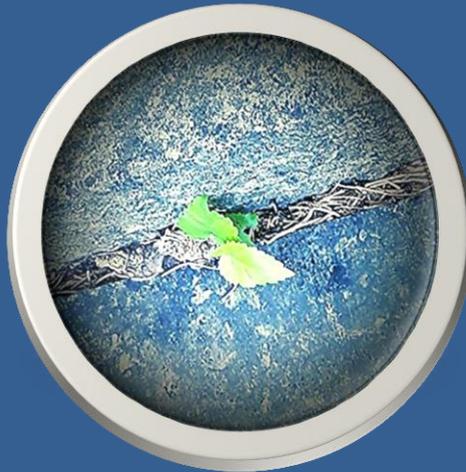


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 1
Enero-julio 2016
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



La nulidad en el arbitraje: notas introductorias a un instituto “silenciado” por nuestra Ley de Arbitraje

[The annulment in the arbitration: introductory notes to an institute "muted" by our Arbitration Law]

Juan Astuhuamán Baldeón

Bachiller en Derecho. Estudiante de tercer ciclo de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP. Contacto: juan.astuhuamanb@pucp.pe

Resumen:

Un tema no abordado en la doctrina nacional es el de la nulidad procesal en el arbitraje. El presente artículo busca demostrar que el instituto de la nulidad procesal es perfectamente aplicable al arbitraje, analizando, para ello, la relación existente entre arbitraje y teoría general del proceso desde la óptica de la teoría del procedimiento.

Palabras clave: vicio formal; vicio extraformal; acto procesal, nulidad procesal; procedimiento, proceso y arbitraje.

Recibido: 15 junio de 2016/ Aceptado: 11 de julio de 2016

Abstract:

One subject that has not been covered in the national doctrine is the procedural annulment in the arbitration. This article seeks to demonstrate that the procedural annulment institution is perfectly applicable to the arbitration; analyzing, for that purpose, the relationship between arbitration and general procedural law from the perspective of the proceeding theory.

Key words: formal vice; extra-formal vice; procedural act; procedural annulment; proceeding, process and arbitration.



La nulidad en el arbitraje: notas introductorias a un instituto “silenciado” por nuestra Ley de Arbitraje*

Juan Astuhamán Baldeón

1. Introducción

El arbitraje es uno de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (los llamados MARC¹) que más acogida² ha

* A Zussel Tello Castillo, que aunque lejos de mí siempre está muy presente...

¹ Sobre los MARC puede revisarse las interesantes reflexiones de ARIANO DEHO (2003: 13-23), quien se hace toda una serie de preguntas: “¿por qué idear e impulsar ‘mecanismos alternativos’ al proceso judicial para resolver los conflictos que se producen en el seno de la sociedad? [...]. Si todo es privatizable, si todo puede ser dejado al libre juego del mercado: ¿Habrà también la posibilidad de un ‘mercado’ de la justicia? ¿Representan, en realidad, los MARC una manifestación de la privatización de la justicia? En principio que los MARC (entre los más conocidos: conciliaciones extrajudiciales, mediaciones, arbitrajes), impliquen una tendencial ‘desjurisdiccionalización’ de la resolución de los conflictos, resulta evidente. La pregunta sería en qué razones y principios se funda esa ‘desjurisdiccionalización’. Se trata solo de aligerar el trabajo de los órganos jurisdiccionales, con la consiguiente disminución de gasto estatal en este sector, o de encontrar el mejor camino para la tutela de los intereses en juego (que era el principio en el que se basaba el movimiento para el acceso)”. Sobre el arbitraje señala: “Como no podía ser de otra forma la ‘moda’ de la desjurisdiccionalización ha llegado entre nosotros. Una primera manifestación de esta tendencia de promover mecanismos paralelos al proceso jurisdiccional fue con el arbitraje. No deja de ser sintomático que en menos de tres años se hayan dado dos leyes de arbitraje. Sin embargo, quiérase o no, el arbitraje por sus altos costos no representa, ciertamente, una seria alternativa al proceso jurisdiccional, teniendo un campo de operatividad (por no hablar de ‘mercado’) bastante restringido”.

venido teniendo en nuestro país en los últimos años. Quizá ello no se deba tanto a que los particulares prefieran resolver sus controversias por esta vía, sino porque nuestra ley lo ha impuesto para determinados casos³. Pero sea como fuere, el arbitraje es hoy en día algo de lo que se habla y discute mucho y por esto, es importante que se aborde a ésta antigua forma de resolver conflictos desde el lugar que siempre le ha correspondido: la teoría general del proceso⁴.

² Hay quien habla incluso de una *historia* de éxito del arbitraje en el Perú: “Haciendo eco de lo expresado por Bullard y otros autores nacionales, diré que si existe una historia de éxito en el Perú, esta es la del arbitraje. Y es que desde 1996, año en que se promulgó la primera ley sobre la materia, la llamada Ley General de Arbitraje, hasta la dación del Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje), el número de arbitrajes ha estado creciendo de forma exponencial en nuestro país. Un análisis superficial del estado actual del arbitraje peruano nos llevaría a afirmar que si los operadores económicos deciden arbitrar sus controversias, se debe a que el arbitraje funciona bien, por lo que no es raro que se haya convertido en un éxito, al menos en términos cuantitativos” (LIMAS CALDERÓN 2013).

³ Me refiero, concretamente, al llamado arbitraje administrativo, que a decir de MATHEUS (2015), ocupa el 70% de las causas arbitrables en nuestro país: “A nivel doméstico, considero que estamos muy bien. El 70% de las causas arbitrales que se ventilan en el país son de arbitraje administrativo, que es aquel que se dedica a resolver las controversias entre entidades del Estado y contratistas, por incumplimiento de contratos, adicionales de obra o pedidos de aplazamiento en la construcción de colegios, carreteras, puentes, etc. Son millones de soles en litigio. Luego tenemos los casos de arbitraje comercial, cuya presencia es menor, y de arbitraje en salud, que tratan cantidad de casos pero en pequeñas cantidades. E Indecopi por fin está implementando el arbitraje de consumo, así que tengo mucha esperanza en ello”.

⁴ Sin embargo, desde una posición contractualista del arbitraje se puede llegar a la irreflexiva conclusión de que ninguna institución procesal se puede aplicar al arbitraje. En esta posición se encuentra, por ejemplo, BULLARD (2015), quien a propósito del Decreto Legislativo 1224 (la nueva Ley de Asociaciones Público-Privadas) comenta lo siguiente: “Como no le preguntaron a nadie que supiera de arbitraje, no sabían que en el arbitraje no existen ni terceros coadyuvantes ni litisconsortes ni nada parecido. Ello porque estamos frente a un contra-

Se dice que el arbitraje nació antes que el proceso judicial⁵ y que por él un tercero imparcial resolvía el conflicto surgido entre dos partes. En la actualidad esto no ha cambiado. Sin embargo, no es ésta la ocasión para abordar el origen del arbitraje, ni menos para ingresar a analizar a profundidad cómo éste funciona. El presente trabajo es más bien algo más modesto y pretende analizar a una institución de la que casi no se habla (pero que es perfectamente aplicable) en el arbitraje: la nulidad procesal.

