

NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR HABER LAUDADO SIN LAS MAYORÍAS REQUERIDAS

*Mario Castillo Freyre**
*Rita Sabroso Minaya***

SUMARIO:

1. EL RECURSO DE ANULACIÓN.— 2. HABER LAUDADO SIN LAS MAYORÍAS REQUERIDAS.— 2.1. LAUDO EMITIDO POR UNANIMIDAD Y LAUDO EMITIDO POR MAYORÍA. VOTO SINGULAR Y VOTO DIRIMENTE.— 2.2. ALCANCES DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE.— 3. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO POR ESTA CAUSAL.—

1. EL RECURSO DE ANULACIÓN

Como bien sabemos, el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir alguna forma o mecanismo de control sobre él.

Sin embargo, el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condiciona la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, válidamente se podría considerar que el arbitraje es una suerte de «sistema inferior de justicia». En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.¹

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Cátedra del curso de Obligaciones y Contratos Especiales I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Actualmente cursa la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios; Miembro del Estudio Mario Castillo Freyre. Secretaria arbitral en procesos Ad-Hoc.

¹ OLIVIER, Antonie. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 373.

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572 (en adelante, Ley General de Arbitraje) establece que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia.

Es aquí donde radica la diferencia central entre el recurso de apelación y el recurso de anulación. Mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho (es decir, del análisis del fondo de la controversia resuelta en el laudo), el recurso de anulación sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos.

Ahora bien, el laudo arbitral sólo podrá ser anulado cuando la parte que demande la anulación pruebe alguno de los supuestos expresamente contemplados por el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.²

² Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales.-

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.
2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

A efectos del presente trabajo, nos centraremos en el cuarto supuesto contemplado por el referido artículo 73; a saber: Haber laudado sin las mayorías requeridas.

2. HABER LAUDADO SIN LAS MAYORÍAS REQUERIDAS

La gran mayoría de legislaciones arbitrales —entre ellas la peruana— dispone como requisito del laudo arbitral que éste conste por escrito, bastando que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión.³

-
3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
 4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.
 5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.
 6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.
 7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que 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. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

³ Así, el artículo 49 de la Ley General de Arbitraje peruana establece lo siguiente:

Artículo 49.- «Requisitos del laudo.-

El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría». (El subrayado es nuestro).

Caso particular es el de la nueva Ley General de Arbitraje española, Ley n.º 60/2003. En efecto, el inciso 3 del artículo 37 de la referida Ley contempla —a diferencia de la ley peruana— la posibilidad de que el laudo arbitral sólo cuente con la firma del presidente. Dicho precepto establece lo siguiente:

Artículo 37.-

«[...]»

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

Este requisito formal es de suma importancia, ya que —de esta manera— se estaría evitando que un árbitro se niegue a suscribir el laudo arbitral cuando es contrario a los intereses de la parte que lo designó. Lamentablemente, si no existiera este requisito expresamente establecido en la Ley General de Arbitraje, se podría impedir la adopción de una decisión final en torno a la controversia.

Por ello, si el laudo arbitral no ha sido emitido —por lo menos— con la mayoría requerida para formar decisión, estaremos ante la presencia de una causal de anulación del mismo.

En efecto, el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales
El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:
[...]
4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.
[...].».

Sin embargo, antes de analizar los alcances del citado inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, desarrollaremos los conceptos de laudo emitido por unanimidad, por mayoría, voto singular y voto dirimente, a efectos de entender las implicancias de la referida causal de anulación.

2.1. *Laudo emitido por unanimidad y laudo emitido por mayoría. Voto singular y voto dirimente*

En caso se trate de un Tribunal Arbitral unipersonal, nada de lo que vamos a desarrollar tiene aplicación. El tema adquiere relevancia si se trata de un Tribunal

[...].» (El subrayado es nuestro).

Arbitral compuesto por tres árbitros o por un número mayor, si fuese el caso, siempre que sea número impar.⁴

En efecto, como bien señala Munné,⁵ el laudo arbitral —en caso de árbitro único— no plantea ningún problema de orden a la formación del laudo y de las restantes decisiones arbitrales, dado que las mismas las reflexiona, emite y redacta el árbitro único. Cuando hay más de un árbitro, es decir, en el caso de colegio arbitral, sí se plantean mayores problemas en orden a la adopción de decisiones.

Al respecto, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides,⁶ señalan que en un tribunal de tres árbitros, debe haber cierto grado de «deliberación» entre ellos, consista éste en el intercambio de anotaciones o correo electrónicos o en conferencias telefónicas, y que las opiniones expresadas durante las deliberaciones no deberían darse a conocer a las partes.

