



Ana María Arrarte Arisnabarreta<sup>(\*)</sup>

## Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

### *Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade*

EL CARÁCTER DE VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA NO IMPLICA QUE LA ANULACIÓN DE LAUDO DEJE DE CONSTITUIR UNA VÍA EXTRAORDINARIA Y EXCEPCIONAL ESTABLECIDA CON EL FIN DE QUE EL PODER JUDICIAL EVALÚE (EX POST) LA CONFIGURACIÓN DE DETERMINADOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO O EN EL PROPIO LAUDO, LOS MISMOS QUE SE ENCUENTRAN EXPRESAMENTE ESTABLECIDOS EN LA NORMA POSITIVA.

**Resumen:** El presente artículo analiza, principalmente, la figura de la anulación de un laudo por haberse pronunciado sobre una materia no arbitrable y la potestad de los jueces de invocar esta causal de oficio. Con ese fin, estudia también algunos conceptos jurídicos importantes como la nulidad, la arbitralidad y el orden público, así como también a la Ley de Arbitraje peruana y las causales de anulación de Laudos que esta prevé.

**Palabras clave:** Laudo - Anulación - Arbitralidad - Ley de Arbitraje peruana

**Abstract:** This paper analyzes mainly the figure of the annulment of an arbitration award for having ruled on a non-arbitrable matters and the power of judges to invoke this ground of trade. With that purpose, this paper also consider some important legal concepts as the nullity, the arbitrability and public order as well as the Peruvian Arbitration Act and the grounds for annulment of awards which is expected.

**Keywords:** Arbitration award - Annulment - *Arbitralidad* - Peruvian Arbitration Law

---

(\*) Abogada por la Universidad de Lima. Estudios de Negociación, Conciliación y Arbitraje en la Universidad de Harvard. Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Experta en arbitraje. Socia del Estudio Echeopar, asociado a Baker & McKenzie International.

(\*\*) Mi profundo agradecimiento a Alexander Conde, asociado del Estudio Echeopar Abogados, sin cuyo invaluable apoyo este artículo no hubiese sido posible.

(\*\*\*) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 14 de agosto del 2015 y aprobada su publicación el 17 de agosto del mismo año.

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

## 1. Introducción

El presente artículo tiene por finalidad advertir al lector de una problemática muy poco estudiada en nuestro país: la anulación de un laudo por haberse pronunciado sobre una materia no arbitrable y la potestad de los jueces de invocar esta causal de oficio. Así, partiendo de la interpretación de las causales de anulación de laudo previstas en la Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo 1071) y sobre la base del análisis de los conceptos de nulidad, arbitrabilidad y orden público, proponemos algunas pautas que podrían servir de parámetro para el uso adecuado de esta figura jurídica.

## 2. Las causales de anulación de laudo: vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo

En el precedente vinculante emitido en el expediente No. 00142-2011-PA/TC LIMA, el Tribunal Constitucional estableció que el proceso<sup>(1)</sup> de anulación de laudo constituye una vía específica, igualmente satisfactoria al proceso de amparo, para la protección de los derechos fundamentales.

En atención a ello, ha señalado que el proceso de amparo contra un laudo únicamente procede en los siguientes supuestos:

a) Cuando se ha vulnerado directamente un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

En su mayoría, los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, a través de los distintos procesos de su competencia<sup>(2)</sup>, versan sobre materias de fondo que no podrían ser sometidas a arbitraje, por lo que previsiblemente la aplicación de este supuesto será sumamente excepcional<sup>(3)</sup>.

b) Cuando el Tribunal Arbitral ha ejercido el control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial.

Entendemos que en el primer caso estaríamos en el supuesto que se ha declarado infundada una demanda de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley, y en el segundo, cuando se ha desestimado una acción popular contra una norma de menor jerarquía.

c) Cuando los derechos fundamentales de un tercero, que no ha formado parte del convenio arbitral, se han visto afectados por un laudo de manera directa y manifiesta, salvo que dicho *tercero* esté comprendido en el supuesto del artículo 14 de la Ley de Arbitraje<sup>(4)</sup>.

(1) Si bien no compartimos la posición de que la anulación de laudo es un "proceso", para efectos del presente artículo, y por cuestiones meramente operativas, estamos recogiendo la postura asumida por el Tribunal Constitucional considerándolo además una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo.

(2) De acuerdo al artículo I del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional tiene competencia en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia.

(3) Un caso que ejemplificaría la aplicación de la presente causal de procedencia del amparo podría ser la contravención del precedente vinculante establecido en el Exp. No. 061-2008-PA/TC LIMA de fecha 28 de enero de 2008. Así, si un Tribunal Arbitral se declara competente en virtud de un convenio arbitral impuesto obligatoriamente de acuerdo a la normativa del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la parte afectada podrá iniciar un proceso de amparo, toda vez que el Tribunal Constitucional ha establecido que el arbitraje impuesto para discutir la pensión de invalidez deviene en inconstitucional.

(4) "Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos"



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

Debemos precisar que en el caso de extensión del convenio arbitral en realidad no nos encontramos frente a un *tercero*, sino ante una parte no signataria del convenio. En esa medida, las partes no signatarias sí tuvieron la posibilidad de cuestionar su participación en el proceso y de hacer uso de su derecho de defensa en el arbitraje, por lo que el mecanismo legalmente previsto para que ellas cuestionen lo decidido en el laudo es el proceso de anulación. La posibilidad de recurrir directamente al proceso de amparo es para los terceros propiamente dichos que no tuvieron la oportunidad de participar en el arbitraje y que regularmente se enteran de él en etapa de ejecución.

