

LA ANULACIÓN DEL LAUDO POR SU MOTIVACIÓN EN EL PERÚ – CÓMO HACER FRENTE A UNA VÍA DISTORSIONADA

THE ANNULMENT OF THE AWARD DUE TO ITS REASONING IN PERU – HOW TO FACE A DISTORTED WAY

Gino Rivas Caso*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Judicial review of the awards in Peru is in practice problematic and incomprehensible. Even though the law expressly forbids the judicial analysis of the reasoning of the award, in reality more than the half of proceedings for setting aside an award are based on objections to its reasoning.

In view of this situation, it is essential to understand which are the “defects” in the reasoning that renders void the award, in order to not commit them. This paper seeks to propose guidelines that allows arbitrators to avoid the annulment of the award due to its reasoning.

KEY WORDS: Arbitration; Corruption; Due Process; Annulment Remedy; Professional Ethics.

El control judicial de los laudos en el Perú es, en la práctica, problemático e incomprendible. Aun cuando la ley prohíbe expresamente el análisis judicial de la motivación del laudo, en la realidad, más de la mitad de los procesos de anulación de laudo se sustentan en un cuestionamiento a su motivación.

Ante esa situación, es esencial entender cuáles son los “defectos” en la motivación que hacen nulo el laudo, para no cometerlos. Este trabajo busca proporcionar lineamientos que permitan a los árbitros evitar la anulación del laudo debido a su motivación.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; corrupción; Debido Proceso; recurso de anulación; Ética profesional.

* Abogado. Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Club Español de Arbitraje.

I. INTRODUCCIÓN

Un laudo anulado es una situación no deseable. Un laudo anulado nos dice que, en su procedimiento o en su resultado final (el propio laudo), el arbitraje se vio afectado por algún vicio que invalida la decisión de los árbitros sobre la controversia.

Ahora bien, en una perspectiva macro, un laudo anulado constituye un indicador del buen o mal desarrollo del arbitraje en un ordenamiento jurídico específico. Una gran cantidad de laudos anulados revela que el arbitraje no está funcionando bien, sea esto debido a las partes (quienes pueden aplicar mal el arbitraje), los árbitros (quienes pueden incurrir en errores, omisiones o excesos al ejercer su autoridad) y/o los jueces (quienes pueden entender mal el rol del control judicial sobre el arbitraje).

Pero peor que un laudo anulado es uno que es anulado *arbitrariamente*. Un control judicial de laudos que no respete los límites de su intervención es severamente perjudicial porque impide el desarrollo de un escenario arbitral estable y seguro (Cheng Castañeda, 2010, p. 260); y menoscaba la atracción del país como sede arbitral.

Y, justamente, eso es lo que pasa en el Perú para el caso del control de la motivación del laudo. Como veremos, una cosa es el ámbito de control que asigna la ley y otra es la que terminan ejerciendo los tribunales judiciales en la práctica.

II. LA TEORÍA: LOS JUECES NO PUEDEN EVALUAR LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO

Nuestra Ley de Arbitraje [en adelante, LA] adopta un principio básico e incuestionable en cualquier parte del mundo: la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo de la controversia. Una vez que existe un pacto arbitral, las partes someten su dis-

puta al juicio y decisión de los árbitros, quedando vedado a los tribunales nacionales resolver la controversia (Castillo Freyre y Vásquez Kunze, 2006, pp. 198-199).

En efecto, ¿qué sentido tendría que las partes designen un árbitro para que éste resuelva su disputa si posteriormente un juez podría ratificar, modificar o revocar la decisión arbitral? La competencia arbitral sobre el fondo de la controversia es, así, **esencial**.

En el Perú, esto está reconocido en los artículos 40¹ y 62.2² LA. El primero de estos reconoce la competencia arbitral sobre el fondo de la controversia y el segundo dice, literalmente, que para los tribunales judiciales “está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia [...] o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

La conclusión es contundente: los jueces no pueden ingresar al fondo y por tanto tampoco pueden calificar la motivación del laudo. Es decir, el laudo no puede anularse por “defectos”, “problemas” o “insuficiencias” en su motivación (Cantuarias Salaverry, 2006, p. 70).³

Y es que cuando se examina la motivación la intromisión al fondo del asunto es indiscutible. Calificar la motivación de defectuosa o correcta, suficiente o insuficiente, lógica o ilógica implica que el razonamiento de los árbitros solo será válido si los jueces consideran “buena” la exposición del mismo (motivación). Nuevamente, ¿quién debe resolver un caso arbitral? ¿El árbitro o el juez? Permitir que los jueces puedan revisar la motivación del laudo es asignarles la potestad de dar un último “visto bueno” al razonamiento de los árbitros (Cantuarias Salaverry y Repetto Deville, 2015, p. 44); por lo que en última instancia sería el juez quien está decidiendo.⁴

¹ **Artículo 40.-**

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

² **Artículo 62.-**

[...]

