propia Ley de Arbitraje, que, en su artículo 29.5, establece lo siguiente: *“No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales”*.

Sin lugar a dudas, el laudo es una decisión emitida en el arbitraje. Por lo cual, el establecer que la anulación del laudo por la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje habilita a las partes a recusar a los árbitros, estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 29.5, antes citado.

Llegado aquí es importante aclarar que, lo que este trabajo propone no es generalizar esta nueva causal de recusación a todos los arbitrajes, incluyendo a los cuales no tienen como parte al Estado. Este trabajo propone algo distinto, que, más bien, evitaría que las partes del arbitraje luego de la anulación se vean tentadas a recurrir a la figura de la recusación para reemplazar a los árbitros. Lo que planteamos en este trabajo es modificar el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, que establece la consecuencia obligatoria del reenvío, de tal forma que no restrinja la posibilidad de las partes de decidir, *ex ante* o inclusive *ex post*, si ante una anulación de laudo por su motivación, la consecuencia deberá ser el reinicio del arbitraje y/o la sustitución del árbitro o el tribunal arbitral

³ Otra modificación muy cuestionada fue aquella introducida en el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje, que establece que en los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral, precisando que el monto de dicha carta fianza no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento.

que emitió el laudo anulado. Esta propuesta será desarrollada más a fondo en la siguiente sección.

III. SECCIÓN II: ¿La Ley de Arbitraje regula adecuadamente las consecuencias de la anulación de laudo por su motivación?

En esta segunda sección del presente trabajo, analizaremos si la regulación contenida en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje sobre las consecuencias de la anulación de laudo por su motivación, resulta adecuada.

Como ha sido desarrollado anteriormente, sí es posible anular un laudo cuando en él se presenta una falta o defectos en su motivación. Y ello es posible, pese a que no existe una causal explícita en la Ley de Arbitraje, porque la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1 prevé la anulación del laudo por vulneraciones al debido proceso, y la motivación es una de las manifestaciones más importantes de este derecho.

Sobre el particular existen muchas posturas, inclusive aquellas que consideran que la posibilidad de anular un laudo por su motivación no se fundamenta en la vulneración al debido proceso, sino en la contravención al artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje, en caso las partes no pacten en contrario al deber de motivar establecido en dicha norma. Tales posturas, apuntan a que los cuestionamientos a la motivación del laudo se encuadran en la causal contenida en el literal c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no mucho se ha dicho acerca de las implicancias de las consecuencias de la anulación de laudo previstas en la Ley de Arbitraje, tópico central del presente trabajo. Como adelantamos, en específico, analizaremos la consecuencia del reenvío, prevista en la regulación actual para la anulación de laudo por su motivación, vulneración que, a nuestro

criterio, se encuadra dentro de la causal de anulación de laudo contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje.

3.1. Análisis del artículo 65 de la Ley de Arbitraje

La Ley de Arbitraje regula distintos aspectos de la anulación de laudo en sus artículos 62, 63, 64, 65 y 66; sin embargo, solo el artículo 65 regula las consecuencias de la anulación del laudo. El referido artículo ha previsto distintas consecuencias, en función a la causal de anulación amparada. Veamos.

- Así, para los casos en que el laudo se anule por la causal prevista en el literal a) del numeral 1 del artículo 63 (inexistencia o nulidad del convenio arbitral), la Ley de Arbitraje ha previsto que la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada a través del Poder Judicial, salvo acuerdo distinto de las partes. Al respecto, debido a que dicha norma termina en *“salvo acuerdo distinto de las partes”*, no advertimos ninguna consecuencia que limite de manera irregular la elección de las partes sobre la forma en la que quieren llevar a cabo la resolución de su conflicto de intereses.
- A continuación, sin embargo, el literal b), al regular la consecuencia para la anulación del laudo por la causal de anulación contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje (en la cual se encuadra la falta o defectuosa motivación del laudo), sí prevé una limitación arbitraria al derecho de las partes de decidir de qué forma desean resolver su controversia.

Conforme se desprende de dicho artículo, en estos casos, *“el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa”*. Es decir, el mismo árbitro o tribunal arbitral que emitió el laudo anulado, será el responsable de emitir un nuevo laudo, subsanando

los defectos advertidos por el Poder Judicial. Ello, como regla general, pues, como hemos visto, en el caso de los arbitrajes con el Estado, las partes están facultadas para sustituir o revocar a los árbitros implicados.