Habiendo explicado los supuestos de procedencia del amparo contra laudos, consideramos que la protección que brinda el proceso de anulación a los derechos fundamentales deberá enmarcarse dentro de los alcances de las causales establecidas en la Ley de Arbitraje.

Así, en relación a la procedencia del proceso de amparo, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

- a) Que de conformidad con el inciso a) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje<sup>(5)</sup>, el proceso de anulación de laudo es la vía idónea para cuestionar la falta<sup>(6)</sup> de convenio arbitral.
- b) Que de conformidad con el inciso b) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje<sup>(7)</sup>, no procede el proceso de

amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.

Por tanto, a criterio del Tribunal Constitucional, si una parte que participa en el arbitraje “no ha podido hacer valer sus derechos” en el *iter* del proceso, la vía idónea para tutelarlos es la anulación de laudo.

- c) Que de conformidad con los incisos e) y f) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje<sup>(8)</sup>, el proceso de anulación de laudo será la vía idónea cuando, a pesar de haberse aceptado la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

En relación a la causal del inciso e), podemos destacar que el Tribunal Constitucional, al explicar las posibles vulneraciones que podrían alegarse bajo dicha causal, adelanta su apreciación sobre el concepto de materia no susceptible de arbitraje, el cual será un tema fundamental del presente artículo.

(5) “Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. (...)”

(6) Cabe hacer notar que más allá de una imprecisión terminológica del Tribunal Constitucional al hacer referencia a la “falta de convenio arbitral”, evidentemente ello no es óbice para la posibilidad de invocar los otros supuestos previstos en el inciso a), tales como la nulidad, anulabilidad, o ineficacia.

(7) “Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. (...)”

(8) “Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo (...)”

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

Cabe precisar que el Tribunal no ha mencionado las causales de anulación previstas en los incisos c), d) y g) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, en la medida que bajo dichas causales únicamente se deben verificar y analizar las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales, el alcance objetivo del convenio arbitral, los puntos controvertidos fijados a partir de las pretensiones formuladas por las partes, o el cumplimiento del plazo previsto para la emisión del laudo.

### 3. La anulación de laudo y su carácter extraordinario y excepcional

El carácter de vía igualmente satisfactoria no implica que la anulación de laudo deje de constituir una vía extraordinaria y excepcional establecida con el fin de que el Poder Judicial evalúe (*ex post*) la configuración de determinados vicios en el procedimiento o en el propio laudo, los mismos que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva<sup>(9)</sup>. De ahí que no pueda considerársele como un mecanismo de impugnación propiamente dicho (por ejemplo, una apelación), ya que a través de dicha vía no podrá analizarse, bajo ningún supuesto, elementos de fondo de los laudos sometidos a revisión.

En esa línea, Chocrón ha señalado que el *recurso* de anulación “no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos cometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución”<sup>(10)</sup>.

Lo señalado precedentemente se condice con los principios que rigen el instituto de la nulidad en materia procesal, la

cual constituye una situación excepcional y no querida en el proceso, pues inevitablemente implica un retroceso en el *iter* procesal, lo que significa prolongar el tiempo que demorará la solución del conflicto de intereses<sup>(11)</sup>. En ese sentido, explicaremos brevemente en qué consisten estos principios, a fin de comprender la lógica aplicable al proceso de anulación de laudo.

- a) Especificidad; no basta que la ley establezca una determinada formalidad para que su omisión genere la nulidad, sino que esta sanción únicamente podrá aplicarse cuando surja de manera clara de la ley.

La anulación de laudo solo procede respecto de las causales expresamente establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, las cuales constituyen limitaciones destinadas a preservar la autonomía de la voluntad de aquellos sujetos que sustrajeron sus conflictos de interés de la jurisdicción ordinaria, para que fueran analizados y resueltos por árbitros. Por tanto, cuando se busque anular un laudo, aquella parte que la promueve deberá ser clara y precisa al invocar la causal legal que sustenta y habilita su pedido.

- b) Convalidación; lo que importa no es tanto que el sujeto perjudicado quiera convalidar

(9) Al respecto, comparando el recurso de anulación con la apelación de laudo, Caivano ha señalado que “(...) la impugnación por nulidad es conceptualmente distinta e independiente de la revisión por apelación que pueda caber contra el laudo. En el primer caso, lo que se procura es invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y en consecuencia, los medios de impugnación no resultan (...), en principio, disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público. Mediante la apelación lo que se busca es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. En este último supuesto se revisa el fondo del laudo, mientras que en el primero solamente se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión.” [Roque Caivano, “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, *Jurisprudencia Argentina* (1994): 10].

(10) Ana María Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje* (Barcelona: José María Bosch, 2000), 211.

(11) Juan Monroy Gálvez, “Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, (Lima: IUS ET VERITAS, 2013), 505 y 506.



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

el acto que contiene algún vicio, sino más bien que no manifieste su voluntad de querer invalidarlo. Si asumimos que para que opere la nulidad es imprescindible su declaración judicial, debemos entender que, en tanto no se ejecute una conducta destinada a conseguir tal sanción, el acto será reputado válido y eficaz<sup>(12)</sup>.

Solo se podrá declarar la anulación de un laudo arbitral si las partes han denunciado un vicio previsto como causal para estos efectos (la excepción a este principio es la anulación de oficio, como lo analizaremos posteriormente), y en todos los casos el análisis judicial buscará verificar si el “vicio” alegado no fue consentido o tolerado por la parte, siendo necesario que haya sido denunciado durante el arbitraje.