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.

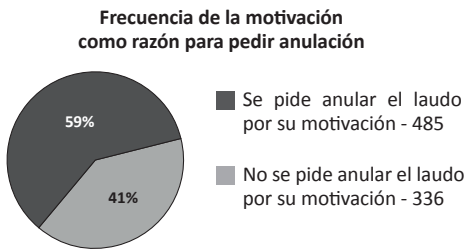
³ Esto no debe confundirse con la potestad de los jueces de anular el laudo ante ausencia absoluta de motivación. En efecto, si las partes pactaron que el laudo debía estar motivado (regla supletoria establecida en el artículo 56.1 LA), un laudo que carece absolutamente de motivación deberá ser anulado. Véase también Bullard González (2012), pp. 30-31.

⁴ Aun cuando los jueces están impedidos de revocar las decisiones arbitrales y establecer otras, al permitirles anular el laudo por motivación estos pueden anular y anular el laudo hasta que este resuelva de la manera en que ellos consideren correcta. La intervención en el fondo, si bien puede considerarse indirecta, es indiscutible.

III. LA PRÁCTICA: INTERVENCIÓN JUDICIAL SOBRE EL FONDO

A. Situación actual y “justificación” de la Judicatura

Aun cuando la norma no puede ser más clara al establecer la prohibición de evaluar la motivación de un laudo, la práctica en el Perú se va al otro extremo. En un estudio estadístico previo, encontramos que casi el 60% de los procesos de anulación de laudos se sustentan en un cuestionamiento a la motivación del laudo (Rivas Caso, 2017, p. 99).



En este punto, surgen dos preguntas: ¿Cuál es el fundamento por el cual los jueces intervienen en el fondo de la controversia? Y ¿cómo sortearon los jueces la prohibición del artículo 62.2 LA?

Para la primera pregunta, la respuesta está en la **procesalización** del arbitraje en el Perú. Este fenómeno aparece con la sentencia del *caso Cantuarias* (STC 6167-2005-PHC/TC), que concluye que, al ser jurisdicción el arbitraje, este no se encontraba exento de las garantías propias del debido proceso. Y una de estas es la debida motivación.

El error está en que los jueces aplicaron las garantías del debido proceso judicial al arbitraje, generando distorsiones a la institución; esto debido a que el arbitraje no es idéntico al proceso judicial. Un ejemplo simple: si tratásemos al arbitraje como al proceso judicial, de entrada el laudo necesariamente debería ser apelable (derecho a la pluralidad de instancias). La distorsión es grosera y evidente.

Sea como fuere, los jueces entendieron que el laudo arbitral tenía la misma carga de motivación que la de las resoluciones judiciales y administrativas⁵. Sobre ello, desde 2007 (poco después de la difusión de la sentencia del *caso Cantuarias*) aparecieron

[N]umerosos pronunciamientos que defienden la posibilidad de que el juez, al analizar el cumplimiento del deber de motivación, no sólo determine si existe algún tipo de motivación en el laudo sino que, además, evalúe si ella reúne los requisitos necesarios para ser calificada como adecuada (Alva Navarro, 2011, p. 163).

En ese sentido, la motivación defectuosa del laudo constituye un supuesto de anulación para la judicatura, sea porque puede entenderse como una afectación a los derechos de una de las partes (artículo 63.1, inciso b LA) o como un incumplimiento de las reglas del arbitraje (artículo 63.1, inciso c LA)⁶.

En síntesis: para el juez, las garantías del debido proceso judicial se aplican plenamente al arbitraje, por lo que el control de la motivación es algo que debe darse por sentado.

No obstante, este razonamiento no alcanza para resolver la segunda pregunta. ¿Qué dicen los jueces sobre la prohibición del artículo 62.2 LA?

Nada. En toda la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima sobre casos resueltos con la actual LA, no hay ni en un solo caso una explicación sobre cómo la evaluación de la motivación no atenta contra la prohibición del artículo 62.2 LA. Inclusive, en algunos casos el mencionado artículo es citado o invocado, mas luego sin razón alguna se expone que el derecho a la debida motivación es una garantía obligatoria para el arbitraje.