Para cumplir con esta finalidad, comenzaremos por analizar la relación existente entre el arbitraje y la teoría general del proceso, abordando dicha relación a través de la teoría del procedi-

to. Solo es parte en el arbitraje quien es parte en el convenio arbitral”. Contra esta posición, puede revisarse el libro de MATHEUS (2009: 3-27).

⁵ Así lo refieren GUZMÁN BARRÓN (2010) y CASTILLO FREYRE (2007). El primero refiere que: “El arbitraje es el medio de solución más antiguo en la historia de la humanidad y hasta hoy se mantiene como una alternativa frente a la justicia estatal. Es más, muchos historiadores confirman con cierta certidumbre que el arbitraje se utilizó como una forma de resolución de conflictos antes de la aparición del proceso judicial” (GUZMÁN BARRÓN 2010: 13). El segundo manifiesta lo siguiente: “Históricamente, el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso puede afirmarse que es la primera forma de administrar justicia. [...] Sin embargo, cabe resaltar que fue en el Derecho Romano donde el arbitraje se configuró como un sistema organizado de impartir solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto, decían la última palabra” (CASTILLO FREYRE 2007: 12). En la misma perspectiva parece estar también BULLARD (2012: 18), para quien: “El arbitraje marca el origen de lo que hoy llamamos administración de justicia. Y el arbitraje tiene un origen histórico claramente privado”. No obstante, años antes el mismo autor manifestaba que: “El arbitraje (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa accedían al gremio, a la cámara de comercio, y pedían que otros comerciantes resolvieran su caso. El proceso era flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales” (BULLARD 2009). Pues bien, el autor no refiere aquí en qué momento histórico habría ocurrido esta “invención” de los comerciantes, pero todo haría pensar que se trataría de la Edad Media.

miento. Luego, analizaremos al instituto de la nulidad procesal: el acto viciado, las clases de vicios y los “principios” que permiten evitar la declaración de nulidades. Una vez culminada dichas tareas, ingresaremos al tema que nos ocupa: la nulidad procesal en el arbitraje.

2. Cuestiones previas: arbitraje, teoría general del proceso y teoría del procedimiento

En lo que respecta a la relación existente entre arbitraje y teoría general proceso, Renzo Cavani manifiesta lo siguiente:

[...] la teoría general del proceso no proporciona únicamente principios o reglas para los procesos jurisdiccionales. Al pretender abarcar el fenómeno procesal en su integridad, la teoría general del proceso tiene plena incidencia en cualquier tipo de manifestación que pueda ser calificada como proceso. Así, los procesos que se tramitan ante la jurisdicción tienen rasgos particulares (como la posibilidad de concluir con decisiones definitivas e inmodificables), pero no son los únicos que existen a nivel estatal. Por el contrario, hay procesos legislativos, como aquellos que sirven para la formación de las leyes o el antejudio político, y auténticos procesos administrativos, mal llamados procedimientos administrativos sólo para distinguirlos de los procesos ante la jurisdicción. ¿Y cuál es la razón de esta denominación técnica? Muy sencillo: un proceso es un conjunto dialéctico de actos ordenados y sucesivos, tendientes hacia un fin. ¿Cuál es este fin? Depende de lo que sea objeto de tutela de cada proceso. Y si se piensa que el proceso se limita al Estado, pues se incurre en un nuevo error: también hay procesos no estatales, como aquellos presentes en sociedades y asociaciones y, asimismo, ante un tercero desprovisto de jurisdicción, legitimado por el ordenamiento jurídico, a quien las partes se someten para que solucione su controversia. Me refiero al arbitraje⁶.

⁶ CAVANI (2012).

Ahora bien, aunque Cavani no lo mencione, su concepción de proceso recoge aquella teoría que concibe al proceso como un procedimiento (teoría del procedimiento), la misma que ha sido desarrollada por Fazzalari, quien parte por distinguir procedimiento y proceso, considerando a éste como su especie:

No me gustaría repetirme. Creo que la distinción está en esto: el procedimiento es una secuencia de actos preparatorios que se dirigen a un acto final, al cual se apunta para que logre una determinada eficacia; el “proceso” es una *especie*, porque es el procedimiento en el cual está consentida la participación de los destinatarios de los efectos del acto final –los llamados interesados y contrainterésados– para “decir y contradecir” al pie de una simétrica paridad. La distinción consiste, por tanto, en el “contradictorio” normativamente contemplado⁷.

Agrega, además, Fazzalari que:

[...] el “proceso” no es empleado solamente en el campo de la jurisdicción, sino en todas las actividades, públicas o privadas, en las cuales se ha previsto el contradictorio entre los “interesados”⁸.

Bajo esta perspectiva, emerge, en primer lugar, que los procesos no sólo son estatales, como erróneamente podría pensarse, sino que ellos también se pueden realizar fuera del ámbito estatal; como es el caso, justamente, del arbitraje, en el que un tercero

⁷ Traducción libre de: “Non vorrei ripetermi. Credo che la distinzione stia in ciò: il procedimento è una sequenza di atti preparatori che mettono capo ad un atto finale, a cui si mira perchè svolga una determinata efficacia; il ‘processo’ è una *specie*, perchè è il procedimento nel quale è consentita la partecipazione ai destinatari degli effetti dell’atto finale –i c.d. interessati e controinteressati– per ‘dire e contraddire’ sul piede di simmetrica parità. La distinzione consiste, dunque, nel «contraddittorio» normativamente contemplato” (FAZZALARI 2003: 2).

⁸ Traducción libre de: “il ‘processo’ non viene impiegato soltanto nel campo della giurisdizione, ma in tutte le attività, pubbliche o private, in cui sia previsto il contraddittorio fra gli ‘interessati’” (FAZZALARI 2003: 2).

imparcial desprovisto de jurisdicción⁹ (llamado árbitro¹⁰), se encarga de resolver una controversia que le ha sido sometida por las

⁹ Según el inciso 1 del artículo 139 de nuestra Constitución el arbitraje posee jurisdicción. Sin embargo, la literalidad de este dispositivo constitucional no puede llevarnos a interpretar que esto sea realmente así, máxime si en un Estado Constitucional se hace una diferenciación entre disposición y norma [sobre dicha distinción, las palabras de GUASTINI (2011: 136) son más que esclarecedoras: “En otros términos, se puede también expresar así: la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar, la norma es (parte de) un texto interpretado”]. No es esta la sede para profundizar sobre la naturaleza del arbitraje. Sin embargo, aprovecharé para hacer un breve comentario al respecto. En principio hay que señalar que en torno a la naturaleza del arbitraje se esbozan tradicionalmente tres teorías: la contractual, la jurisdiccional y la ecléctica. La primera concibe al arbitraje como un contrato. La segunda, la concibe como jurisdiccional debido a los efectos que la ley le otorga al laudo arbitral (el carácter de cosa juzgada). Y la tercera busca armonizar las posiciones anteriormente expuestas, reconociendo el origen contractual del arbitraje y la eficacia jurisdiccional del laudo arbitral. En mi consideración, ninguna de estas teorías explican satisfactoriamente la naturaleza del arbitraje, ya que frente a ellas “es preciso sostener el carácter procesal del arbitraje, pues resulta obvio que éste no importa propiamente una actividad jurisdiccional, como también es evidente que no todo en el arbitraje se reconduce a un planteamiento puramente contractual, insuficiente para justificar la existencia de un derecho al debido proceso sustantivo arbitral al vincularse con aspectos tan íntimamente ligados con la sustantividad de un proceso como es la exigencia de alegar, de probar las afirmaciones fácticas, de oponerse a la tramitación del arbitraje incoado o para, en fin, explicar el acceso a la jurisdicción estática mediante la anulación de laudo” (MATHEUS LOPEZ 2009: 45-46). De lo anteriormente advertido, se puede decir entonces que “el origen de la misión del árbitro es de carácter negocial-procesal, dado que aquella tiene su génesis en un negocio jurídico impropio (convenio arbitral), cuya funcionalidad, en tanto disciplina el régimen adjetivo al cual se someterá la solución de las controversias disponibles que surjan con motivo de una relación jurídica, se desarrolla- positiva y negativamente- en un plano netamente procesal” (MATHEUS LOPEZ 2009: 52). En tal sentido, junto a las teorías tradicionales en torno a la naturaleza del arbitraje, la teoría negocial procesal se presenta como una mejor oferta, ya que no desconoce el origen convencional del arbitraje y lo considera como un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias del contrato, sino las de una resolución procesal del conflicto que constituye su objeto (MATHEUS LOPEZ 2009: 47). Ahora bien, acogerse a esta teoría implica no asumir una posición contractual (ni tampoco jurisdiccional), que ciertamente el