Consideramos que esta restricción es un arma de doble filo, en la medida que si bien refuerza la independencia del árbitro, al garantizársele no ser removido, y además contribuye con la economía procesal, en tanto las partes no tendrán que incurrir en los gastos que supondría un nuevo proceso arbitral; por otro lado, es innegable que limita el derecho de las partes de remover a dicho árbitro o árbitros, si así lo desean en aras de correr menos riesgo de obtener nuevamente una decisión inválida. Este punto, cuyo análisis es crucial para el presente trabajo será desarrollado detalladamente más adelante.

- La tercera disposición contenida en el artículo 65, el literal c), regula las consecuencias del laudo anulado por la causal contenida en el literal c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje. Esta disposición, a diferencia de la anterior, establece que en caso de anulación las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

En otros términos, esta norma, deja a la elección de las partes si nombrar nuevos árbitros o retrotraer el proceso arbitral, con los mismos árbitros, al momento en que ocurrió la vulneración que dio pie a la anulación del laudo. Opinamos que esta regulación es la más adecuada, toda vez que deja a las partes la decisión de analizar la conveniencia de mantener los mismos árbitros (y por

ende, ahorrar en costos) o cambiarlos en aras de disminuir el riesgo de obtener una decisión inválida.

- El literal d) del artículo 65.1 del referido cuerpo legal, además, regula la consecuencia de la anulación del laudo por la causal contenida en el literal d) del artículo 63.1, a saber, aquella causal que se configura cuando el tribunal arbitral resuelve sobre materias no sometidas a su decisión. Así, para la anulación del laudo por esta causal, se prevé que la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, en caso se encuentre contemplada en el convenio arbitral; o en su defecto podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

Como vemos, esta cuarta consecuencia prevista en el artículo 65 de la Ley de Arbitraje, al igual que las consecuencias previstas en los literales a) y c), no limita el derecho de las partes a elegir de qué manera se resolverá su conflicto de intereses, siendo coherente con el carácter consensual del arbitraje.

- En cuanto a la consecuencia prevista en el numeral e) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, que corresponde a la causal de anulación de laudo, a su vez, contenida en el literal d) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje (materia no arbitrable), la solución que da es lógica y coherente: la materia no arbitrable podrá ser demandada judicialmente. Por lo cual, este punto no merece mayor comentario.
- Finalmente, el literal f) de la referida norma, regula la consecuencia de la anulación del laudo por la causal contenida en el literal g) del artículo 63.1, el cual supone que el laudo se emitió fuera de plazo. En este supuesto podrá iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que

sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció de la demanda de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

Para analizar esta última consecuencia, será necesario primero analizar la racionalidad que está detrás de la causal. Así, sobre el particular Cantuarias (2007) ha expresado:

“El plazo vincula a los árbitros, de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral, dado que, al aceptar el árbitro su nombramiento, se somete a la voluntad de los comprometientes, que son, por la índole sustancialmente contractual de la institución, los que establecen el término en que los árbitros han de desempeñar su cometido, y a los mismos les obliga por la eficacia contractual del pacto”

Como se puede apreciar, la explicación de por qué un laudo emitido fuera de plazo es nulo reposa en que terminado dicho plazo, culmina la potestad del árbitro, otorgada por las partes, de resolver la controversia, es decir, su facultad jurisdiccional.

Por lo cual, es lógico que, si las partes manifiestan su voluntad haciendo reclamo expreso y por escrito (conforme exige el artículo 63.4 de la Ley de Arbitraje) ante el tribunal arbitral por inobservancia del plazo para laudar, luego puedan decidir de qué manera resolver su conflicto de intereses, a través de un nuevo arbitraje, recomponiendo un nuevo tribunal arbitral para que emita el laudo sobre la base de lo actuado, o inclusive decidir que sea la

Sala que ha conocido la demanda de anulación de laudo quien resuelva.

En este orden de ideas, del análisis de las distintas consecuencias de la anulación de laudo reguladas en el artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, es posible advertir que la consecuencia contenida en el literal b) es la única que limita injustificadamente la voluntad de las partes, al restringirles la posibilidad de siquiera acordar la posibilidad de llevar a cabo un nuevo arbitraje ante nuevos árbitros.