B. ¿Qué “defectos” en la motivación generan la anulación del laudo?

Al evaluar la motivación del laudo nuestros tribunales aplican⁷ los supuestos de afectación al derecho a la debida motivación establecidos por el Tribunal Constitucional: inexistencia de motivación o motivación aparente, motivación insuficiente, falta de motivación interna en el razonamiento, deficiencias en la motivación externa, motivación sustancialmente incongruente y motivaciones calificadas.⁸

Sin embargo, tal categorización es redundante (León, 2017) y, en realidad, los problemas en la motivación del laudo pueden clasificarse en 3 gru-

⁵ Expediente [en adelante, Exp.; en plural, Exps.] 690-2007, Resolución [en adelante res.] 12, Primera Sala Comercial, entre muchos otros.

⁶ Ver Exps. Acumulados 200-2014 y 206-2014, Res. 28, Segunda Sala Comercial, p. 20.

⁷ Al respecto, revisar Exp. 70-2015, Res. 8, Segunda Sala Comercial, p. 9; Exp. 216-2010, Res. 28, Primera Sala Comercial, pp. 8-9; Exp. 309-2013, Res. 8, Segunda Sala Comercial, p. 8; Exp. 94-2011, Res. 12, Primera Sala Comercial, p. 6; entre muchos otros.

⁸ Exp. 00728-2008-PHC/TC.

pos: (a) ausencia absoluta de motivación; (b) motivación con defectos lógicos; y (c) motivación con defectos de insuficiencia.

- a) Ausencia absoluta de motivación: si el laudo carece totalmente de motivación, se viola el derecho a la motivación. Esto se puede dar a través de:
- (i) Incongruencia entre lo resuelto y lo motivado, puesto que si las partes someten la pretensión “A” y el laudo resuelve sobre “A” pero la motivación se dirige a resolver “B”, es claro que no hubo motivación sobre la pretensión discutida en el arbitraje⁹.
 - (ii) Ausencia de exposición de argumentos, casos en los que literalmente no se dice nada sobre el análisis del caso.
 - (iii) Ausencia de exposición de razonamiento, casos en los que el “análisis” del caso se limita a referencias bibliográficas teóricas sin aterrizaje en el caso o cuando no se evalúa lo alegado por las partes; esto es, “cuando el Juez o el Árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos”¹⁰.

En realidad, este supuesto es el único en el que la anulación es válida. El artículo 56.1¹¹ LA establece que, salvo pacto en contrario, el laudo debe estar motivado, por lo que un laudo sin motivación en absoluto es una violación a los derechos de las partes.

- b) Motivación con defectos lógicos: Errores lógicos en el razonamiento. El laudo se anulará si el mismo viola los principios esenciales de la lógica formal (identidad, no contradicción, tercero excluido) (Wong Abad, 2013, p. 171); el laudo no puede sufrir de “rupturas” de lógica en el razonamiento del Tribunal Arbitral¹².

En este punto, la jurisprudencia de las Salas Comerciales se ha enfocado en el principio de no contradicción. Esto es, cuando “el Tribunal Arbitral afirma y niega un mismo hecho de modo tal que no es posible entender cuál es el verdadero sentido de la decisión”¹³.

- c) Motivación con defectos de insuficiencia: la falta de sustento adecuado de alguna parte “importante” (¿quién define qué partes son importantes? El juez) para el razonamiento que aplican los árbitros para resolver el caso. Bajo la jurisprudencia, esto puede darse cuando (i) no sustenta alguna premisa considerada importante (por los jueces)¹⁴; (ii) no absuelve ciertos argumentos de una o ambas partes¹⁵; y (iii) no fundamenta por qué ciertos medios probatorios no le generan convicción¹⁶.

Ausencia total, insuficiencia e incongruencia. Así podrían resumirse los 3 tipos de defectos que generan la anulación del laudo.

C. Consecuencias de la anulación

¿Qué pasa luego de que se anula el laudo? La respuesta depende de la razón por la que se anuló el laudo. Para el caso de anulación por problemas en la motivación, que se encausa bajo las causales b) o c) del artículo 63.1 LA, la respuesta es la misma: se reinicia el arbitraje en el momento anterior a la emisión del laudo.

Esto significa que, anulado el laudo, el tribunal debe retornar al paso previo consistente en deliberar y sobre ello llegar a una decisión sobre las controversias objeto del arbitraje. Sin embargo, no es inusual que en algunos casos los árbitros realicen algunas actuaciones complementarias, como la reinstalación del tribunal o una audiencia de

⁹ Ahora, si las partes someten la pretensión A, y el laudo resuelve sobre “B” y motiva sobre “B”, el laudo deberá ser anulado por un *excess of authority* sobre el objeto (artículo 63.1, inciso d LA).