partes en ejercicio de su autonomía privada. En segundo lugar, debemos referir que el arbitraje es un proceso, porque en él se ha previsto el contradictorio. De ahí que el arbitraje no sea un mero procedimiento, sino un procedimiento estructurado en contradictorio¹¹; esta nota peculiar es la que nos permite hablar de un pro-

arbitraje no tiene, sino más bien negocial (de un negocio jurídico bilateral), sustentada en la autonomía privada (artículo 2, inciso 24, literal «a» de nuestra Carta Magna), que debe permanecer en ese ámbito (al igual que la transacción extrajudicial, la conciliación o cualquier otro MARC). El que el laudo sea un título ejecutivo con calidad de *res iudicata* (como lo es también el documento que contiene una transacción extrajudicial o una conciliación), no lo convierte en jurisdiccional, apreciarlo de esa forma es mirar distorsionadamente al arbitraje. De este parecer es también Bullard, quien manifiesta que: “Cosa muy distinta es el reconocimiento de efectos de cosa juzgada al laudo. Ello no significa que su naturaleza sea jurisdiccional. Las legislaciones suelen reconocer también la naturaleza de cosa juzgada a una transacción. Sin embargo, nadie sostiene que la transacción tenga naturaleza jurisdiccional. Que el sistema legal le reconozca ciertos efectos, no cambia la esencia de cómo se origina y cuáles son las reglas bajo las cuales funciona” (BULLARD 2012: 18). Finalmente, es importante precisar que si nuestra Constitución reconoció expresamente al arbitraje, dicha decisión no se debió a una cuestión técnica, sino a un ánimo de *promocionar* el arbitraje. Sobre ello LIMAS CARBAJAL (2016) explica que: “En el caso peruano, la incorporación del arbitraje en la Constitución de 1993 no fue un acto producto de la reflexión y debate de los miembros de la comisión constituyente. Muy por el contrario, su incorporación se produjo a pedido e insistencia del jurista Aramburú Menchaca, quien propuso darle ‘fuerza constitucional’ al arbitraje con la intención de mostrar un ordenamiento jurídico más amigable para el desenvolvimiento del arbitraje, ya que por la década del 90 del siglo pasado la tasa de uso de este mecanismo de solución de controversias era mínima. Simplemente, no se arbitraba”.

¹⁰ Al parecer el nombre vendría desde Roma ya que en el *ius civile* existía un tercero imparcial al que se le denominaba *arbiter*. Esto es explicado por Monroy Palacios (2002: 85) de la siguiente manera: “Así entonces, el *Ius Civile* podía ser clasificado en derecho material privado y derecho material judicial. En este segundo caso, nos encontrábamos ante el mismo derecho de la esfera privada, con la diferencia de que se situaba en un estado de conflicto que debía ser resuelto por la actividad de un tercero, sea éste perteneciente al ámbito privado (*arbiter*) o al público (*iudex*)” [cursivas del autor].

¹¹ Sobre el proceso como procedimiento estructurado en contradictorio, FAZZALARI (2006: 118-119) explica lo siguiente: “Como repetido, o ‘processo’ é

ceso. Si borrásemos el contradictorio, nos quedaríamos solo con un procedimiento; procedimiento y contradictorio son los que permiten hablar de un proceso para esta teoría.

Pues bien, resumiendo un poco las ideas esbozadas anteriormente, debemos señalar que el arbitraje es un proceso debido a que en él hay un conjunto de actos ordenados y sucesivos tendientes hacia un fin (procedimiento), cuya estructura permite una dialéctica entre las partes, vale decir, que una y otra se encuentren en una posición contrapuesta (donde una alega y la otra contradice), buscando convencer en base a argumentos (y medios de prueba) al tercero que resolverá la *litis*.

Esta forma de apreciar al proceso, como habrá podido advertirse, se aleja de la concepción (muy arraigada entre nosotros) que considera al proceso como una relación jurídica (procesal), concepción que Couture recogía en sus *Fundamentos* del siguiente modo:

La doctrina dominante concibe al proceso como una relación jurídica. El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios suje-

um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala de procedimento 'plurissubjetivo', refere-se ao esquema de atividade em seqüência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio processo. De resto, ninguém considera que a participação do privado consiste no pedido de licença de caça, e a participação de órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o *contraditório*" [cursiva del autor].

tos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista a la obtención de un fin¹².

La teoría de la relación jurídica permitió en su momento que el derecho procesal deje de ser un apéndice del derecho material, por considerar que la relación que surgía en el proceso era de distinta naturaleza a la que se daba en el plano privado.

Así, Büllow refería en el siglo XIX que:

[...] se acostumbra a hablar, tan solo de relaciones de derecho privado. A estas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esta relación, pertenece con toda evidencia, al derecho público y el proceso, resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*¹³.

Con meridiana claridad podemos decir entonces, que más que explicar la relación existente al interior del proceso entre los sujetos procesales y de los actos procesales que en ellos se desarrollaba, dicha teoría buscaba darle autonomía al derecho procesal¹⁴. Sin embargo, y además del inconveniente de restringir el proceso al ámbito estatal, ésta teoría (recogida del derecho civil y trasladada al derecho procesal civil) no permite explicar la esencia misma del proceso: su dinamicidad. La teoría de la relación

¹² COUTURE (1958: 132).

¹³ BÜLLOW (2008: 23), cursivas del autor.

¹⁴ Sobre Büllow, señala PRIORI (2015: 347): “su planteamiento rompió con lo que hasta ese momento había venido siendo determinante en el estudio del derecho procesal: el considerarlo como un instituto de derecho privado, es decir, gozar de la misma naturaleza que el derecho respecto del cual versa el proceso. La contribución de Büllow en ese sentido supuso considerar al proceso como una relación jurídica de derecho público, es decir, como una relación jurídica distinta, incluso en su naturaleza, de aquella respecto de la que surge la controversia”.

jurídica¹⁵ supone una visión estática, propia del derecho material, y por tanto le da la espalda a aquello que ocurre al interior del proceso: una sucesión de actos ordenados que se encuentran encaminados hacia un fin.