Y este puede ser un asunto problemático, en la medida que, al ver restringida esta elección, lo que sucede es que, luego de que la Sala Comercial dispone el reenvío del expediente, las partes buscan la manera de recusar al árbitro o a los árbitros que emitieron el laudo anulado. Es decir, buscan lograr el mismo efecto de la sustitución por la vía de la recusación, que ha sido prevista para supuestos distintos que tienen que ver con la imparcialidad e independencia del árbitro. En consecuencia, es posible advertir que la restricción del literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje termina siendo perjudicial para el arbitraje.

Sin perjuicio de los efectos perjudiciales antes señalados, cabe incidir en que esta restricción no tiene ninguna justificación. Como hemos podido notar de la regulación de las otras consecuencias también previstas en el artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, ninguna de ellas restringe la posibilidad que tienen las partes de elegir de qué forma se resolverá su conflicto. En ese sentido, cabe preguntarnos: ¿por qué la regulación contenida en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje es la única que prevé como única consecuencia de la anulación el reenvío? ¿cuál es el fundamento de esta distinción? Creemos que ninguna.

Es más, haciendo uso de un argumento "*a maiori ad minus*" ("quien puede lo menos, puede lo más"), ¿por qué, si la vulneración a un acuerdo, reglamento arbitral o a la Ley de Arbitraje, permite la posibilidad de sustituir a los árbitros, no se permite lo mismo para los casos en que estos

árbitros han afectado el debido proceso, que, a nuestro entender, incluso resulta más grave? Simplemente, no hay razón para esta distinción.

A mayor abundamiento, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, ha señalado lo siguiente sobre el artículo 65:

“El artículo 65 regula con precisión las consecuencias de la anulación, en especial estableciendo los casos en los que corresponde interponer una demanda judicial, regresar el caso a los árbitros o componer un nuevo tribunal arbitral, Se confiere además bastante flexibilidad para que las partes puedan regular en varias de las causales, los efectos de las mismas, sobre la base de la autonomía privada”

Como vemos, ni siquiera la Exposición de Motivos nos da luces respecto de la justificación de esta distinción en la regulación en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje. Es más, podemos ver que la intención del legislador fue conferir flexibilidad a las partes para que ellas mismas puedan regular las consecuencias de la anulación, invocando incluso que ello tiene fundamento en la autonomía privada.

Esta falta de justificación en la restricción que supone esta norma para los particulares se hace más evidente si tenemos en cuenta que el Estado ha sido habilitado por la propia Ley de Arbitraje para sustituir o recusar a los árbitros cuando la anulación del laudo se deba a la causal de anulación establecida en el literal b) del artículo 63.1, es decir, en su mayoría de veces, cuando se deba a una vulneración al debido proceso. Como señalamos anteriormente, esta norma puede resultar cuestionable en la medida que se encuentra creando una nueva causal de recusación, inclusive en contra de la misma ley que la contiene, pero no hace más que confirmar que la prohibición de los particulares de siquiera ponerse de acuerdo para reiniciar el arbitraje y/o reconstituir el tribunal arbitral en estos casos resulta injustificada.

3.2. ¿Las partes pueden pactar en contra del reenvío tras una anulación del laudo?

Un importante aspecto que salta a la vista en el desarrollo del presente trabajo es la autonomía privada, que es precisamente el fundamento del arbitraje.

Como es sabido, el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, que tiene su origen en un convenio arbitral, el cual a su vez nace de la autonomía privada de las partes (García, 2013, p.84). Siendo ello así, y dada la naturaleza consensual del arbitraje, es natural pensar que las partes serán libres de auto regular sus efectos, teniendo como único límite la ley y la constitución.

En ese sentido, mucho se ha discutido, por ejemplo, si resulta constitucionalmente válido que las partes limiten la interposición de demandas de anulación de laudo al acordar como requisito la constitución de una fianza bancaria a favor de la parte vencedora. Al respecto, Campos (2020) ha manifestado lo siguiente:

“Los acuerdos procesales que condicionan la anulación del laudo a la constitución de una garantía tienen una habilitación genérica para su celebración en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que no se contraviene ninguna disposición legislativa o constitucional. En específico, no se vulnera el derecho de acceso a la justicia, ni el derecho a la impugnación, ni el principio de gratuidad de la administración de justicia”.