En tal sentido, teniendo en cuenta el número de árbitros que deciden, tenemos dos tipos de laudos; a saber: (i) el laudo emitido por unanimidad; y (ii) el laudo emitido por mayoría.

Según Cabanellas,⁷ «unanimidad» significa «coincidencia de opiniones, dictamen o pareceres entre los consultados o resolventes».

⁴ Recordemos que el artículo 24 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 24.- «Número de árbitros

Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres.

Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral». (El subrayado es nuestro).

⁵ MUNNÉ CATARINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L., 2004, p. 146.

⁶ REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006, p. 541.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, vigésimo primera edición, tomo VIII, p. 248.

En efecto, el laudo emitido por unanimidad es aquél en el cual todos los miembros del Tribunal Arbitral, comparten los considerandos y la parte resolutive del mismo.

Por su parte, el laudo emitido por mayoría es aquel en el cual —teniendo en cuenta el supuesto más común que es un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros— existen dos árbitros que voten en un determinado sentido y otro que vota en sentido distinto.

La Ley General de Arbitraje establece que el laudo arbitral se dicta por mayoría de los árbitros. Así, el artículo 49 de dicha Ley señala lo siguiente:

Artículo 49.- «Requisitos del laudo.-

El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría». (El subrayado es nuestro).

En realidad la existencia formal de un laudo por unanimidad o por mayoría es la misma, porque en ambos casos hay laudo. Pero la importancia de un laudo por unanimidad es muy grande porque implica que independientemente del sentido del mismo, los árbitros designados por las partes, incluida por aquella que eventualmente no ha ganado el proceso, está de acuerdo con la decisión. En ese sentido, la solidez sustantiva de un laudo emitido por unanimidad es, sin duda, mucho más fuerte que la de un laudo emitido por mayoría.

En efecto, no es lo mismo que nadie objete dentro del propio Tribunal Arbitral la decisión de fondo, a que alguno de los árbitros objete la decisión con un voto singular (disidente).

A entender de Cantuarias,⁸ un árbitro puede emitir una opinión disidente, la cual no es laudo ni forma parte de él. Se trata simplemente de opiniones que carecen de efectos jurídicos, ya que la decisión (el laudo arbitral propiamente dicho) se toma en base al acuerdo de la mayoría o del presidente del tribunal arbitral, según sea el caso.

Por su parte, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides⁹ señalan que las opiniones disidentes plantean un problema aún mayor. Existe una amplia diferencia entre la doctrina y la práctica en cuanto a la conveniencia de permitir que se emitan opiniones disidentes. Los árbitros expresan su disenso rehusando firmar el laudo. Por ello, las opiniones disidentes son cada vez menos frecuentes. Por lo general, cuando se expresa una opinión disidente, ésta se adjunta al laudo si los demás árbitros lo consienten, o bien, se entrega a las partes en forma separada. En cualquiera de los dos casos, la opinión disidente no forma parte del laudo mismo: no es un «laudo» sino una opinión.

Al respecto, Yáñez Velasco¹⁰ afirma que todos los árbitros deben firmar el laudo, pero si la declaración de voluntad de un árbitro contradice la mayoría, se permite el voto discrepante, reservado o particular. Y si la discrepancia es de varios árbitros y coinciden entre sí, nada impide un voto particular conjunto. La falta de regulación en el proceder conduce a la libertad de formas pero requiere, como regla de principio, que efectivamente haya existido un voto disidente con la mayoría y que el árbitro —su autor— desee expresarlo y justificarlo individualizadamente.

⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 140.

⁹ REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, pp. 540-541.

¹⁰ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 719.

Dentro de tal orden de ideas, a través de la opinión disidente, el árbitro minoritario expresa la discrepancia con relación a aspectos de fondo de la controversia y con la forma cómo —los otros árbitros— han resuelto la misma.

En efecto, tal como señala Cantuarias,¹¹ la posibilidad de permitir que un árbitro que se encuentra en desacuerdo con la mayoría del tribunal arbitral pueda emitir una opinión disidente fomenta la honestidad intelectual, contribuye a mejorar los fallos arbitrales en tanto obligan a la mayoría a fundar adecuadamente sus decisiones, promueve la responsabilidad judicial y arbitral, y otorga una satisfacción de principio al árbitro y a la parte. Mientras que sus desventajas, mucho menores en importancia, están referidas esencialmente a la posibilidad de que la opinión disidente pueda ser utilizada por malos árbitros como un mecanismo para sostener la posición de una de las partes o para intentar generar alguna condición para atacar la validez del laudo arbitral.