Habiendo advertido entonces que la teoría de la relación jurídica no es la más adecuada para comprender al proceso, abordaremos el presente trabajo desde la óptica de la teoría del procedimiento¹⁶, la cual nos ayudará a comprender mejor el instituto de la nulidad procesal.

3. El vicio y la nulidad en el proceso

Antes de ingresar a desarrollar el tema de la nulidad, es preciso que realicemos una distinción entre vicio y nulidad. Distinguirlos¹⁷ nos permitirá abordar mejor el instituto de la nulidad procesal.

3.1. El vicio como presupuesto de la nulidad procesal

Siendo el proceso un procedimiento que tiene un punto de inicio (acto de inicio) y un punto de fin (acto final), conformado por una serie de actos procesales concatenados, vale decir, dependientes unos de otros, es posible que en su recorrido se presenten actos procesales que no se realicen de acuerdo a las exigencias preestablecidas en la ley; es decir, actos procesales que no cumplan con una determinada *fattispecie*. A estos actos procesales

¹⁵ Esta teoría fue planteada por Oskar Von Büllow en el siglo XIX en su famosísimo libro *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales* del año 1868. No obstante, sorprende que en pleno siglo XXI nuestra doctrina nacional se encuentre satisfecha con ella, sin que haya sido capaz de cuestionarla y tomar en cuenta a otras teorías, como la del procedimiento.

¹⁶ Sobre la teoría del procedimiento y su relación con la nulidad procesal puede verse el libro de CAVANI (2014: 59-65). Asimismo, puede revisarse también el libro de FAZZALARI (2006).

¹⁷ La distinción no es baladí. En las páginas que siguen se advertirá el por qué.

se les llaman actos procesales viciados, pues son actos que no se adecuan al *supuesto de hecho* de la disposición normativa.

A lo largo del procedimiento muchos actos procesales pueden presentarse viciados; algunos de ellos, relevantes y otros intrascendentes. Sin embargo, trascendentes o intrascendentes son actos viciados.

Ahora bien, cuando en el procedimiento una de las partes o el tercero que resuelva la controversia (sea un juez o un árbitro) advierta la existencia de un acto viciado, le corresponderá a éste determinar si dicho acto se debe declarar (*rectius*: decretar) nulo o no. En tal sentido, la nulidad vendría a ser una decretación del tercero imparcial (que para el presente trabajo sería el árbitro) respecto de un acto procesal viciado, lo que nos lleva a concluir que para decretarse una nulidad debe existir necesariamente un vicio, pues sin vicio no puede haber nulidad.

Pero, ¿qué clase de acto procesal viciado será pasible de ser decretado nulo? Esa será una pregunta que resolveremos más adelante. Por ahora es importante que quede claro que el acto viciado es aquel que no se adecúa al tipo (a la *fattispecie*) y el acto nulo es aquel que, habiéndose constatado el vicio por el juez o árbitro, se ha pasado a decretar su nulidad.

3.2. Los vicios formales y extra formales

En nuestro medio, se encuentra bastante difundida la clasificación de la nulidad en nulidades absolutas y nulidades relativas; que no clasifica al vicio, sino a la nulidad.

Así, respecto a la nulidad absoluta, Liebman refiere lo siguiente:

Son [...] absolutas las nulidades que deben considerarse objetivamente relevantes, por estar determinadas por la falta de un requisito que la ley considera indispensable a la buena marcha de la función jurisdiccional: deben, por eso, pronunciarse por el juez de oficio y son normalmente insanables, a menos que la ley no consi-

dere también respecto de ellas la posibilidad de una convalidación¹⁸.

De igual modo, Couture dice también lo siguiente:

El acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su efecto impide que sobre él se eleve un acto viciado. La fórmula sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada¹⁹.

En lo que respecta a la nulidad relativa, Couture expresa que [...] en él existe un vicio de apartamiento de las formas dadas para la realización del acto; pero el error no es grave sino leve. Sólo cuando haya derivado en efectivo perjuicio, podrá ser conveniente su invalidación. Pero si no lo trajera aparejado, o si trayéndolo, la parte perjudicada cree más conveniente a sus intereses no acudir a la impugnación, el acto nulo puede subsanarse. [...] La fórmula sería la de que el acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado²⁰.

Liebman es también de similar parecer ya que considera que las nulidades relativas

[...] pueden pronunciarse solamente a instancia de la parte interesada; son por nulidades esencialmente sanables, porque la falta de relieve de la nulidad convalida el acto viciado; cuando un determinado requisito es establecido en interés de una parte, la ley considera que la aquiescencia de ésta valga como síntoma suficiente para comprobar que la falta de aquel requisito no ha lesionado en modo apreciable su legítimo interés y dispone por eso

¹⁸ LIEBMAN (1980: 197-198).

¹⁹ COUTURE (1958: 378).

²⁰ COUTURE (1958: 379).

que el acto mismo conserve su validez, como si hubiera sido perfecto²¹.

La clasificación tradicional²² antes expuesta, incurre sin embargo, en el error de considerar que la nulidad es absoluta o relativa, cuando en realidad la nulidad no es ni absoluta ni relativa; ni tampoco conminada o no conminada²³ (como pretende clasificarla cierta doctrina). La nulidad procesal es imposible de ser

²¹ LIEBMAN (1980: 197).

²² Esta posición tradicional es seguida también por SERRA DOMÍNGUEZ (1998: 562-563), quien refiere que en la doctrina española se hace una distinción entre inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa y anulabilidad de los actos procesales. Respecto a la inexistencia, el mencionado autor refiere lo siguiente: "a) Se produce la inexistencia cuando faltan los presupuestos esenciales para el nacimiento del propio acto procesal, que por consiguiente no ha llegado a formarse, dándose una simple apariencia del acto. Los actos inexistentes pueden afectar bien al titular del órgano jurisdiccional: proceso seguido ante un particular; bien al objeto del proceso: sentencia dictada en un proceso civil sin previa solicitud o audiencia de las partes, o dictada respecto de un supuesto imaginario; bien a la forma esencial de realización del acto: acto de parte realizado fuera de la presencia de un órgano jurisdiccional y en condiciones que impiden pueda llegar a su conocimiento". Agrega además el profesor catalán que: "[...] si todo acto procesal nulo produce al menos un cierto efecto, el de hacer caminar el proceso hacia su fatal conclusión, la inexistencia ni siquiera produciría ese efecto externo". Ahora bien, es importante precisar que cuando se hace mención a la inexistencia, se está haciendo referencia a una inexistencia jurídica, más no fáctica. Al respecto, las palabras de CAVANI (2014: 215) son bastante clarificadoras: "No obstante, no se puede negar que *algo existió*. Ese *algo*, dado que no es jurídico, es fáctico. Hay, por tanto, inexistencia jurídica conjuntamente con existencia fáctica".