¹⁰ Revisar Exp. 905-2010, Res. 8, Segunda Sala Comercial, p. 4. En igual sentido, Exp. 155-2012, Res. 43, Segunda Sala Comercial.

¹¹ **Artículo 56.-**

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

¹² Al respecto, Exp. 203-2015, Res. 8, Primera Sala Comercial, p. 17.

¹³ Revisar Exp. 250-2016, Res. 8, Primera Sala Comercial, p. 6. En igual sentido, Exp. 378-2011, Res. 38, Segunda Sala Comercial; y Exp. 150-2015, Res. 8, Primera Sala Comercial. Exp. N° 129-2013, Res. 15, Segunda Sala Comercial.

¹⁴ Al respecto, Exp. 127-2015, Res. 5, Primera Sala Comercial.

¹⁵ Revisar Exp. 86-2014, Res. 7, Segunda Sala Comercial; Exp. N° 34-2012, Res. 8, Segunda Sala Comercial; Exp. 36-2015, Res. 12, Primera Sala Comercial; entre otros.

¹⁶ Al respecto, Exp. 2-2014, Res. 17, Segunda Sala Comercial; Exp. N° 7-2012, Res. 8, Segunda Sala Comercial; Exp. 283-2013, Res. 9, Segunda Sala Comercial; entre otros.

ilustración para lograr “empaparse” de nuevo en el caso (inmediación).

A contrario, lo que no debe hacerse bajo el pretexto de reiniciar el arbitraje es (i) ofrecer, admitir o actuar pruebas; (ii) designar nuevos árbitros alegando que los anteriores ya hicieron un pronunciamiento anticipado¹⁷.

IV. ¿CÓMO PREVENIR QUE EL LAUDO SEA ANULADO POR DEFECTOS EN SU MOTIVACIÓN?

La anulación del laudo por “vicios” en su motivación es una realidad. Una realidad perjudicial y carente de sustento, pero realidad a fin de cuentas. Sin embargo, quedarnos sentados de brazos cruzados no es la única opción; todo lo contrario, las partes y los árbitros pueden tomar medidas para hacer frente a la distorsión generada por los jueces.

¿Puede evitarse la anulación del laudo por defectos en su motivación? Sí, tanto las partes y los árbitros, por diferentes maneras, pueden lograr ello.

A. La exclusión de la anulación del laudo por su motivación vía pacto de las partes

La motivación del laudo es un derecho disponible. Esto no lo decimos nosotros, sino el artículo 56.1 LA al señalar que el laudo deberá estar motivado “salvo pacto en contrario”. La lógica indica, indiscutiblemente, que las partes pueden realizar pactos sobre el contenido de la motivación. Y aquí hay 2 maneras de evitar el control judicial de la motivación.

1. Pacto en contrario a la obligación de motivar para los árbitros

Si las partes pactan que no haya obligación de motivar, el laudo podría estar no motivado y esto sería legítimo. En un caso así, sería inviable que la judicatura anule el mismo.

En efecto, ¿qué derecho estaría tutelando la judicatura en este caso? Al pactar que el laudo no debe estar motivado, las partes están renunciando al derecho a reclamar por la motivación del laudo. Luego, la judicatura no podría alegar una afectación al derecho a la motivación porque, en el caso concreto, tal derecho no existiría.

Un último aspecto importante aquí es que el “pacto en contrario” a que el laudo debe estar motivado puede entenderse como (i) la prohibición a los árbitros de motivar; o (ii) la ausencia de obli-

gación de motivar. En este último caso, los árbitros podrían motivar el laudo, pero tal motivación no podría ser sustento de anulación porque, como ya dijimos, no habría derecho a la motivación tutelable dado que las partes renunciaron al mismo.

2. Pacto para excluir el análisis judicial de la motivación del laudo

Dijimos que las partes pueden decidir si el laudo debe estar motivado o no. La ley permite entonces los extremos; pero entre estos extremos existen otras opciones y, justamente, estas versan sobre casos en que las partes regulen el derecho a la motivación.

Al respecto, ya Bullard ha mencionado que las partes pueden regular la rigurosidad de la motivación (2011, pp. 631-632). Y efectivamente, no existe razón alguna para rechazar que las partes en un arbitraje puedan regular aspectos de su derecho a un laudo motivado.

Recordemos que el artículo 2.24, literal a) de la Constitución establece que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. Más aún, si las partes pueden llegar al extremo de pactar en contrario al deber de motivación del laudo, ¿cómo no podrían pactar algo más leve que es regular su derecho a la motivación y no eliminarlo? Aplica aquí el aforismo de “quién puede lo más, puede lo menos”. En conclusión, las partes pueden regular el nivel de rigor de la motivación.