Sin embargo, consideramos pertinente precisar que, a nuestro entender, el voto singular (que contiene una opinión disidente) es tan legítimo como el voto en mayoría y debe ser respetado y puesto en su lugar. Pero sí hay que subrayar que este voto singular no debe ser visto —como es usualmente visto— en el sentido de proporcionar los argumentos a la parte que perdió para solicitar la anulación. Ello, porque generalmente no los da, en la medida en que esta opinión disidente se refiere a cuestiones de fondo y no a cuestiones de forma, y —como sabemos— las causales de anulación de laudo están basadas en cuestiones formales y no en cuestiones de fondo.

Las leyes de arbitraje modernas no suelen referirse expresamente a las opiniones disidentes. Sin embargo, ellas tampoco se encuentran prohibidas.¹²

¹¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 314

¹² REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 541.

Así, por ejemplo, la Ley General de Arbitraje peruana no hace referencia expresa a la posibilidad de una opinión disidente. A pesar de ello, es común que aquel árbitro que no esté de acuerdo con la mayoría, emita una opinión disidente.

De esta manera, el artículo 49 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 49.- «Requisitos del laudo.-

El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría». (El subrayado es nuestro).

En tal sentido, si bien el artículo 49 no hace mención expresa a la opinión disidente, puede entenderse que los votos particulares a los que hace referencia, bien podrían ser una opinión disidente del árbitro minoritario.

Al respecto, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides,¹³ señalan que de todas las instituciones arbitrales del mundo, sólo el CIADI reconoce expresamente el derecho de los árbitros a emitir una opinión individual y, en especial, una opinión disidente. Así la regla 47 (3) del Reglamento CIADI establece que «cualquier miembro del Tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual, sea que disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disentimiento». (El subrayado es nuestro).

Por otro lado, tenemos a las «opiniones separadas», las cuales se presentan cuando existe acuerdo sobre la parte resolutive del Laudo, pero no están de acuerdo en las consideraciones que los llevan a resolver en ese sentido.

¹³ REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 542.

A entender de los citados autores, una opinión «separada» o «concordante» es aquella que expresa un árbitro que está de acuerdo con el resultado del arbitraje y que, por lo tanto, desea prestar su consentimiento a la parte dispositiva del laudo, pero que, al mismo tiempo, no está de acuerdo con el razonamiento seguido o con la forma en que se formuló el laudo.¹⁴

Según Arrighi,¹⁵ en el caso de las opiniones separadas, si bien uno o más árbitros están de acuerdo acerca de la parte resolutive del laudo arbitral (es decir, está de acuerdo con el fallo), deciden emitir una opinión separada (o sea, respecto de la parte considerativa), debido a que pueden no estar de acuerdo con parte o todo el razonamiento seguido por la mayoría o con la forma en que el mismo ha sido formulado.

Las opiniones separadas sí forman parte del laudo, porque están de acuerdo con la parte resolutive del resto de miembros del tribunal arbitral, a diferencia de las opiniones disidentes.

Asimismo, debemos precisar que la existencia de opiniones separadas no implica la no existencia de mayoría, ya que la existencia de mayoría no se mide por la parte considerativa, sino por la parte resolutive del laudo.

Ahora bien, hemos visto el tema del laudo en mayoría y de los votos singulares (opiniones disidentes y opiniones separadas). Sin embargo, cabe preguntarnos ¿qué pasaría en el supuesto en el que haya tres votos singulares que sean disidentes? Es decir, ¿qué pasaría si un árbitro declara infundada la demanda,

¹⁴ REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 540.

¹⁵ Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 309.

otro la declara fundada y, finalmente, el tercer árbitro considera que ella es improcedente?

En estos casos, debemos tener presente lo establecido por el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje, el mismo que señala que es el voto del presidente el que decide la controversia.

En efecto, el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 47.- «Decisión del Presidente del Tribunal Arbitral y designación del dirimente.-

Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, en los casos de empate dirime el voto del presidente del tribunal. Si no hubiere acuerdo mayoritario, decide el presidente. [...]». (El subrayado es mío).

Como se puede apreciar, en la citada norma impera la decisión mayoritaria y, en defecto, la del presidente del tribunal arbitral.

En efecto, la norma se refiere —con carácter dispositivo— a la adopción de decisiones arbitrales cuando se trate de un tribunal arbitral colegiado. En este sentido, salvo acuerdo contrario de las partes, las decisiones se adoptarán por mayoría. Para aquellos supuestos en los que haya una pluralidad de opiniones diversas, la ley prevé que en todo caso la decisión será tomada por el presidente.