En la misma línea, Villa-García ha expresado:

“es totalmente válido y constitucional que las partes pacten en el convenio arbitral o que se incluya en algún reglamento procesal de algún Centro de Arbitraje la exigencia de constituir fianza bancaria a favor de la parte vencedora” (Villa-García Noriega, 2009, p. 308, como se citó en Campos, 2020).

Pues bien, similar criterio debe seguirse para contemplar la posibilidad de que las partes, ya sea mediante el convenio arbitral, o a través de las reglas del arbitraje, puedan acordar que, anulado el laudo en el caso de la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje- que a nuestro entender es una de las más graves- se deba sustituir al árbitro o tribunal arbitral que emitió el laudo nulo.

Sin embargo, a diferencia de nuestro ejemplo, en el presente caso, si bien este acuerdo no contravendría ningún principio constitucional, sí se encontraría prohibido por la Ley de Arbitraje. Ello, debido a que, como ya ha sido explicado, para la causal de anulación contenida en el literal b) de su artículo 63.1, la Ley de Arbitraje únicamente ha contemplado como consecuencia el reenvío, con todas las implicancias que ello supone.

Por tanto, pese a que este acuerdo podría ser compatible con la Constitución, por no ir en contra de ningún principio o derecho constitucional, debido a la regulación actual de la Ley de Arbitraje, quedaría excluido del amparo jurídico, y por ende, sería un acuerdo ineficaz.

¿Por qué decimos esto? Porque pese a que la Ley de Arbitraje, en su artículo 34, dispone que *“si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo”*, lo cierto es que la Ley de Arbitraje contiene tanto normas supletorias como imperativas.

Sobre el particular, ciertos autores han expresado:

“la Ley de Arbitraje y, en general, las leyes arbitrales del mundo, si bien contienen grupos de normas de carácter imperativo, como por ejemplo las relativas a la materia arbitrable, también comprenden otras muchas de carácter dispositivo, con respecto a las cuales las partes pueden establecer disposiciones particulares, incluso

apartándose del texto de la propia ley". (Castillo Freyre, Sabroso Minaya, Castro Zapata y Chipana Catalán, 2016, p.91)

Los mismos coautores manifiestan que esta libertad de auto regulación, que tienen las partes de un arbitraje encuentra sus límites en el convenio arbitral, la Ley de Arbitraje o las normas constitucionales.

Esta idea de que la autonomía privada en el arbitraje se ve limitada por las normas imperativas del país en que se desarrolla, también se encuentra contemplada en las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, al expresar que tanto en el supuesto en que las partes deseen renunciar a los recursos contra el laudo, así como en el supuesto contrario en que las partes deseen expandir el alcance de la revisión judicial y permitir apelaciones sobre el fondo de la decisión, en ambos supuestos, *"las partes deben buscar asesoría sobre la facultad que tienen para hacerlo en la jurisdicción relevante"* (2010, p.32).

Lo anterior nos lleva a concluir que, los pactos de las partes sobre el arbitraje serán eficaces en la medida que respeten el convenio arbitral (salvo que decidan modificarlo), las normas de la Ley de Arbitraje de carácter imperativo y las normas constitucionales.

En el caso que nos ocupa, consideramos que la norma contenida en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje es una norma de carácter imperativo, en tanto a diferencia de las otras consecuencias reguladas respecto de las demás causales de anulación, ésta dispone que en este caso el Tribunal Arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa, y, como vemos, esta disposición, a diferencia de los otros literales del mismo artículo, no contiene la frase "salvo pacto en contrario" u otra similar.

Esto es confirmado por la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje antes citada, que dice lo siguiente: "(...) *Se confiere además bastante*

flexibilidad para que las partes puedan regular en varias de las causales, los efectos de las mismas, sobre la base de la autonomía privada”.

Como se puede advertir, al precisar la citada Exposición de Motivos que son varias las causales, y no todas ellas, en las cuales está permitido que las partes regulen sus efectos, es posible confirmar que la consecuencia del reenvío contemplada en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje es obligatoria para las partes.