¿Cómo las partes podrían excluir el análisis judicial de la motivación a través de la regulación de la motivación? Esto puede hacerse a través de dos tipos de pactos “distintos” (en el fondo versan sobre lo mismo): (i) un pacto expreso de veto a evaluar la motivación (Wong Abad, 2016); y (ii) la declaración de que la calificación de la motivación es siempre subjetiva.

En cuanto a (i), la idea es simple: las partes vetan expresamente que los jueces puedan analizar la motivación del laudo. Bastaría para ello consignar algo de estilo “el laudo no podrá ser anulado por cualquier real o supuesto vicio en su motivación”. Con ello, los jueces se verían en un dilema: aun cuando tienden a ignorar el artículo 62.2 LA, tendrían que afrontar y absolver esta declaración de las partes. Para los jueces, solo habría un camino lógico y razonable: no analizar la motivación.

Sobre (ii), el pacto pasa por asumir una realidad simple: la calificación de la motivación constituye

¹⁷ Revisar Exp. 296-2013, Resolución 12, Primera Sala Comercial.

un tema de percepciones y no de verdades absolutas. Lo que para uno puede ser una motivación deficiente, para otro puede no serlo. Al final, cuando un juez evalúa la motivación está aplicando su criterio a la misma.

¿Qué pasaría entonces si las partes consignan dicha realidad expresamente? Veamos como ejemplo la siguiente redacción: “El laudo deberá ser motivado. Las partes acuerdan que, respecto a la motivación, es el propio Tribunal Arbitral el que define a su motivación como válida y correcta. La calificación de la motivación constituye un juicio subjetivo, por lo que debe primar solo la apreciación de los árbitros, designados justamente para resolver la controversia”. En un caso así, la judicatura tendría que explicar cómo si las partes consideran que la apreciación subjetiva final aplicable es la de los árbitros, ésta igual se aboca a calificar la motivación.

Una advertencia final: aun cuando estos pactos son válidos a nivel teórico, nada nos garantiza que la judicatura lo entienda así. Es posible que, yendo en contra del artículo 56.1 LA, los tribunales afirmen que estos pactos son nulos porque atentan contra la “indisponibilidad” del derecho a la debida motivación.

B. La prevención de la anulación del laudo por su motivación: lineamientos para su redacción

¿Cómo prevenir que un juez pueda considerar a la motivación como deficiente? Simple: a través de un laudo motivado a detalle, con especial cuidado en dar pie a que la judicatura pueda afirmar luego que la motivación es defectuosa, insuficiente o ilógica.

Entonces, una forma de “prevenir” la anulación del laudo pasa por que los árbitros “adapten” su motivación de forma tal que no incurra en los “defectos” que, según la judicatura, merecen la anulación del laudo.

La elaboración de la motivación naturalmente depende de cada caso. De todas formas, es posible dar algunas consignas de aplicación general:

- a) Delimitar y diferenciar cada una de las pretensiones

Esto resulta obvio, pero siempre es importante resaltar que la motivación se beneficia mucho de un esquema claro y preciso de las pretensiones sometidas. Si las pretensiones no están diferenciadas, se corre el riesgo de que la judicatura considere a la motivación como ambigua y por tanto inexistente o insuficiente.

- b) Disgregar las pretensiones en puntos controvertidos y plasmar expresamente argumentos para cada uno de los mismos

Si la judicatura considera que un aspecto, fundamento o premisa es “importante” para sostener el razonamiento de los árbitros, la misma deberá estar motivada en el laudo. En caso contrario, el laudo será anulado.

El problema, como podremos observar, es la subjetividad de definir qué es o qué no es “importante” y por ello merecedor de necesaria motivación. Al evaluar la motivación del laudo, los jueces se auto asignan la discrecionalidad de definir a su gusto qué puntos concretos deben estar motivados.

Frente a ello, una manera de reducir o evitar la discrecionalidad de los jueces está en que los propios árbitros establezcan expresamente puntos controvertidos; es decir, definan qué aspectos son nucleares para su razonamiento y decisión final sobre el caso, sea porque así fluyen de la naturaleza del caso o porque una o ambas partes han argumentado con bastante énfasis sobre temas específicos. A modo de **ejemplo**:

Pretensión: la liberación del deudor de su obligación de entregar los bienes [...] por causa no imputable (derrumbe de único puente de la zona).