²³ También se trata de clasificar a la nulidad en nulidades conminadas y no conminadas. Al respecto CAVANI (2014: 268), explica lo siguiente: "No ha sido poca la doctrina que ha visto con predilección el acogimiento del criterio de la conminación de la nulidad. Este, en su aspecto puro, suele limitarse a lo siguiente: habrá nulidad si es que la consecuencia está expresamente prevista en la ley; por el contrario, si no hay previsión expresa, entonces no hay nulidad [...]. No obstante, soy de la idea que la implantación de este criterio trae más consecuencias negativas que positivas".

clasificada; los que se clasifican en realidad son los actos viciados. ¿Y esto por qué? Porque la nulidad procesal es una “*consecuencia jurídica de ineficacia contenida en un pronunciamiento jurisdiccional* [o no jurisdiccional, como es en el caso de los procesos no jurisdiccionales], *mediante la cual se deconstituyen la eficacia y los efectos producidos por un acto afectado con un vicio relevante que no llegó a subsanarse*”²⁴. “Así, pues, entendida la nulidad como consecuencia jurídica no se justifica clasificación alguna bajo ningún criterio, *pues cualquier vicio que haya trascendido, generará exactamente la misma nulidad que cualquier otro*. En otros términos, la nulidad como una consecuencia de un acto viciado siempre es la misma; es la intensidad de la decretación de ineficacia (efectos de la nulidad) la que siempre será distinta, pero nada tiene que ver con alguna modificación en la construcción dogmática de la categoría de la nulidad”²⁵.

Ciertamente, Couture y Liebman emplean indistintamente las palabras *nulidad* y *acto viciado* para referirse al vicio; empero, no logran hacer una diferenciación entre ambas, creando ambigüedad y confusión en su discurso. Resulta más coherente, por tanto, clasificar al vicio ya que “no es posible aceptar las clasificaciones hechas por muchos de los autores que han escrito sobre nulidades procesales, pues, realmente, lo que pretenden clasificar es el vicio”²⁶.

Habiendo realizado esta breve precisión, pasaremos a ver ahora a los vicios formales y extraformales.

²⁴ CAVANI (2014: 272), cursivas del autor.

²⁵ CAVANI (2014: 272), cursivas del autor.

²⁶ CAVANI (2014: 272).

3.2.1. Vicios formales

Explica Cavani que los vicios formales “hacen alusión a un acto defectuoso por el incumplimiento de la forma (en sentido estricto) prevista legalmente para su realización”²⁷. Esto no es otra cosa más que los requisitos formales para la realización de los actos procesales. Así, como ejemplo, tenemos a los artículos 119 (que dispone la forma de eliminar palabras o frases equívocas), 122 (que señala la indicación del lugar, fecha o numeración correlativa de las resoluciones), 124 (que hace referencia al plazo para expedir las resoluciones, sean éstas un decreto, auto o sentencia) y 131 (que hace mención a la firma de la parte, el representante o el abogado) de nuestro CPC, por citar algunos casos.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra Ley de Arbitraje, se advierte una flexibilidad en la utilización de las formas ya que, en principio, se deja en manos de las partes la determinación de las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones, disponiendo que solo a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decida las reglas que considere más apropiadas de acuerdo al caso concreto²⁸.

Asimismo, la Ley de Arbitraje dispone también que la controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral o el que establezca, en su defecto, el tribunal arbitral²⁹. Si se produce una inobservancia en el plazo para la resolución de la controversia, el laudo puede ser

²⁷ CAVANI (2014: 225).

²⁸ Así, puede verse el numeral 1 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje: “1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

²⁹ Ello puede apreciarse en el artículo 53 de la Ley de Arbitraje.

anulado, conforme es de apreciarse de la letra «g» del numeral 1 del artículo 63³⁰.

Por último, podemos citar al numeral 1 del artículo 55 de la Ley de Arbitraje, el cual hace mención a la forma del laudo y a la firma de los árbitros:

“1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas”.

Pues bien, habiendo pasado revista a algunas disposiciones normativas de nuestro Código Procesal Civil y de nuestra Ley de Arbitraje, podemos decir que los vicios formales no siempre conllevarán a la decretación de una nulidad, pues habrá situaciones en que la inobservancia de una forma preestablecida sea tan inofensiva que sería inútil su decretación de nulidad. Sin embargo, pese a lo inofensivo que puede resultar, la ley (en caso del arbitraje, en principio, el pacto o, en su defecto, el reglamento aplicable o la Ley de Arbitraje) podría disponer expresamente que su inobservancia conduzca a una nulidad (lo que parece ser un contrasentido³¹). Como veremos más adelante, contra esta clase de vi-

³⁰ La letra «g» del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente: “1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral”. Sin embargo, este vicio es convalidable si no se reclama previamente ante el tribunal arbitral (numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje).

³¹ Este es el caso, por ejemplo, del inciso 1 del artículo 122 CPC, que dispone lo siguiente: “Las resoluciones contienen: 1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden; [...]. La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula [...]”. En este caso la inobservancia de la forma es tan inofensiva que no merecería una decretación de nulidad. No obstante, nuestra ley así lo dispone.

cios entran a tallar los llamados *principios* de la nulidad procesal, que tienen por función evitar que se decreten nulidades por la inobservancia de determinadas formas.

3.2.2. *Vicios extra formales*

Siguiendo nuevamente a Cavani, diremos que los vicios extraformales “son aquellos relacionados con el válido ejercicio de los poderes del juez y las partes en el proceso”³² (para el presente trabajo, del válido ejercicio del árbitro y las partes en el proceso arbitral). Cavani pone de ejemplo para el proceso civil a “la capacidad procesal, la competencia y la imparcialidad”³³; es decir, a los requisitos de validez abarcados en lo que se conoce como “presupuestos procesales”. Con algunos matices, considero que la competencia, la capacidad procesal y la imparcialidad también son conceptos que sirven como “presupuestos procesales” para un proceso arbitral, pues ellas permiten que la decisión a emitirse sea válida.

En lo que respecta a la competencia del árbitro, y a diferencia de lo que ocurre en un proceso civil³⁴, ésta se limita al contenido del convenio arbitral. Será el convenio arbitral el que determine la competencia del árbitro. De ahí que, en principio, el convenio arbitral deberá ser válido³⁵; y la decisión del árbitro no podrá ver-

³² CAVANI (2014: 226).

³³ CAVANI (2014: 226).

³⁴ En el proceso civil la competencia puede ser por razón de la materia, territorio, cuantía, grado y turno. El arbitraje, por tener su origen en el convenio arbitral, evidentemente no va a compartir esa misma clasificación.

³⁵ Sobre la validez del convenio arbitral, LEDESMA (2010: 70) refiere lo siguiente: “Si partimos por aceptar que la competencia de los árbitros se sustenta en la validez del convenio arbitral, la interrogante que surge es determinar quién debe decidir la competencia. Frente a ello Martínez Cárdenas sostiene que existen tres posturas (2007:69). La primera considera que el árbitro es el único facultado para hacerlo; la segunda, que el árbitro es el primer facultado para hacerlo, y que el juez podrá realizar un control *ex post* de la validez del convenio

sar sobre materias que no le han sido sometidas; vale decir, no podrán ser *extra* ni *ultra petita*³⁶.

Nuestra Ley de Arbitraje establece como una causal de nulidad a la incompetencia de los árbitros, tanto en la letra «a» como en la «d» del numeral 1 de su artículo 63; advirtiendo (eso sí) que dicha causal sea primero objeto de reclamo expreso ante el propio tribunal arbitral (numeral 2 del artículo 63).