De todo lo anterior se desprende que la norma contenida en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje es de carácter imperativo, en la medida que excluye el pacto de las partes; y por ende, en caso este pacto contravenga lo dispuesto en dicha norma, el mismo será ineficaz.

3.3. ¿La restricción podría tener sustento en la economía procesal?

Un argumento a favor de mantener el *status quo* podría basarse en la economía procesal. En efecto, si bien, como hemos visto, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje no termina por explicar los motivos de por qué en el caso del literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, no es posible que las partes opten por sustituir a los árbitros, podríamos afirmar que esta disposición favorece a la economía procesal.

En cuanto a la economía procesal, Carretero (1971) la define en los siguientes términos:

“En un sentido muy genérico, la economía procesal es un principio informativo del Derecho procesal que, de forma más o menos intuitiva, influye y configura la estructura y el funcionamiento del proceso; en ese aspecto sería la razón que procurara que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales; obtener el máximo rendimiento con el mínimo gasto y tiempo, lo que podría llamarse la economía en el proceso”

En pocas palabras, economía procesal implica que el proceso debe llegar a su finalidad (la tutela de los derechos) con el menor esfuerzo posible, tanto en términos de tiempo como dinero.

Si analizamos la consecuencia regulada en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, efectivamente, es posible considerar que esta medida significa un ahorro de tiempo y dinero a las partes; sin embargo ¿este ahorro en tiempo y dinero es preferible, si lo que en realidad desean las partes es una decisión válida, cueste lo que cueste? Consideramos que la respuesta es no.

Fuera de que, como ha sido demostrado, esta restricción no se encuentra justificada, como bien ha sido señalado en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, la institución arbitral siempre necesita apuntar a la flexibilidad y autonomía de las partes. Si las partes, conscientes del gasto en tiempo y dinero que supondrá un nuevo arbitraje, en su convenio arbitral, pactan en contra del reenvío en caso de una anulación de laudo por vulneración a su derecho al debido proceso, ¿por qué restringirles dicha posibilidad?

En ese sentido, consideramos que la norma contenida en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje peca de un excesivo paternalismo, que no se condice con el principio de autonomía privada que irradia a una institución de naturaleza consensualista como el arbitraje.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que la diferencia en el tratamiento de la consecuencia regulada en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, a saber, el “reenvío”, respecto de las demás consecuencias reguladas en dicho artículo, no se encuentra justificada.

Ahora, si bien podría afirmarse que dicha medida es acorde al principio de economía procesal, este no puede prevalecer sobre el interés de las partes en mitigar los riesgos de obtener un laudo inválido. Y esto podría darse en aquellos casos en los cuales las partes, antes de la ocurrencia de un conflicto, pacten que, en caso el árbitro o tribunal arbitral designado

afecte gravemente el derecho de defensa de alguna de las partes y el laudo sea anulado por ello, el tribunal arbitral deba reconformarse. Sobre este punto volveremos más adelante.

IV. SECCIÓN III: Nuestra propuesta

Como se desprende de las dos secciones anteriores, la regulación de la Ley de Arbitraje en relación a las consecuencias de la anulación del laudo, y específicamente, la regulación de la consecuencia contenida en el literal b) del artículo 65.1, no resulta adecuada.

A diferencia de las demás consecuencias, esta dispone la medida del reenvío sin dejar posibilidad a las partes de pactar en contrario, lo cual restringe ilegítimamente la autonomía privada.

Partiendo de esta premisa, en esta tercera y última sección delimitaremos los alcances de nuestra propuesta de reforma normativa, la cual busca eliminar la injustificada restricción a la autonomía privada que representa la norma bajo comentario, y con ello además disminuir los problemas que se pueden presentar en la práctica por esta deficiente regulación. Veamos:

4.1. Problemas actuales

Si bien es cierto, la medida contemplada en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje podría justificarse en el principio de economía procesal, o en la dificultad práctica que supone el que las partes tengan que ponerse de acuerdo *ex post* anulación del laudo, ello partiendo de las posiciones antagónicas que puedan tener en torno al arbitraje; esta norma restringe toda posibilidad de que las partes puedan regular sus intereses (*ex post* o *ex ante*) de tal manera que puedan elegir reconformar el Tribunal Arbitral que vulneró tan gravemente el derecho de defensa que el laudo fue anulado por dicha razón.