Puntos controvertidos:

- ¿En qué consistía exactamente la prestación del deudor?
- ¿Califica el hecho alegado por el deudor como causa no imputable?
- ¿El derrumbe del puente constituye un caso de fuerza mayor?
 - i) ¿Es un hecho extraordinario?
 - ii) ¿Es un hecho imprevisible?
 - iii) ¿Existían reportes sobre el estado crítico del puente?
 - iv) ¿Es un hecho irresistible?
 - v) ¿Pudo el deudor entregar los bienes por otra vía (ej. vía aérea)?
- ¿Estaba el deudor en mora al momento en que se produjo la imposibilidad de la prestación?
- ¿Cuáles son las consecuencias de la liberación del deudor?

Así, se elaboraría una suerte de *decision tree* (Meyer, 2014, pp. 59-64) que contendría todos los nu-

dos esenciales objeto de deliberación arbitral, los que serían expuestos y desarrollados expresamente en la motivación. Al establecer este “guion”, los jueces no deberían poder sustraerse del mismo, y definir según su libre capricho cuáles aspectos son importantes y cuáles no.

- c) Pronunciarse expresamente sobre los medios probatorios

Según vimos, en algunos casos la judicatura ha anulado el laudo porque la motivación no se pronunció sobre ciertos medios probatorios. Dicho escenario se descarta si el laudo se pronuncia sobre todos los medios probatorios presentados por las partes.

Naturalmente, uno puede considerar ineficiente hacer un pronunciamiento individualizado de cada uno de los medios probatorios ofrecidos por ambas partes. En todo caso, consideramos que (i) el laudo debe pronunciarse expresamente sobre aquellos medios probatorios que resultaron esenciales para su decisión; y (ii) los medios probatorios no esenciales pueden ser objeto de análisis de manera conjunta y general.

- d) Evitar la motivación por remisión

Si bien el Tribunal Constitucional reconoce que la motivación, a nivel judicial, puede consistir en remitirse a lo señalado por órganos judiciales distintos, no es recomendable hacer esto en el arbitraje.

Los árbitros no deben dejar que su motivación se limite a una remisión a (i) resoluciones arbitrales previas (por ejemplo, resoluciones que resuelven un pedido cautelar o una excepción) o a (ii) informes efectuados por otros agentes que participan en el proceso (por ejemplo, peritos o testigos). Los árbitros pueden, naturalmente, sustentar sus decisiones en estos elementos, pero el laudo debe expresar en sus propias palabras qué develan aquellas resoluciones o informes; en caso contrario, la judicatura podría afirmar que no hubo exposición del razonamiento del propio tribunal arbitral.

- e) Argumentación multi pilar

Un defecto en la motivación carecerá de relevancia si la premisa afectada se encuentra sustentada por otros argumentos independientes distintos al

que genera la motivación defectuosa. Si la judicatura considera que el argumento A por el que el tribunal concluyó que hubo efectiva transferencia del inmueble es defectuoso/insuficiente, ello no podrá generar la anulación del laudo si es que el laudo contiene a los argumentos B, C y D, los que sostienen cada uno por su lado la mencionada premisa (transferencia efectiva del inmueble).

La argumentación multi pilar impide que los jueces puedan afirmar que el defecto es material. Recordemos que “no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales” (STC 896-2009-PHC/TC). El defecto en la motivación es un “error”, pero el mismo no viola el derecho a la debida motivación si es que en el laudo se expresan otras razones que satisfacen el derecho de las partes a saber por qué los árbitros concluyeron lo que concluyeron.

- f) Consignar expresamente las razones de equidad empleadas

Nuestro Código Civil permite en ciertos casos juzgar aplicando criterios de conciencia¹⁸. El supuesto más conocido es el de la valoración equitativa del artículo 1332 del Código Civil: si el daño no se ha acreditado en monto preciso, el juez/árbitro puede definirlo bajo una valoración equitativa interna.

Así, la judicatura ha señalado varias veces que los árbitros no pueden limitarse a mencionar el artículo 1332 del Código Civil para valorizar daños, caso contrario el laudo se anula¹⁹. Amparados en ese razonamiento, la judicatura puede anular un laudo cuando a su entender solo haya una “mención” al artículo 1332 y no una exposición de cómo se aplica.

Aun cuando, visto de cierta manera, lo solicitado por los tribunales puede no tener sentido (¿cómo expresar un criterio interno subjetivo de equidad o justicia?), recomendamos hacer una exposición detallada y amplia en casos en que se apliquen normas que otorgan a los árbitros la facultad de utilizar equidad.

En síntesis, la anulación del laudo por su motivación puede ser evitada si se pone mayor énfasis a

¹⁸ Artículos 835 (reajuste de valor de liberalidad para cálculo de masa hereditaria), 1332 (valoración de resarcimiento), 1346 (reducción judicial o arbitral de penalidad), 1563 (compensación equitativa en casos de resolución de compraventa por falta de pago), entre otros de menor relevancia.