En lo concerniente a la capacidad, nuestra Ley de Arbitraje no realiza ninguna mención “sobre la capacidad de la persona para formalizar un convenio arbitral, ni tampoco para actuar eficazmente –legítimamente– con ocasión del arbitraje”³⁷. Ello, sin embargo, no nos impide hablar de capacidad procesal en el arbitraje. Al respecto, Matheus, señala:

arbitral, solo si las partes deciden interponer un recurso de anulación del laudo vía judicial; y la tercera, define que todo convenio arbitral cuya validez sea cuestionada deberá ser materia de decisión exclusiva por parte del juez. Nuestra legislación acoge la postura intermedia, sin embargo, Martínez Cárdenas sostiene que la determinación preliminar realizada por el juez otorgaría certeza al convenio y ahorraría recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro, con quien se corre el riesgo que, tras el procedimiento arbitral y de la emisión del laudo, el juez determine carecía de competencia (2007:69)”.

³⁶ Sobre la aplicación de los conceptos *extra petita* y *ultra petita* en el arbitraje, REGGIARDO (2014: 168) explica lo siguiente: “si bien para Bullard existe una diferencia en la aplicación de estos conceptos pues en el caso de los jueces la fuente de limitación es el Código Procesal Civil mientras que para los árbitros la fuente de limitación es el convenio arbitral y las reglas aplicables a partir de tal convenio, considero que el efecto práctico la anulación de los fallos por haber incurrido en incongruencia *extra petita* y *ultra petita* son exactamente los mismos en sede judicial y en sede arbitral. Por tanto, el tratamiento debería ser el mismo en ambas vías y los estudios arbitrales no deberían desdeñar las valiosas investigaciones que desde hace mucho tiempo han hecho los procesalistas sobre el tema”.

³⁷ MATHEUS LOPEZ (2009: 7).

[...] resulta obvio que para el logro [de la resolución de la controversia] se ha de actuar eficazmente, por lo que se requiere contar con capacidad-procesal, entendida como la aptitud para realizar actos jurídicos en realización de actuaciones arbitrales con eficacia, en nombre propio o por cuenta ajena, que poseen las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que se hacen valer. Resulta, además, obvio que la figura de la representación procesal encuentra también ubicación en el arbitraje, pudiendo presentarse tanto en su modalidad de voluntaria como legal³⁸.

Dado que la cita anterior hace mención a la representación procesal, es importante precisar que sí existe una norma expresa que la contemple en nuestra Ley de Arbitraje, se trata del artículo 10 y el artículo 37 de la referida ley.

Ahora bien, es legítimo preguntarnos ahora si esta clase de vicio puede desencadenar que un laudo se anule. Para nuestra Ley de Arbitraje las cosas parecerían estar claras, ya que la ausencia de capacidad procesal o una representación defectuosa no son causales de anulación del laudo. No obstante, ¿esto puede ser realmente así?

En lo referido a la imparcialidad, nuestra Ley de Arbitraje establece como motivo de recusación que un árbitro incumpla con su deber de mantenerse imparcial durante el desarrollo del proceso arbitral; estableciendo, además, como causal de anulación del laudo la ausencia de imparcialidad del árbitro, siempre que la recusación haya sido desestimada en sede arbitral. Así, el numeral 7 del artículo 29 señala lo siguiente:

7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. [...] [La] parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

³⁸ MATHEUS LOPEZ (2009: 7).

De otro lado, es importante precisar que contra esta clase de vicios no es posible aplicarse los llamados principios de la nulidad procesal (que veremos más adelante), pues como señala Denti:

La inaplicabilidad de las reglas propias de los vicios formales significa solamente que, en ese caso, la nulidad del acto se reabsorbe en la figura más general del inválido ejercicio del poder atinente a la propia constitución del proceso. De donde la imposibilidad de recurrir a los criterios del logro de la finalidad, de la renovación del acto, de la aquiescencia de las partes, de la 'conversión' de los actos y así en adelante: criterios todos que tienen su razón de ser solamente para los vicios formales³⁹.

No obstante la reflexión de Denti, nuestra Ley de Arbitraje (y también nuestro Código Procesal Civil) asume que contra esta clase de vicios resultan aplicables los *principios* de la nulidad procesal; los cuales están pensados en los vicios de forma y no para los vicios extraformales. Por eso resulta legítimo preguntarnos: ¿qué ocurriría con un laudo en el que una de las partes estuvo defectuosamente representada? ¿El laudo convalida el vicio de representación o debe producirse una ratificación del mismo para recién poderse convalidar el vicio?

3.3. La nulidad como consecuencia jurídica del vicio

Existe discusión en torno a si la nulidad es una consecuencia jurídica o una sanción. No entraremos a analizar dicha discusión⁴⁰, pero señalaremos que compartimos aquella posición que considera a la nulidad como una consecuencia jurídica que resulta de la decretación de nulidad del que resuelve la controversia (sea juez o árbitro), en la que se expresa la inidoneidad de alguna acción para

³⁹ DENTI (1997: 711).

⁴⁰ Al respecto, véase: CAVANI (2014:, 245-257).

poder alcanzar las consecuencias jurídicas que se propuso el agente como fin⁴¹.

3.4. No todo vicio conlleva a la nulidad: los llamados principios de la nulidad procesal

Sabiendo que el vicio y la nulidad son distintos, corresponde ahora que nos refiramos a los llamados principios de la nulidad. Para este fin, nos guiaremos de lo que por ellos comprende la profesora Ana María Arrarte⁴².

3.4.1. El principio de especificidad

Este principio puede resumirse en pocas palabras: la decreta- ción de nulidad solo se podrá producir cuando así lo disponga la ley, vale decir, cuando ella de forma expresa o implícita así lo señale. Este principio guarda relación, ciertamente, con la clasifica- ción de nulidades conminadas y no conminadas, pues para quie- nes prefieren esta clasificación, solo habrá nulidad cuando la ley lo disponga así.

3.4.2. El principio de convalidación

De acuerdo con este principio, la convalidación podrá ser expresa o tácita. La primera se producirá cuando el acto procesal viciado sea ratificado por la parte perjudicada. La segunda, cuando la parte legitimada para pedir la nulidad no la deduzca en el momento debido. Como veremos más adelante, el artículo 11 de nuestra Ley de Arbitraje recoge a este principio implícitamente.

3.4.3. El principio de trascendencia

Este principio se sintetizaría en el precepto *pas de nullite sans grief*, vale decir, que no habrá nulidad sin agravio. De esta manera, se trata de restringir los pedidos de nulidad que pudieran

⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA (cit. por CAVANI 2014: 256).

⁴² ARRARTE ARISNABARRETA (1995: 130-134).

hacer las partes, ya que no cualquiera de ellas lo podría hacer, sino solamente la que se encuentre agraviada.

3.4.4. El principio de protección

De acuerdo con este principio, quien solicite la nulidad no puede ser aquel que ha dado lugar al vicio. Es decir, lo haya propiciado, permitido o dado lugar. Este principio es recogido también por nuestra Ley de Arbitraje en su artículo 11, como veremos más adelante.

4. Vicio y nulidad en el proceso arbitral: el “silencio” de nuestra Ley de Arbitraje

Nuestra actual Ley de Arbitraje no recoge expresamente en ninguno de sus artículos al instituto que nos ocupa⁴³. Sin embargo, como se verá más adelante, implícitamente adopta una serie de reglas que conducen a tratar de evitarla.