En efecto, si bien reconocemos que no es común que las partes antes del conflicto, en el convenio arbitral, pacten los alcances de la anulación de laudo, esto tampoco es imposible, dada la creciente importancia que viene tomando entre nosotros el control judicial de los laudos, y especialmente, el control judicial de su motivación. Por lo cual, si bien no es un escenario común, dado los costos que irrogaría, es perfectamente posible que dos contratantes, al momento de redactar su contrato, puedan incluir en la cláusula arbitral ciertas condiciones en relación a la eventual anulación de laudo; y una de estas condiciones podría ser, que en caso el laudo sea anulado por la causal contemplada en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, el Árbitro o Tribunal Arbitral deba ser reconfirmado.

Similar solución se ha llegado a plantear, para la consecuencia regulada en el literal d) del artículo 65, sobre la cual se ha dicho lo siguiente:

“A nuestro entender, el acuerdo distinto de las partes puede consistir incluso en un acuerdo anterior a la anulación del Laudo, siendo posible que esté incluido en el convenio arbitral que dio lugar al proceso arbitral cuyo laudo fue declarado nulo.

En efecto, las partes pueden pactar en el convenio arbitral – entre otros temas- que en el caso de anulación de laudo por la causal del literal d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, las controversias serán conocidas por un nuevo tribunal arbitral y no por el Poder Judicial. Este, pues, sería el acuerdo distinto de las partes, a que se refiere el literal d del artículo 65 de la Ley de Arbitraje”. (Castillo, Sabroso, Chipana y Castro, 2018, p. 789)

Consideramos que las razones por las que debiera permitirse pactos de esta naturaleza son varias, pero, a nuestro entender existe una razón principal: un proceso arbitral que se ha desarrollado con la vulneración del

derecho a la defensa de una de las partes, repercute en la confianza depositada por las partes en los árbitros designados para resolver la controversia. Ahora bien, en el caso en que el laudo haya sido anulado por falta o indebida motivación se suma un problema más: pese a la anulación del laudo, ya existe una pre concepción del árbitro sobre el caso que es sometido por segunda vez a su decisión. Esto último no es *per se* malo, si el árbitro procura realizar un buen trabajo y corregir los errores en que incurrió, escarbando en la causa de los mismos, pero ello no ocurre en todos los casos, y lo que podría suceder es que el árbitro, renuente a reconocer sus errores, manteniendo el laudo anulado, proceda a cumplir solo formalmente a subsanar los errores, simplemente añadiendo párrafos que podrían dar sentido a la decisión.

Sobre el particular, cabe resaltar lo señalado por García Calderón Moreyra en su comentario al artículo 65 de la Ley de Arbitraje, quien sobre la consecuencia analizada en el presente trabajo ha expresado:

“(...) no comparto la consecuencia jurídica que se plantea de manera homogénea para todos los supuestos señalados en la norma. Me parece lógico que se reinicie el arbitraje, desde el momento de la violación de falta de notificación del nombramiento de un árbitro a una de las partes, pero no me parece que el mismo tribunal conozca del proceso, habiendo faltado a un deber procesal, que ha perjudicado manifiestamente a una de las partes, por lo que en esos supuestos considero debería procederse a un nuevo nombramiento”. (2011, p.372)

Es por esta razón que, inclusive se ha llegado a ver casos, en los cuales se ha reportado un segundo proceso de anulación de laudo contra el nuevo laudo emitido por el mismo árbitro único o tribunal arbitral⁴; y aún

⁴ Un ejemplo es el Expediente 344-2019-0-1817-SP-CO-01, que versa sobre un laudo es anulado por cuarta vez.

más común, se siguen viendo recusaciones una vez reanudadas las actuaciones después del reenvío. Ello, pese a que, la anulación del laudo no debería ser una causal de recusación, toda vez que la misma no necesariamente implica una falta de imparcialidad de los miembros del tribunal arbitral.

En este sentido, dadas las dificultades presentadas bajo la regulación actual en cuanto a la consecuencia del reenvío, prevista en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje, se hace cuanto menos, conveniente, un ajuste legislativo, que pueda atenuarlos sin que ello implique la creación de nuevos problemas. Es ese el espíritu de nuestra propuesta que será explicada con mayor detalle en el siguiente subacápite.