- c) Transcendencia; se sintetiza en el precepto *pas de nullitesansgrief*, es decir, no hay nulidad sin agravio. En efecto, las nulidades no existen por el mero interés de la ley, por tanto, no hay nulidad sin un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad<sup>(13)</sup>.

Así, quien pretenda plantear la anulación de un laudo deberá demostrar cómo el vicio que denuncia fue determinante en el resultado del arbitraje, es decir si éste no hubiese ocurrido, el sentido de la decisión hubiese sido otro.

- d) Protección; el litigante que realiza el acto nulo no puede tener la posibilidad de elegir cuáles deben ser sus efectos, es decir, aceptarlos si le son favorables o denunciar sus defectos si le son adversos, pues ello implicaría un atentado contra los principios de lealtad y buena fe procesal, y fomentaría que litigantes maliciosos siembren nulidades para posteriormente denunciar su presencia y retrasar el proceso.

Precisamente en atención a este principio, la Ley de Arbitraje ha previsto como requisito de procedencia de la anulación de laudo que el vicio haya sido denunciado oportunamente en el proceso.

Es importante tener en cuenta que en materia de nulidad (aplicable también a la anulación de laudo) todos los principios están destinados a un solo propósito: evitar que ésta sea declarada, haciendo prevalecer la validez del acto impugnado. Así, solo se declarará la nulidad en la medida que ello sea inevitable pues no existe otra manera de evitar un agravio cierto.

Ahora bien, una excepción a esto último son las causales de anulación pasibles de ser invocadas de oficio, por medio de las cuales el órgano judicial respectivo tiene la potestad de declarar la nulidad de un laudo en base a una causal que no fue invocada por la parte que interpuso la demanda de anulación de laudo. ¿Qué significa esto último? Pues que un supuesto de anulación de oficio se constituye en una excepción a la lógica con la que actúan los principios de la nulidad, pasando por alto la congruencia, según el cual un juez no puede resolver más allá de lo que le ha sido solicitado por la parte interesada<sup>(14)</sup>.

En atención a que la configuración de una causal de anulación pasible de ser invocada de oficio, su aplicación en el ámbito fáctico deberá de llevarse a cabo únicamente cuando se presenta el supuesto habilitante de la

- 
- (12) En relación al principio de convalidación, Condorelli señala que “aun en la hipótesis de concurrir, en un caso dado, los restantes presupuestos de la nulidad, la declaración de ésta no procedería si la partes interesada consintió, expresa o tácitamente, el acto defectuoso; esto se atribuye u obedece al carácter relativo que revestirían todas las nulidades procesales.” [Epifanio Condorelli, “Presupuestos de la nulidad procesal”, en *Estudios de nulidades procesales* (Buenos Aires: Hammurabi, 1980), 103].
- (13) En esa línea, respecto al principio de trascendencia, Berizonce destaca que “[n]o es suficiente la mera invocación genérica de haberse quebrantado las formas del juicio; debe existir agravio concreto y de entidad. No hay nulidad en el solo interés de la ley, desde que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, sino que son tan sólo los instrumentos de que se vale el legislador para asegurar la defensa en juicio de las personas y de los derechos.” [Roberto Berizonce, *La nulidad en el proceso* (La Plata: Editora Platense, 1997), 82].
- (14) Juan Luis Avendaño Valdez, *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*, (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 711.

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

norma y cuidando causar el menor perjuicio a la parte que defiende la validez del laudo sujeto a revisión, pues de otra forma podría entenderse que lo que permite la normatividad es la vulneración de los derechos procesales de una de las partes. En estricto, estamos hablando de la *excepción de la excepción*, con lo cual su interpretación y aplicación debe ser claramente extraordinaria y restrictiva.

#### 4. El concepto de arbitrabilidad

Habiendo explicado la finalidad y características del proceso de anulación de laudo, corresponde aproximarnos al concepto de arbitrabilidad en la medida que será el punto de partida para analizar la causal de anulación que puede ser resuelta por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio.

Si bien este concepto amerita un mayor desarrollo, a efectos del presente artículo nos limitaremos a una definición práctica u operativa que nos permita sustentar su aplicación en el contexto de la impugnación judicial de laudos. Se entiende por *arbitrabilidad* de una controversia, su especial cualidad que permite a los árbitros asumir competencia para resolverla en virtud del convenio arbitral o de la ley. La arbitrabilidad puede ser analizada desde el punto de vista *objetivo* y *subjetivo*. "Por la primera se alude a la disposición de los ordenamientos en el acotamiento de las materias que pueden ser objeto de arbitraje. En la segunda se persigue el mismo resultado, exclusión de determinadas materias o actuaciones como no arbitrables, pero enmarcándolas con un tinte o matiz subjetivo, bajo la cobertura o emparentamiento con las cuestiones de capacidad"<sup>(15)</sup>.

En esa misma línea Caivano<sup>(16)</sup> señala que, además del análisis del alcance del convenio arbitral (que determina su obligatoriedad), para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, se deben examinar los siguientes presupuestos:

- La validez en sentido material: la cual implica que las cuestiones sobre las que versa la controversia

deben referirse a derechos que pueden, legalmente, someterse a arbitraje (lo que se conoce como arbitrabilidad objetiva).

- La validez en sentido personal: la cual implica que las personas que otorgaron el acto deben tener la capacidad para someterse a juicio de los árbitros (lo que se conoce como arbitrabilidad subjetiva).

Ahora bien, ¿cuándo nos encontramos frente a una materia arbitrable? Como señala González de Cossío definir "(q)ué materias reúnen dicha característica -*arbitrabilidad*- es una cuestión de derecho y política legislativa nacional"<sup>(17)</sup>.