Esta situación paradójica, que pareciera inofensiva, podría resultar siendo problemática para el arbitraje, pues para quien crea que éste no es un proceso ni, por tanto, forme parte de la teoría general del proceso, la nulidad (como instituto) no sería de aplicación en el arbitraje. Así, todo pedido de nulidad dentro de un proceso arbitral, podría terminar siendo declarado improcedente,

⁴³ Ciertamente sí lo hace, pero no para referirse al proceso arbitral, sino al denominado recurso de anulación, el cual se realiza en sede judicial y no en sede arbitral. Parecería que para los autores de nuestra Ley de Arbitraje, la nulidad solo es de aplicación en los procesos judiciales. De ahí que ni por asomo se la haya mencionado al regular las reglas que rigen el arbitraje. Pero ello quizá tenga otra explicación: el “pavor” que suscita la nulidad. Al respecto ARRARTE (1995: 127) manifiesta que: “Esta falta de conocimiento ha generado un uso malicioso e indiscriminado, convirtiendo a la institución en un elemento peligroso dentro del proceso, cuando en realidad tendría que ser un instrumento preciado por su aptitud para asegurar el derecho de las partes a un debido proceso, evitando perjuicios reales”.

con las terribles consecuencias que ello podría traer más adelante⁴⁴.

Ahora bien, el hecho de que la nulidad no se encuentre regulada expresamente en nuestra Ley de Arbitraje no impide que ella pueda aplicarse dentro de un proceso arbitral, ya que siendo éste un procedimiento no se encuentra exento de actuaciones viciadas. Por tanto, sería un craso error mencionar que ésta solo se genera en los procesos judiciales⁴⁵.

4.1. Los vicios procesales en el proceso arbitral peruano: una rápida mirada a nuestra Ley de Arbitraje

4.1.1. El artículo 11 de nuestra Ley de Arbitraje (LA)

Extrañamente, nuestra Ley de Arbitraje ha tratado de desvincularse lo más posible del proceso civil y, para ser más precisos, del proceso y de la teoría general del proceso. Pero en tanto más ha huido de ellos más los ha encontrado⁴⁶. La nulidad procesal ha sido víctima también de esta huida, de un modo tal que solo es posible de hablarse de nulidad cuando se pretenda anular un laudo, cosa que por cierto ya no se resuelve en sede arbitral sino en sede judicial. Presumo que sus autores han preferido silenciar la palabra «nulidad» porque todo lo referido a ella implica un re-

⁴⁴ Este puede ser el caso de alguno de los supuestos del artículo 65 LA, donde luego de ampararse el recurso de anulación habrá que rehacerse todo de nuevo (o desde el momento de la afectación del vicio).

⁴⁵ Los vicios procesales se pueden encontrar en cualquier proceso (judicial, administrativo o privado), salvo que él mismo se haya llevado de modo impecable, lo que no siempre ocurre.

⁴⁶ Basta echar una simple mirada a nuestra Ley de Arbitraje para advertir que la terminología empleada es *igual* a la de nuestro CPC. Se habla de demanda, contestación, excepciones, medios de prueba, medidas cautelares, etc. Me pregunto si arbitralistas como Bullard (o sea aquellos que tienen una posición contractualista del arbitraje) han reparado de esta *peculiaridad*. Al parecer sí, pero continúan empecinados en que el arbitraje es la ejecución de un contrato (!), que nada (absolutamente nada) tiene que ver con la teoría general del proceso.

troceso, un volver a comenzar. Y como para los autores de nuestra Ley de Arbitraje, las partes se encuentran habidas por solucionar su conflicto, la palabra «nulidad» no venía bien con tal pretensión (craso error). Y entonces (imagino) evitaron mencionarla, reservando dicha palabra sólo para el recurso de anulación de laudo.

Sin embargo, nuestra Ley de Arbitraje posee varias disposiciones normativas que hacen referencia de forma indirecta al régimen de la nulidad procesal en el arbitraje. Estas disposiciones, ciertamente, no nos mencionan los casos en que ella pueda ocurrir, pero, nos refieren la forma en que los vicios se convalidan. Así, el artículo 11 de la LA señala lo siguiente:

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que **no se ha observado o se ha observado infringiendo una norma** de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento **tan pronto como le sea posible**, se considerará que **renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias**⁴⁷.

Esta disposición normativa se parece a nuestro artículo 176 CPC que señala que la nulidad debe formularse en la primera oportunidad que se tenga, ya que de lo contrario no cabrá pedirse después. En el caso del artículo 11, esta implica una “renuncia” a objetar. En buena cuenta, lo que este artículo está diciendo es que con el laudo quedan subsanados los vicios procesales que no hayan sido denunciados oportunamente. Y esto, pues, no es otra cosa que la regulación del llamado principio de convalidación del que hablamos hace un momento.

Se ha dicho, asimismo, que el artículo 11 LA recogería también la doctrina de los actos propios. Así, respecto a este artículo, Huascar Ezcurra manifiesta lo siguiente:

⁴⁷ Negritas agregadas.

Se trata en estricto de la aplicación de la doctrina de los actos propios (que no es sino la aplicación del principio de buena fe) a la institución arbitral, con la finalidad de proteger el buen desarrollo del proceso, desincentivar comportamientos estratégicos de las partes, evitar con ello dilaciones innecesarias y finalmente, sobre todo, proteger la efectividad del laudo que se emita⁴⁸.

En efecto, es de aplicación también la doctrina de los actos propios, pues la primera parte del artículo 11 LA hace referencia a que si una de las partes, conociendo o debiendo conocer, que no se ha observado la LA, el Reglamento Arbitral de una Institución Arbitral o el acuerdo que ambas hayan realizado (acuerdo que generalmente se produce con el Acta de Instalación Arbitral), entonces no podrá alegar luego que se ha inobservado las *reglas de juego* que se pactaron para el proceso arbitral. Y esto, en buena cuenta, no es otra cosa que el *principio* de protección⁴⁹, al que también nos referimos líneas arriba.

4.1.2. El artículo 58 de la Ley de Arbitraje (LA)

Esta disposición normativa hace referencia a aquellos casos en los que una de las partes del proceso arbitral puede solicitar ante los árbitros la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral. La disposición normativa otorga un plazo de 15 días para las partes, y dispone también que los árbitros, por propia iniciativa, puedan proceder a la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral. Pero eso sí, luego de los 10 días siguientes a la notificación del laudo.

⁴⁸ EZCURRA RIVERO (2011: 136-137).

⁴⁹ Principio que a decir de ARRARTE (1995: 134) se encontraría regulado en el artículo 175 CPC como una causal de improcedencia. Así, la referida profesora señala lo siguiente: “Este principio (se refiere al de protección) se encuentra reconocido en el Código Procesal Civil, pero no como principio sino como una causal de improcedencia regulada en el artículo 175, inciso 1”.

Ahora bien, ¿y qué ocurre si se le pasó el plazo a una de las partes para poder solicitar la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral? ¿Podrán hacerlo a través del recurso de anulación? La respuesta es negativa.

El inciso 7 del artículo 63 LA refiere que “no procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”.

Nuevamente, podemos apreciar que en éste inciso se recoge también el principio de convalidación, ya que si no se denunció el vicio oportunamente, luego ya no será posible deducirse una nulidad, pues ésta se habrá convalidado.