¹⁹ Al respecto, Exp. 127-2015, res. 5, Primera Sala Comercial; Exp. 21-2015, res. 12, Segunda Sala Comercial; Exp. 45-2015, res. 7, Segunda Sala Comercial; Exp. 64-2015, res. 9, Segunda Sala Comercial; Exp. 74-2015, Res. 10, Segunda Sala Comercial; Exp. 99-2015, res. 9, Segunda Sala Comercial.

la extensión, detalle y mención expresa de los argumentos y puntos esenciales.

Sin embargo, aun la motivación más compleja, extensa y detallada no garantiza que los jueces no anularán el laudo por su motivación. Y la razón de esto es simple: a veces los jueces ni se molestan en ocultar su intervención sobre el fondo bajo el pretexto de la motivación. Veamos un caso real:

En todo caso, podría pensarse que el sustento de la opinión del tribunal arbitral radica en que, a su criterio, no basta con que Fondepes haya simplemente exigido la entrega de la obra culminada [...]. Pero entonces ¿de qué parte de la ley extraía esa idea? ¿Cómo así llega a identificar, a partir el texto de la ley, la obligación de Fondepes de desmenuzar en su requerimiento cada una de las prestaciones involucradas en el contrato de obra, que venían siendo incumplidas por Ibeco? ¿Cuál es el extremo de la anterior Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, o su reglamento, que impone a las entidades estatales la obligación de desmenuzar en el requerimiento de cumplimiento previo a la resolución, cada una de las prestaciones específicas que vienen siendo incumplidas por el contratista, aunque estas se contaran por decenas o cientos (piénsese en un contrato de construcción de un hospital), cuando lo incumplido es justamente la entrega de la obra? (Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente 216-2010, p.13)

Estas preguntas perfectamente las podría plantear la parte perdedora ante una imaginaria corte de apelación, y ello justamente demuestra cuán evidente y grave puede ser en algunos casos la intervención judicial sobre el fondo del laudo.

Al final, tienen mucha razón Cantuarias y Repetto al definir el análisis judicial de la motivación como un “potro indomable”. No sabemos exactamente qué puede decir la judicatura en un caso concreto para anular el laudo; y contra dicha incertidumbre nada podemos hacer. Sin embargo, sobre el estudio de la jurisprudencia, es posible prevenir y evitar incurrir en aquellos “defectos” que sí son efectivamente sancionados con la anulación del laudo.

V. CONCLUSIONES

Hay una disonancia entre lo que es y lo que debería ser. Aun cuando de la propia naturaleza del arbitraje y de la ley se concluye que la motivación del laudo no puede ser examinada por los jueces, hoy en el Perú la principal causa de anulación de

laudo está en su motivación (recordemos del gráfico: 59%). Los jueces ignoran la prohibición legal de entrar al fondo y se amparan en una aplicación literal y completa del debido proceso judicial al arbitraje (como si proceso judicial y arbitraje fuesen lo mismo) para defender tal proceder.

La jurisprudencia sobre anulación de laudos devela tres supuestos concretos de anulación por motivación: (i) ausencia absoluta de motivación; (ii) motivación insuficiente; y (iii) motivación inexistente. Salvo la primera, estos supuestos implican una grosera intervención judicial sobre el fondo de la controversia, intervención no deseada por las partes (si no, ¿por qué fueron a arbitraje?).

Es necesario hacer frente a esta realidad y, mientras la situación no se rectifique, buscar maneras para evitar la anulación del laudo por su motivación. Pues bien, tanto las partes como los árbitros pueden lograr ello.

Las partes pueden evitar la anulación del laudo por su motivación a través de un pacto que excluya tal posibilidad. Primero, las partes pueden pactar que el laudo no deba estar motivado, tal y como reconoce el artículo 56.1 LA, lo que impediría que los jueces puedan evaluar la motivación (no se puede evaluar algo que no existe). Segundo, las partes podrían pactar un veto al examen judicial de la motivación y consignar que, al ser la calificación de la motivación un tema subjetivo, esto está fuera de las competencias de los jueces.

Por su lado, los árbitros también pueden mitigar este riesgo si realizan una motivación más extensa, detallada y con mención expresa en los puntos importantes del caso. Son lineamientos concretos de aplicación general:

- Delimitar y diferenciar las pretensiones.
- Desmenuzar las pretensiones en puntos controvertidos y hacer pronunciamiento expreso de cada uno de ellos.
- Pronunciarse, de manera grupal o individual, sobre todos los medios probatorios.
- Evitar que la motivación solo consista en la remisión a declaraciones testimoniales, pericias o decisiones arbitrales previas.
- Emplear más de un argumento para cada premisa.
- Argumentar los criterios de equidad internos si se aplicaron estos (por ejemplo: artículo 1332 del Código Civil).