En ese sentido, la configuración del concepto de arbitrabilidad obedece a determinados criterios (tanto globales y generales, como puntuales y concretos) previstos por cada ordenamiento jurídico. A efectos del presente artículo analizaremos el concepto de arbitrabilidad objetiva que ha ido adoptado por nuestro ordenamiento jurídico.

#### 5. El concepto de arbitrabilidad en el ordenamiento jurídico peruano

##### 5.1. La regulación establecida en la derogada Ley General de Arbitraje, aprobada por Decreto Ley 25935

El artículo 1 del Decreto Ley 25935, Ley General de Arbitraje del año 1992 (en adelante, el Decreto Ley de Arbitraje), estableció que podían someterse a arbitraje: i) las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad

(15) José Merino y José Chillón, *Tratado de Derecho Arbitral* (Barcelona: Thomson-Civitas, 2006), 1240 y 1241.

(16) Roque Caivano, "Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje", *Revista Peruana de Arbitraje* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2007): 116 y 117.

(17) Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 3° ed. (México: Porrúa, 2011), 196.



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

de libre disposición; y ii) las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

El artículo 2 del mencionado Decreto Ley de Arbitraje estableció que no podían ser objeto de arbitraje las controversias o pretensiones de los siguientes asuntos:

- “1. Los que sean de competencia exclusiva del Poder Judicial o de la jurisdicción militar.
2. Los que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
3. Aquellos sobre los que ha recaído resolución judicial firme, salvo los que surjan como consecuencia de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
4. Los que interesan a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
5. Los directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público.”

Como vemos, el Decreto Ley de Arbitraje establecía un criterio positivo de libre disponibilidad, y un criterio negativo, a través

del cual regulaba una lista cerrada de materias que no podían ser objeto de arbitraje.

Adicionalmente, resulta importante señalar que el artículo 106 del mencionado Decreto Ley establecía que procedía el *recurso* de anulación de laudo, entre otros, en los supuestos:

“(…)

5. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,
6. Que el laudo es contrario al orden público de la República.”

El legislador del año 1992 consideró que tanto la libre disponibilidad y el orden público nacional constituían parámetros para determinar qué materias podían ser objeto de arbitraje, y bajo qué causales podía anularse un laudo.

En relación al criterio positivo adoptado, se afirma que “[l]os caracteres de disponibilidad, de inalienabilidad o de transigibilidad de un derecho son, por supuesto, ambiguos y de difícil calificación, máxime cuando el análisis de estos caracteres no se circunscribe a una sola jurisdicción en el arbitraje internacional<sup>18</sup>”. Evidentemente, el criterio negativo referido al orden público tampoco escapa a esa imprecisión, existiendo amplia discusión tanto en doctrina como en jurisprudencia sobre qué debe entenderse por ese concepto, y cuál es la forma de delimitarlo<sup>19</sup>(20)

(18) Santiago Talero, “La evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad”, en: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el mundo*. 1° ed. (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009), 228.

(19) Así De La Puente señala que “en la búsqueda del verdadero sentido del concepto de orden público se llegó finalmente, tomando en consideración que lo que caracteriza a las normas legales de carácter imperativo es precisamente su inderogabilidad, a que las normas que interesan al orden público son siempre imperativas, con la precisión que si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen intereses privados”

(20) Sobre la peligrosidad de considerar al orden público como causal de anulación de laudo, véase Alfredo Bullard, “No cometerás actos impuros”: el orden público y el control judicial del laudo arbitral”, *Themis* 63 (2013).

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

Cantuarias y Aramburú indican que “con relación a los temas o controversias arbitrables, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a ‘facultad de libre disposición’ ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez puede celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitraje”<sup>(21)</sup>.

Como vemos, la doctrina pone en evidencia la necesidad de esclarecer el concepto de libre disponibilidad, determinando que en nuestro ordenamiento la lógica es que tendrá tal calidad lo que no haya sido excluido legalmente del ámbito de la capacidad de decisión de las partes.

Por otro lado, en la medida que el criterio negativo del concepto de arbitrabilidad resultaba insuficiente, Lohmann señaló que la exclusión del arbitraje de aquellas otras causales debe indagarse desde una doble perspectiva: “O que la legislación lo prohíba implícita o explícitamente, o que por su especial naturaleza no deban verse afectadas por la decisión de un tercero que no está obligado, como sí el juez, a tutelar o resguardar intereses superiores a los de las partes arbitradas. Cada caso habrá que determinarse por separado, ya que resulta dificultoso hacer una enumeración, siquiera aproximada”<sup>(22)</sup>.

En ese sentido, debido a que la regulación establecida para delimitar las materias susceptibles de arbitraje no resultaba suficiente, se evidenciaba la necesidad de realizar una evaluación caso por caso con el objeto de buscar una prohibición explícita o implícita.

Ciertamente tanto el concepto de *disponibilidad* como fuente de habilitación del arbitraje, como el de *orden público* como

sustento de aquellas materias en las que los árbitros no están en aptitud de decidir válidamente, no tienen definición clara, por lo que están sujetos a la interpretación que en última instancia realicen los jueces.

**5.2. La regulación establecida en la derogada Ley 26572 - Ley General de Arbitraje**

En el año 1996, se publicó la Ley 26572 (en adelante la Ley General de Arbitraje) que derogó el Decreto Ley de Arbitraje. Los artículos 1 y 2 de esta norma, manteniendo el mismo criterio positivo establecido en la anterior legislación, establecieron que podían someterse a arbitraje las siguientes controversias:

- a) Las determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental;
- b) Las derivadas de los contratos que celebren el Estado peruano<sup>(23)</sup> y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí<sup>(24)</sup>; y,
- c) Las controversias derivadas de los contratos que celebren las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes.