4.2. Nuestro llamado recurso de anulación de laudo: mecanismo de ultima ratio para rehacer lo mal hecho

Nuestro denominado recurso de anulación de laudo, como se sabe, se tramita en sede judicial y, por tanto, ya no corresponderá al árbitro o árbitros constatar cualquiera de las causales taxativas que regula el inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Sin embargo, para que el colegiado de la Sala Superior pueda anular un laudo por vicios de actividad, estos vicios deberán de haberse denunciado previamente ante el Tribunal Arbitral, pues de lo contrario la causal no podrá ser alegada ni, en caso fundada, amparada, lo que en buena cuenta implica que si oportunamente no se cuestionó el vicio, luego no habrá posibilidad de cuestionarlo (principio de convalidación).

Pues bien, esto que mencionamos se advierte del inciso 2 del artículo 63 LA, el cual señala que:

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

Igual formula se aprecia en el inciso 4 que refiere que:

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

También se aprecia lo mismo en el inciso 7 que comentamos líneas atrás.

Esto, pues, nos revela, una vez más, que la LA se diseñó con el fin de evitar cualquier decretación de nulidad que pudiera dejar sin efecto al laudo (en sede judicial) o que retrase indebidamente la duración del proceso arbitral (en sede arbitral). Sin embargo, cabe hacernos en este punto una pregunta: ¿son todos los vicios de un proceso arbitral subsanables⁵⁰? Eso parece sugerir nuestra Ley de Arbitraje (independientemente de si el vicio sea formal o extrafomal). Sin embargo, la duodécima disposición complementaria de la LA podría terminar quebrando las reglas de las disposiciones normativas antes comentadas, pues tratándose de derechos constitucionales (como el debido proceso) cualquier regla podría ser dejada de lado.

Finalmente, ¿qué ocurre si la Sala de la Corte Superior ampara una de las causales que establece el artículo 63 LA? O se anula todo (pudiéndose iniciar un nuevo arbitraje) o se reinicia el arbitraje desde el momento en que se cometió el vicio. Estas reglas se pueden apreciar en el artículo 65 LA.

⁵⁰ Nuestro CPC hace dicha diferencia. Así, un vicio subsanable podría ser siempre convalidado, pero un vicio insubsanable no. De modo que los principios (*rectius*: reglas) de la nulidad no se aplicarían sobre los denominados vicios procesales insubsanables. Esta situación parece no haber en la LA, ya que todas las reglas de sus disposiciones normativas sugerirían que todo vicio procesal es pasible de convalidación si no es deducido oportunamente.

5. Conclusiones

- La teoría del procedimiento permite explicar mejor al proceso. Y nos permite también darnos cuenta que, por su estructura, los procesos pueden ser estatales y no estatales.
- Para la teoría del procedimiento, contrapuesta a la teoría de la relación jurídica, el proceso es un procedimiento estructurado de forma dialéctica, vale decir, estructurado en contradictorio. Procedimiento y contradictorio hacen el proceso (estatal o no estatal).
- Desde la óptica de la teoría del procedimiento, el arbitraje es un proceso, un proceso no estatal; y por ende podría contener actos viciados en su desarrollo. Esta verificación, nos lleva a concluir que el instituto de la nulidad procesal es perfectamente aplicable al arbitraje.
- El acto viciado y la nulidad son distintos. Mientras el primero es un acto procesal que no se adecúa a la *fattispecie*, el segundo es un pronunciamiento del juez o árbitro (decretación).
- No todo vicio procesal conlleva a que el juez (o árbitro) decrete una nulidad, para ello será preciso evaluar si es posible que ésta se evite por medio de los llamados principios de la nulidad procesal (tratándose de los vicios formales).
- El diseño de nuestra Ley de Arbitraje se encuentra encaminado a evitar la decretación de nulidades por vicios formales; para ello, sin darse cuenta, sus *conditor legis* se han valido de los llamados principios de convalidación y protección regulados en el artículo 11 de la mencionada ley.

- Por medio del llamado recurso de anulación de laudo se puede decretar, en última instancia, la nulidad de un vicio que se ha generado en el *iter* de un proceso arbitral.

Referencias

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María

1995 Alcances sobre el tema de la nulidad procesal. *Ius et veritas*. Lima, Año 6, N° 11, pp. 127-135.

ARIANO DEHO, Eugenia

2003 “¿Empresa-Justicia? (Reflexiones sobre los denominados mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”. En *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista Editores, pp. 13- 31.

BULLARD, Alfredo

2012 “El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación”. *Derecho & Sociedad*. Lima, N° 38, Año 23. pp. 17-31.

2015 “El metete parcializado”. *El Comercio*. Sábado, 10 de octubre de 2015. Recuperado de: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/metete-parcializado-alfredo-bullard-noticia-1847110>

BÜLLOW, Oskar Von

2008 *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*. Lima: Editorial Ara.

CASTILLO FREYRE, Mario

2007 “Arbitraje y debido proceso”. En: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen N° 2, Lima: Palestra Editores.

CAVANI, Renzo

2012 “Alfredo Bullard y el proceso civil”. Recuperado de: <https://afojascero.com/2012/07/26/alfredo-bullard-y-el-proceso-civil/>

2014 *La nulidad en el proceso civil*. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

COUTURE, Eduardo

1958 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Depalma.

DENTI, Vittorio

1997 “Invalidità (diritto processuale civile)”. En *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. Volumen I. Milán: Giuffrè.

EZCURRA RIVERO, Huáscar

2011 “Comentario al artículo 11 de la Ley de Arbitraje”. En SOTO COAGUILA Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZALEZ (Coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

FAZZALARI, Elio

2006 *Instituições de direito processual*. Tradução da Elaine Nassif. Octava edição. Campinas: Editorial Bookseller.

2003 “Il giusto processo e i ‘procedimenti speciali’ civili”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán, Año 57, N° 1, pp. 1-6.

GUASTINI, Riccardo

2011 “Disposición vs. Norma”. En: POZZOLO Susanna y Rafael ESCUDERO. *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, pp. 133-156.

GUZMAN BARRÓN, Cesar

2010 “Prólogo”. En LEDESMA, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LEDESMA, Marianella

2010 *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LIEBMAN, Enrico Tullio

1980 *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

LIMAS CALDERON, Sherin

2016 “Los fantasmas que nos persiguen: la judicialización del arbitraje, ¿un problema latente o superado?”. *Revista Jurídica EGACAL*, N° 1. Recuperado de:

<http://pe.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=6c5ba9472088075bf60ece07fe4baa>

MATHEUS LOPEZ, Carlos

2009 *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

2015 “Entrevista”. *Puntoedu*, 12 de marzo del 2015. Consulta: 13 de diciembre de 2015. Recuperado de:

<http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/arbitraje-domestico-e-internacional/>

MONROY PALACIOS, Juan José

2002 *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Primera Edición. Lima: Comunidad.

PRIORI, Giovanni

2015 “Sobre cuándo se inicia un proceso”. *Ius et veritas*, Lima, N° 50, pp. 344-351.

REGGIARDO, Mario

2014 “Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú”. *Revista Forseti*. Lima, N° 1. pp. 145-178.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel

1998 “Nulidad procesal”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, N° 02. pp. 559-570.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**