4.2. Propuesta de modificación al literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje

Habiendo analizado los problemas que muchas veces puede implicar para los justiciables la actual regulación contenida en el literal b) del artículo 65.1, la cual dispone que la consecuencia de la anulación del laudo por la causal del literal b) del artículo 63.1 (mayormente relacionada a la falta de motivación o a los defectos en la motivación de los laudos) será obligatoriamente el reenvío, pasamos ahora a explicar cómo la propuesta brindada a través del presente trabajo, si bien no los eliminaría, ayudaría a atenuar dichos problemas.

En primer lugar, es importante aclarar que lo que planteamos no es que se regule como consecuencia la reconfirmación del tribunal arbitral, y con ello el reinicio del arbitraje, para todos los casos en que se anule el laudo por la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje. Lo que planteamos, en realidad, es que el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje contemple la posibilidad de que las partes puedan pactar en contra del reenvío, ya sea antes o después de haberse

declarado la nulidad del laudo en sede judicial, tal como lo hace el artículo 65 para casi todas las demás consecuencias de anulación de laudo reguladas en él.

Reconocemos que un acuerdo posterior a la anulación del laudo será muy poco frecuente, toda vez que, naturalmente, las partes del arbitraje tienen intereses antagónicos, y es probable que solo la parte perdedora, que por lo general es la misma que ganó el proceso de anulación de laudo, sea la única que desee el reinicio del arbitraje.

Asimismo, reconocemos que es también muy poco frecuente que las partes, en momento anterior al surgimiento del conflicto, y específicamente en el momento de la redacción de la cláusula arbitral, decidan pensar en la eventual anulación del laudo y regulen sus consecuencias. Aunque dada la importancia que viene ganando el control judicial de los laudos, esta sería una buena práctica.

Sin embargo, no debe escapar de nuestra vista que inclusive si estos pactos existieran los mismos serían ineficaces bajo la regulación actual, en tanto existe una norma que regula como consecuencia jurídica, de forma imperativa, el reenvío, excluyendo toda posibilidad de que las partes puedan pactar en contrario a esta consecuencia, ya sea *ex ante* o *ex post* la anulación del laudo.

No pondremos en duda en este trabajo que la regulación actual favorece a la economía procesal, al establecer como consecuencia el reenvío y anular solo las actuaciones estrictamente necesarias (*“el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa”*); y lo mismo podría decirse de la independencia del árbitro, al garantizársele no poder ser removido inclusive si su laudo vulneró el derecho de alguna de las partes; sin embargo, es evidente que el permitir a las partes pactar en contra del

reenvío ayudaría a evitar los problemas abordados en el subacápite anterior.

En efecto, modificar la Ley de Arbitraje en el sentido de permitir que las partes, ya sea antes o después de la anulación del laudo puedan acordar que el Tribunal Arbitral que emitió el laudo anulado sea reconfirmado y se reinicien las actuaciones arbitrales, disminuiría aquellos supuestos de recusación no justificada estrictamente (como debiera serlo) en razones de falta de imparcialidad. Solo por mencionar uno de sus más importantes beneficios. Y para ello, solo bastaría con agregar la frase “*salvo pacto en contrario*” al final del texto de la norma bajo comentario, quedando como resultado el siguiente texto:

“Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

(...)

*b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa, **salvo pacto en contrario** (...).”*

4.3. Sin duda esta modificación normativa no hará que repentinamente todos los contratantes empiecen a regular los efectos de la eventual anulación del laudo en sus cláusulas arbitrales, pero, sin duda, dado el alto porcentaje de anulaciones de laudo por la causal contenida en el literal b) del artículo 63.⁵, representaría un gran avance el solo hecho de que estas puedan pensar en estos pactos como una posibilidad en aras de

⁵ El Magistrado Miguel Ángel Rivera Gamboa, verifica que solo en la Primera Sala Comercial de Lima, en el año 2020 de un total de 134 demandas de anulación de laudo interpuestas, 25 fueron declarados fundados y 23 de ellos por la causal de anulación contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje. En el año 2021, el patrón se repitió. De 191 demandas de anulación de laudo, 48 fueron declarados fundados, y de ellos 41 fueron por la causal contenida en el literal b. Las cifras dejan en evidencia la importancia de esta causal. (Tercer Panel – X° Simposio Internacional de Arbitraje, organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, realizado en la ciudad de Lima el día 13 de octubre de 2022.)

auto regular de una mejor manera sus intereses, si lo que buscan es una decisión válida, cueste lo que cueste.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En función a lo desarrollado a lo largo de este artículo, hemos podido llegar a las siguientes conclusiones.