Asimismo, el artículo 1 estableció que no podían someterse a arbitraje las siguientes materias:

(21) Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú, *El Arbitraje en el Perú. Desarrollo Social y perspectivas* (Lima: Fundación M.J. Bustamante, 1994), 191.  
(22) Guillermo Lohmann, *El Arbitraje*, 4° ed. (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993), 65.  
(23) Para los efectos de la derogada Ley General de Arbitraje, el Estado comprendía el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.  
(24) Cabe precisar que la redacción de este extremo del artículo 2 de la derogada Ley General de Arbitraje se debió a la modificación realizada por la Ley 26742 (publicada el 11 de enero de 1997).



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.”

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 73 de la derogada Ley de General de Arbitraje estableció que un laudo nacional<sup>(25)</sup> solo podía ser anulado total o parcialmente, incluso de oficio, si la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 señalado anteriormente.

Como vemos, la derogada norma continuó considerando a la libre disponibilidad y al criterio negativo, dentro de este al orden público, como parámetros para determinar las materias que podían ser sometidas a arbitraje y las causales para anular un laudo nacional. No obstante, una diferencia importante introducida en la Ley General de Arbitraje es que se exigía que la materia sometida a decisión de los árbitros no pudiera, de manera *manifiesta*, ser arbitrable conforme a los criterios establecidos en dicha norma, es decir que se encuentre inmersa en alguno de los supuestos previstos como de no arbitrabilidad (estado civil y capacidad, resolución judicial firme, orden público o delitos y faltas, atribuciones de imperio del Estado).

En ese sentido, la regulación establecida por el legislador demuestra su intención de restringir cada vez más cualquier limitación que recaiga sobre la posibilidad de considerar a una materia como susceptible de arbitraje, al exigir que deberá estar inmersa en uno de los supuestos expresamente previstos, entre ellos el orden público.

### 5.3. La regulación establecida en la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo 1071

A partir del año 2008, de acuerdo al inciso 1 del artículo 2 de la nueva ley aprobada por Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), podían someterse a arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.”

En relación al término “conforme a derecho”, agregado en esta nueva Ley de Arbitraje, la doctrina señala que “(...) la determinación del concepto de disponibilidad -teniendo en cuenta su carácter variable- no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, (...) la abstracción del concepto de arbitrabilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de la operatividad que pudiera depositarse en esta institución”<sup>(26)</sup>.

(25) La regulación específica de las causales de anulación de laudos internacionales se encontraba prevista en el artículo 123 de la derogada Ley General de Arbitraje.

(26) Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez y Rita Sabroso, “Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?”, *Actualidad Jurídica* 177, (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 32.

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

En esa línea, y a diferencia de sus normas previas, la Ley de Arbitraje vigente no contiene una relación de materias que se califiquen como no arbitrables, por lo que podría entenderse que solo tendrán tal calidad las que materias que legalmente se consideren como indisponibles.

Sin embargo, esta conclusión preliminar no casa necesariamente con lo establecido como causal de anulación por haber emitido un pronunciamiento sobre una materia no arbitrable. El inciso e) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje<sup>(27)</sup> señala que un laudo podrán ser anulado, incluso de oficio, cuando "(...) el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, *de acuerdo a ley, son manifiestamente* no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional."

Atendiendo a que la Ley de Arbitraje no establece lo no arbitrable, esta disposición nos remitiría a la legislación prevista para cada materia específicamente y solo en la medida que en ellas se encuentre alguna disposición que de manera manifiesta -entiéndase expresa y clara- señale que ésta no podrá ser arbitrable, estaremos dentro de este supuesto.

Por otro lado, en el ámbito del arbitraje local o nacional<sup>(28)</sup> la Ley ya no regula como un supuesto específico de anulación, el haber emitido un pronunciamiento contrario al "orden

público"<sup>(29)</sup>, no obstante, ello no implica que este concepto se encuentre ausente en el análisis de la validez del laudo. En nuestra interpretación, lo que el legislador ha pretendido es librar la precisión de lo no arbitrable, a la norma específica, por lo que será el criterio de política legislativa el que lo determine qué es lo que no puede ser sometido a arbitraje, ya sea en base a una consideración de lo que se estime como de orden público, de interés público, etcétera.

Un último tema conceptual que no queremos dejar de mencionar, es que hay algunas premisas que han cambiado en nuestra legislación y en la nueva concepción del arbitraje. Así por ejemplo, la identificación de *lo arbitrable* con *lo disponible* ha dejado de ser necesariamente correcta, tanto como la identificación de lo *no arbitrable* como aquello "indisponible o de orden público". Perfectamente puede ocurrir que materias consideradas como no disponibles o que interesan al orden público, actualmente pueden ser sometidas a arbitraje en virtud de lo previsto legislativamente.

(27) "Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

(...)

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del apartado 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación."

(28) En efecto, el inciso f) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece como causal de anulación de un laudo internacional: "f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional."

(29) Una regulación diferente la encontramos en el artículo 67 de la Ley de Arbitraje de Panamá del año 2014, que establece lo siguiente:

"Art. 67. Causales de anulación del laudo arbitral. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

5. Que los árbitros han decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; o

6. Que el laudo internacional es contrario al orden público internacional. *En el caso de laudo nacional, el orden Público a considerar será el orden público panameño.*" (Énfasis agregado)



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

Un ejemplo de ello es la interpretación conjunta entre el artículo 7<sup>(30)</sup>, el artículo 7-A<sup>(31)</sup> de la Ley de Conciliación (Ley 26872) y el artículo 220<sup>(32)</sup> del Código Civil, que nos lleva a sostener que la nulidad de acto jurídico es una materia no disponible, en la medida que las partes no pueden convalidar sus efectos, a pesar de lo cual las partes sí pueden decidir que una controversia relacionada con la nulidad de un acto jurídico pueda ser resuelta por un Tribunal Arbitral. Así, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, al recoger el principio de separabilidad del convenio arbitral, ha reconocido que el Tribunal Arbitral tiene competencia para decidir sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral<sup>(33)</sup>.