Lo cierto es que la actuación judicial no es totalmente predecible, y en algunos casos ninguna motivación podrá hacer frente a una decisión judicial que, amparándose bajo el pretexto de calificar la motivación, simplemente discrepa del razonamiento arbitral y por tanto anula el laudo. Igual, siempre es mejor afrontar que quedarse de brazos cruzados. ¶

REFERENCIAS

Alva Navarro, E. (2011). *La anulación del laudo* (volumen XIV). Lima, Perú: Palestra – Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre.

Bullard González, A. (2011). Comentario al Artículo 56 de la LA. En: Soto Coágula, C. y Bullard González, A. (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I. Lima, Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 631-632.

Bullard González, A. (2012). El control judicial del arbitraje. En: *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje*. (volumen XX). Lima, Perú: Palestra – Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre.

Cantuarias Salaverry, F. (2006). La motivación del Laudo Arbitral. En: *Revista de Economía y Derecho* (11).

Cantuarias Salaverry, F. y Repetto Deville, J. L. (2015). “El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas”. En: *Ius et Veritas* (51).

Castillo Freyre, M. y Vásquez Kunze, R. (2006). *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia* (Volumen I). Lima, Perú: Palestra – Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

Cheng Castañeda, M. I. (2010). “La ausencia de sinergia entre el Poder Judicial y el arbitraje”. En: *Panorama Actual del Arbitraje*. Lima: Palestra – Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre.

León Pastor, R. (27 de abril de 2015). Caso Llamuja, por qué no mezclar papas con camotes. Lima, Perú. En: *Blog de Ricardo León Pastor*. Recuperado de: <http://www.leonpastor.com/2015/04/caso-llamoja-por-que-no-mezclar-papas.html>

Meyer, B. (2014). *Structuring a Bargaining Process. Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*. Nueva York, Estados Unidos: ASA.

Rivas Caso, G. (2017). “La anulación de laudos arbitrales peruanos – Análisis Estadístico”. En: *Actualidad Jurídica* (287).

Wong Abad, J. (2013). *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo: una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Wong Abad, J. (28 de abril de 2016). *Sobre la naturaleza de la motivación en los laudos arbitrales*.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil. (25 de julio de 1984). *Código Civil*. Decreto Legislativo 295. Publicado en *El Peruano*.

Presidencia de la República. (Vigente desde el 1 de setiembre de 2008). *Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje*. Decreto Legislativo 1071. Publicado en *El Peruano*.

Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2007). Sentencia recaída en el expediente 2273-2007, resolución 16.

(2007). Sentencia recaída en el expediente 690-2007, resolución 12.

(2010). Sentencia recaída en el expediente 216-2010, resolución 28.

(2010). Sentencia recaída en el expediente 216-2010, resolución 28.

(2011). Sentencia recaída en el expediente 94-2011, resolución 12.

(2013). Sentencia recaída en el expediente 296-2013, resolución 12.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 203-2015, resolución 8.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 150-2015, resolución 8.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 127-2015, resolución 5.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 36-2015, resolución 12.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 127-2015, resolución 5.

(2016). Sentencia recaída en el expediente 250-2016, resolución 8.

Segunda Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2010). Sentencia recaída en el expediente 905-2010, resolución 8.

(2011). Sentencia recaída en el expediente 378-2011, resolución 38.

(2012). Sentencia recaída en el expediente 155-2012, resolución 43.

(2012). Sentencia recaída en el expediente 34-2012, resolución 8.

(2012). Sentencia recaída en el expediente 7-2012, resolución 8.

(2013). Sentencia recaída en el expediente 309-2013, resolución 8.

(2013). Sentencia recaída en el expediente 129-2013, resolución 15.

(2013). Sentencia recaída en el expediente 283-2013, resolución 9.

(2014). Sentencia recaída en los expedientes acumulados 200-2014 y 206-2014, resolución 28.

(2014). Sentencia recaída en el expediente 86-2014, resolución 7.

(2014). Sentencia recaída en el expediente 2-2014, resolución 17.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 70-2015, resolución 8.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 21-2015, resolución 12.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 45-2015, resolución 7.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 64-2015, resolución 9.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 73-2015, resolución 10.

(2015). Sentencia recaída en el expediente 99-2015, resolución 9.

Tribunal Constitucional. (13 de octubre de 2008). Sentencia recaída en el expediente 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Flor de María Llamajo Hilares.