- (i) Pese a que no existe causal expresa en la Ley de Arbitraje, en el Perú, es posible anular un laudo por cuestionamientos a la motivación del laudo. Ello en virtud de que el literal b) del artículo 63.1 prevé que se puede anular el laudo por afectaciones al debido proceso, siendo el derecho a la motivación una de sus más importantes manifestaciones.
- (ii) La Ley de Arbitraje, en los casos de anulación de laudo por la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1, restringe injustificadamente la posibilidad de las partes de poder pactar que en caso el laudo sea anulado por esta causal, se pueda reconstituir el tribunal arbitral e iniciar un nuevo arbitraje. Esta prohibición tiene, además, el efecto negativo de hacer que las partes busquen recusar a los árbitros una vez ocurrido el reenvío.
- (iii) La regulación actual no permite que las partes puedan pactar en contra del reenvío, en caso de la anulación de laudo por la causal contemplada el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, al ser esta una norma de carácter imperativo. Pese a que este acuerdo es compatible con la Constitución, el hecho de que la Ley de Arbitraje únicamente limite la consecuencia de la anulación por esta causal al reenvío, y a diferencia de las otras causales no especifique que existe la posibilidad de pactar en contra, implica que este acuerdo sea ineficaz.

- (iv) La economía procesal no puede ser un argumento que prevalezca a la ilegítima restricción a la autonomía de la voluntad de las partes, más aún si estas saben *ex ante* de los costos que supone su decisión y prefieren asumirlos a tener mayor riesgo de asumir las consecuencias de obtener una decisión inválida.

- (v) Los problemas de la deficiente regulación de la consecuencia del reenvío prevista en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje para la causal de anulación del laudo contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, hacen necesaria una modificación legislativa que, en lugar de excluir -como lo hace actualmente- permita el pacto de las partes contra la consecuencia del reenvío. Esta mínima modificación en la ley ayudará a atenuar los problemas actuales de la regulación bajo comentario, y cuanto menos, ayudará a fomentar a que las partes empiecen a interesarse por regular los alcances de la eventual anulación del laudo antes de que surja el conflicto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alva, E. (2011) "La anulación del Laudo". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen N° 14, Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores.

Avendaño, J. "Comentarios al artículo 62° de la ley de arbitraje peruana". En: Bullard, A.; Soto, Carlos Alberto (Coordinadores). "Comentarios a la ley peruana de arbitraje". Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

Cantuarias, F. (2004). "Anulación de un Laudo Arbitral por la causal de violación del debido proceso y derecho de defensa". Lima: Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e internacional de la Cámara de Comercio de Lima, año II, N.º 3.

Campos, H. (2020). “Apuntes respecto de la validez de los acuerdos procesales que condicionan el acceso a la anulación de laudo a la constitución de una garantía en el ordenamiento jurídico peruano”. Lima: *Themis*, N° 77, 331-366.

Carretero, A. (1971). “El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo”. España: *Revista de Administración Pública*. N° 65, 99-142

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L. & Chipana Catalán, J. W. (2016). “El inicio y la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales”. *Lex – Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 14(18), 83-106.

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L. & Chipana Catalán, J. W. (2018). “La Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia”. Lima: *Gaceta Jurídica*.

García, F. (2013). “El convenio arbitral en el derecho peruano”. Lima: *Athina*, N° 10, 83-94.

García-Calderón, G. (2011). Comentario al artículo 65 de la Ley de Arbitraje. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I. 372

International Bar Association (IBA) (2010). *Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*.

Reggiardo, M. (2014) “Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú”. Lima: *Forseti*, N° 1.

Rodríguez, R. (2015). “La falta de motivación como causal de anulación de laudo”. Lima: *Arbitraje PUCP* N°5.