Como segundo ejemplo, podemos mencionar a determinadas controversias relacionadas con la expropiación. En base a una interpretación conjunta de los artículos 14<sup>(34)</sup> y 25 de la Ley General de Expropiaciones (Ley 27117), podemos concluir que es perfectamente posible que el sujeto pasivo de una expropiación someta a arbitraje las siguientes pretensiones:

a) Revisión del valor objetivo del bien expropiado.

b) Determinación de la reparación por los daños y perjuicios que se generen para el sujeto pasivo.

c) La solicitud de expropiación total del bien, en los casos que el sujeto activo pretenda una expropiación parcial y cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.

Además de la determinación del valor económico del bien y de los daños y perjuicios ocasionados al sujeto pasivo, la Ley ha establecido que existe la posibilidad de exigir al Estado la expropiación total del bien en los supuestos antes señalados. De esta manera, si bien nos encontramos ante una materia que interesa al orden público y que recae en una decisión exclusiva del Estado, es posible

(30) "Artículo 7.- Materias conciliables. Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes (...)."

(31) "Artículo 7-A.- Supuestos y materias no conciliables de la Conciliación. No procede la conciliación en los siguientes casos: (...)

f) En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico, este último en los supuestos establecidos en los incisos 1, 3 y 4 del artículo 221 del Código Civil.

(...)"

(32) Alegación de la nulidad

"Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación."

(33) Al respecto, la doctrina señala que "la nulidad del contrato de fondo por violaciones al orden público del foro no se traduce en una falta de jurisdicción del tribunal a raíz de una hipotética inarbitrabilidad de la controversia. Lo anterior no quiere decir que la justicia ordinaria se sustraiga de sus facultades de supervisión. Tan solo significa que el tribunal arbitral es quien tiene la primera oportunidad para resolver al respecto, quedando su decisión sujeta a una posible revisión posterior" Elina Mereniskaya, *La relación entre arbitrabilidad y orden público en la jurisprudencia comparada*, en: *Ius Dictio*. Legis Editores, 2007), 129.

(34) El artículo 14 de la Ley General de Expropiaciones establece lo siguiente:

"Artículo 14.- De la expropiación total.

El sujeto pasivo de la expropiación podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial."

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

someter a arbitraje dichas controversias, lo cual nos lleva a ratificar que, más allá del criterio de la libre disponibilidad, será finalmente la ley la que establecerá qué materias son susceptible de arbitraje.

## **6. Causal de nulidad de oficio de la Ley de Arbitraje peruana: materia manifiestamente no arbitrable**

Habiéndonos aproximado al concepto de arbitrabilidad objetiva adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde analizar la potestad que tienen los jueces de anular de oficio un laudo por haber resuelto sobre una materia no susceptible de arbitraje.

Recordemos que el literal e) del numeral 1 del artículo 63, establece que estamos frente a una causal de anulación de laudo cuando "(...) el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, *de acuerdo a ley, son manifiestamente* no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional" (Énfasis agregado).

Por su parte, el numeral 3 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece que "(...) la causal prevista en el inciso e) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación".

Como señalamos previamente, el concepto de arbitrabilidad es un tema estrictamente legal que depende de lo que se haya considerado como parte de una política legislativa nacional en función a determinados criterios o consideraciones. Al respecto, la doctrina ha señalado que "(...) las restricciones a la arbitrabilidad deben obedecer a decisiones de política legislativa de los Estados. De este modo, es el legislador quien debería determinar la frontera entre lo arbitrable y lo que no lo es, con fundamento en razones suficientes y debidamente

motivadas, de interés público o social, que le asignen a la justicia ordinaria el conocimiento exclusivo de ciertas materias precisas. Las cortes estatales, a su turno, a la hora de analizar si una materia es o no arbitrable, simplemente deben aplicar el principio general del derecho, según el cual, las disposiciones prohibitivas o limitativas son de interpretación restrictiva"<sup>(35)</sup>.

En ese sentido, y habiendo determinado el concepto de arbitrabilidad adoptado por nuestra vigente Ley de Arbitraje, debemos analizar los alcances de la potestad de los jueces de anular un laudo de oficio.

Podemos advertir que, tanto el concepto de arbitrabilidad como la configuración de la causal de anulación de oficio (que no implica que no pueda ser alegada por el sujeto que busca obtener la anulación de laudo, sino que aún cuando no haya sido invocada por la parte recurrente, el juez puede evaluarla en la revisión de la validez del laudo) tienen una característica esencial para que, por lo menos en el ámbito del ordenamiento peruano, puedan utilizarse válidamente.

La norma exige que el Tribunal Arbitral se haya pronunciado sobre una materia que *de acuerdo a ley y de manera manifiesta*<sup>(36)</sup> *no sea arbitrable*. De acuerdo a la definición del término "manifiesto" en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, implica que estemos frente a un concepto patente, claro, por tanto, indiscutible<sup>(37)</sup>.

(35) Talero, "La evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad", 228

(36) Según lo dispone el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el adjetivo "manifiesto" significa: Descubierta, patente, claro. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=manifiestamente>

(37) Así por ejemplo, en relación a la nulidad manifiesta de actos jurídicos prevista en el artículo 220 del Código Civil, Lohmann ha señalado que el término *manifiesta* "(...)" ha de significar lo que ya esté manifestado (no cubierto o desconocido) con tal grado de claridad que no se requiera de prueba alguna o de análisis externo, auxiliar y complementario para ponerlo de manifiesto, esto es, para descubrir lo encubierto y poner a la vista el vicio suprimiendo la apariencia de validez. Que 'resulte manifiesta' significa, pues, que la nulidad ya sea evidente y directa e inmediatamente perceptible." [Juan Guillermo Lohmann. "La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio", IUS ET VERITAS 24 (2002), 24].



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

En otras palabras, para que el Juez pueda declarar de oficio la nulidad de un laudo, es imprescindible que el pronunciamiento al que se pretende aplicar esta sanción haya decidido sobre una materia que de manera clara, evidente e indubitable es considerada como no susceptible de arbitraje. Es decir, cuando existan dudas acerca de si una materia es o no arbitrable, o tenga que llevarse a cabo una elucubración jurídica para arribar a esa conclusión, no corresponde la declaración de nulidad en aras del carácter excepcional y restrictivo de la nulidad y del principio por el cual ante la duda debe estarse en favor de la validez del acto, en este caso, del laudo arbitral (*favor arbitralis*).

De esta manera, si el supuesto de hecho al cual se pretende aplicar la causal de anulación de oficio prevista en el literal d) numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, no implica una materia *manifiestamente* no susceptible de arbitraje, no será válida su invocación, pues implicaría su aplicación a un supuesto fáctico que no le corresponde, incurriéndose en una aplicación indebida de dicha norma.

Esta interpretación busca entender los parámetros queridos y previstos por nuestra legislación al regular una institución de carácter extraordinaria y excepcional como es la nulidad, más aún, al haber previsto la posibilidad de que los jueces puedan invocar esta causal incluso sin que haya mediado una denuncia de las partes en este sentido.

No podemos, sin embargo, dejar de señalar que existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>(38)</sup> en el que, si bien refiriéndose a un tema distinto, como son los límites de la libertad de contratación, ha indicado que el orden público constituye no solo un límite explícito (compuesto por las leyes); sino también uno implícito (compuesto por los derechos fundamentales). En tal sentido, consideramos que el pronunciamiento del Tribunal, podría haber dado una pauta de interpretación que, de pretender aplicarse a temas arbitrales, podría estar más allá de lo querido y regulado por la Ley de Arbitraje.

Lo que sí queda fuera de toda posibilidad de discusión es que en el escenario de duda o falta de certeza siempre deberá efectuarse una interpretación en favor del arbitraje, permitiendo la arbitrabilidad de la materia cuestionada al no existir una norma clara que establezca lo contrario. En efecto, como señala Caivano respecto al principio *in dubio pro arbitri* "(...) dado que el principio general es que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre las cuales las partes tienen libre disponibilidad, las excepciones

(38) "(...) el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos". Fundamento 3 de la Sentencia No. 2670-2002-AA/TC de fecha 30 de enero de 2004.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que "(...) el orden público al que hace alusión el artículo 2º, inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales" (Fundamento 11 de la Sentencia No. 2736-2004-PA/TC de fecha 16 de diciembre de 2005).

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**  
**Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade**

mencionadas deben interpretarse de manera restrictiva, lo que importa que en caso de duda deba estarse a favor de la arbitrabilidad<sup>(39)</sup>.

## 7. La prohibición de analizar el fondo y las motivaciones del laudo

Como hemos expuesto, el proceso de anulación de laudo (como vía excepcional y extraordinaria) se ha establecido con el fin de controlar su legalidad, la arbitrabilidad de las materias sometidas al arbitraje y la regularidad del procedimiento con el que se ha llevado a cabo el arbitraje.

¿Cuál es el límite de los jueces al momento de analizar (de oficio o a pedido de parte) si una materia es manifiestamente no arbitrable? El numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje nos brinda una respuesta al señalar que: “Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

Si bien dicha norma ha sido creada para evitar que el Poder Judicial interfiera con la jurisdicción arbitral y no termine resolviendo una controversia que las partes decidieron válidamente sustraerla de su ámbito de competencia, somos de la opinión que ello no puede implicar que los árbitros estén exentos del deber de motivar debidamente sus decisiones, pues ello implicaría dar “carta blanca” a la arbitrariedad y desconocer un derecho fundamental constitutivo del debido proceso. Esta posición ha sido asumida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (Casación No. 858-2012) en los siguientes términos:

“(…) tal como se ha sido manifestado antes, la Sala Superior ha establecido que la resolución que resuelve el conflicto sometido a arbitraje, esto es, el laudo, carece de un requisito exigido a las resoluciones por nuestra

Constitución Política del Estado, exigencia que se irradia a todo el sistema jurídico peruano; ello implica que el hecho que no esté expresamente consignado como causal de anulación de laudo en el artículo 63 del Decreto Legislativo número 1071, no significa que la exigencia constitucional en mención no pueda aplicarse al proceso arbitral, en tanto el laudo arbitral es una resolución.”

La posibilidad de analizar la motivación a través del proceso de anulación de laudo pone en evidencia un tema límite: la prohibición de los jueces de pronunciarse sobre el fondo de la decisión del Tribunal Arbitral. Al respecto, en la Casación No. 2848-2011, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República señaló que “la ley no faculta al justiciable a que mediante la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral se pueda disentir del criterio asumido por el árbitro al expedir el laudo, teniéndose en cuenta que el mismo resulta de la apreciación de los hechos sometidos a su competencia y la valoración de la prueba aportada al indicado procedimiento (...)”<sup>(40)</sup>.

En esa misma línea, se ha afirmado que “incluso cuando se advierta una equivocada fundamentación de hecho o de derecho los órganos judiciales no pueden, sin trasgredir el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, revisar el juicio de los árbitros sobre el fondo de la materia controvertida”<sup>(41)</sup>.

En atención a ello, consideramos que si el carácter no arbitrable de una decisión no

(39) Roque Caivano, *Negociación, Conciliación y Arbitraje* (Lima: APENAC, 1998), 245. En relación al principio *favor arbitralis* o *favor arbitri*, Chocrón nos dice que “(...) limitando las facultades revisoras del órgano competente se favorece la competencia de los árbitros evitando los graves perjuicios que conllevaría una eventual anulación del laudo para reiniciar un lento y costoso camino litigioso”. (Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, 59).

(40) Casación publicada el 30 de noviembre de 2012 en el Diario Oficial El Peruano (página 38283).

(41) Julio Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad de laudo* (Lima: Jurista, 2013), 145



## Ana María Arrarte Arisnabarreta

es manifiesto, y para invocar una causal de este tipo (de oficio o a pedido de parte) es necesario introducirse en los considerandos de la decisión arbitral, discrepar con ellos y modificar su sentido, es claro que se estaría incurriendo en la prohibición prevista en el artículo 62, por lo cual nuestros jueces no podrían proceder a la anulación bajo este sustento.

### 8. Anulación de oficio y derecho de defensa

El derecho de defensa es entendido como aquel derecho que tienen todas las partes de formular todas sus alegaciones y pruebas dentro de un proceso y que tengan conocimiento oportuno de las ocurrencias del mismo para que, en un tiempo razonable, puedan preparar su defensa<sup>(43)</sup>

En relación al derecho al contradictorio (defensa), el Tribunal Constitucional ha señalado que "(...) el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero que no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Tal hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado, argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos"<sup>(44)</sup>.

Así, habiendo determinado cómo consideramos que debería interpretarse la posibilidad de anular un laudo por haber decidido sobre una materia manifiestamente no susceptible de arbitraje, resulta importante mencionar que el juez, de pretender invocar dicha causal, debe respetar el debido proceso de las partes. En efecto, el hecho que la norma otorgue al juez la potestad de anular de oficio, no quiere decir que lo autorice a vulnerar el derecho de defensa en el marco de un proceso de anulación

de laudo<sup>(45)</sup>. La anulación *de oficio* no quiere decir, sin conocimiento, sin contradictorio de las partes o *de sorpresa*.

En ese sentido, si el juez considera analizar si se ha presentado un supuesto de nulidad de oficio, estimamos imprescindible que de manera previa ponga este hecho en conocimiento de las partes y les otorgue un plazo para que se pronuncien al respecto, con la finalidad de preservar el derecho a la defensa previsto en el artículo 139 de la Constitución Política. Un pronunciamiento judicial sin que las partes hayan podido esgrimir sus argumentos de manera previa determinaría, en nuestra opinión, la nulidad de dicha decisión.

### 9. A modo de conclusión

En base a lo expuesto en el presente artículo podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a) El proceso de anulación de laudo es una vía excepcional y extraordinaria que tiene por finalidad revisar la validez del laudo en función a determinadas causales previstas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, cualquier causal deberá ser interpretada de la manera más restrictiva posible, y de conformidad con los principios que sustentan la nulidad procesal.
- b) En función de la política legislativa adoptada, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, determina que una materia será susceptible de arbitraje si lo contrario no se desprende de manera manifiesta, esto es clara e indubitable, de la norma.

(43) Giovanni Priori, "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales", IUS ET VERITAS 26 (2003): 290.

(44) Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el expediente No. 5159-2011-PA/TC de fecha 10 de agosto de 2012.

(45) Así por ejemplo en relación a la nulidad manifiesta de actos jurídicos prevista en el artículo 220 del Código Civil, Lohmann ha señalado que "(...) si el juzgador considera la existencia de una causal de nulidad, a su juicio manifiesta, debe advertírselo a las partes antes de expedir sentencia, para que ellas expongan lo que les parezca apropiado a sus derechos." (Lohmann, *El Arbitraje*, 60).

**Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio**

***Notes on the ground for annulment of awards not arbitrable matter, and its invocation of trade***

- c) En nuestra Ley de Arbitraje para el arbitraje nacional, si bien el concepto de orden público no ha sido considerado como causal de anulación autónoma, ello no implica la ausencia del referido concepto en el análisis de la validez del laudo, sino debe estar recogido normativamente en las disposiciones que limitan la arbitrabilidad.
- d) En caso de duda sobre la arbitrabilidad objetiva de determinada materia, se deberá considerar que sí lo es, en la medida que no exista una ley que de manera manifiesta la excluya del ámbito del arbitraje.
- e) Si los jueces decidieran anular un laudo, a pesar que no se ha determinado de manera manifiesta la no arbitrabilidad de una materia, implicaría un análisis de los fundamentos y del fondo del laudo para discrepar de lo resuelto por el Tribunal Arbitral, lo cual se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento.
- f) En el supuesto que los jueces consideren que se encuentran ante una materia manifiestamente no susceptible de arbitraje, deberán citar a las partes para que tengan la oportunidad de pronunciarse al respecto, respetando así su derecho de defensa. De lo contrario, estaríamos frente a una sentencia nula por vulnerar el debido proceso. 