Al respecto, Mantilla Serrano¹⁶ señala que a falta de mayoría, el presidente del Tribunal no está obligado a inclinarse a favor de una u otra de las tesis o posiciones expuestas por sus coárbitros (pero puede hacerlo y así constituir una mayoría), sino que queda libre de dictar el laudo él solo, sin necesidad de contar con el apoyo de

¹⁶ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 195.

alguno de los coárbitros. Así, se le da al tercer árbitro toda la independencia y libertad de decisión necesarias para evitar que, a falta de mayoría, quede obligado a entrar en interminables discusiones para convencer a alguno de los coárbitros de la validez de su posición o, lo que serían aún peor, a plegarse a las exigencias de cualquiera de ellos.

Una extrema prudencia debe inspirar el ejercicio de esta facultad por el presidente, quien sólo deberá apoyarse en ella cuando, después de una concienzuda y razonable deliberación entre los miembros del tribunal arbitral, sea imposible llegar a una posición mayoritaria. No debe convertirse el ejercicio de la mencionada facultad en un atajo para evitar las deliberaciones o para imponer el punto de vista del presidente.

Es más, una vez preparado su proyecto de laudo y no obstante que en el proceso de deliberación no haya podido constituir una mayoría, el presidente deberá comunicarlo nuevamente a los coárbitros, antes de notificarlo a las partes, para agotar así todas las posibilidades de conseguir una mayoría y, además, dar plena aplicación al principio de deliberación de las decisiones colegiadas.¹⁷

Por otro lado, creemos pertinente referirnos al extremo del primer párrafo del artículo 47 de la Ley General de Arbitraje, que señala que «en los casos de empate dirime el voto del presidente del tribunal». (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, consideramos que el término «dirime» empleado en este extremo de la norma no es correcto, ya que en caso de empate (es decir, cuando, por ejemplo, un árbitro considera que la pretensión es fundada; mientras que el otro árbitro considera que es infundada), el presidente no «dirime» por ser el presidente, simplemente decide como árbitro, ya que su voto puede hacer mayoría o

¹⁷ *Idem.*

simplemente él decide la controversia, declarando, por ejemplo, improcedente la pretensión.

En otras palabras, consideramos que el referido extremo del primer párrafo del artículo 47 debería ser eliminado porque se presta a confusiones, ya que lo correcto es lo señalado en el última parte del primer párrafo del artículo 47 que establece que «Si no hubiere acuerdo mayoritario [es decir, en caso de empate], decide el presidente».

Incluso el voto del presidente podría ser el minoritario, supuesto en el cual su voto no decide la controversia. Es decir, el voto del presidente no decide la controversia por tener la condición de dirimente, porque si el Presidente está en minoría y los otros dos árbitros hacen decisión, el voto del Presidente no tiene ninguna relevancia.

Según Munné,¹⁸ la decisión adoptada tan sólo por el Presidente del colegio arbitral, en defecto de mayoría, es una solución minoritaria en Derecho comparado. En otros ordenamientos se prevé que en defecto de mayoría se debe volver a votar hasta formar una mayoría y otras fórmulas que no pasan por convertir la decisión colegiada en unipersonal.

Entre esas otras soluciones, encontramos la del *voto dirimente*, la misma que también está contemplada en nuestra Ley General de Arbitraje, en el segundo párrafo del artículo 47, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 47.- «Decisión del Presidente del Tribunal Arbitral y designación del dirimente.-

[...]

En todos los casos en que sea necesario designar a un árbitro dirimente, se seguirá el mismo procedimiento utilizado para la

¹⁸ MUNNÉ CATARINA, Frederic. *Op. cit.*, p. 147.

designación del tercer árbitro, salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido establezcan un procedimiento distinto. El árbitro dirimente deberá expedir su resolución dentro del plazo de veinte (20) días, gozando de las facultades reconocidas al árbitro presidente en el párrafo anterior». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en este último caso, la Ley General de Arbitraje regula el procedimiento para llamar a un árbitro dirimente y el plazo para que expida su decisión.

Sin embargo, aquí cabe preguntarnos cuál sería aquel supuesto —que no esté previsto en el primer párrafo del artículo 47— en el que se requiera de un árbitro dirimente.

Lohmann¹⁹ sostiene que el segundo párrafo del artículo 47 es del todo inútil y resulta difícil de imaginar qué es lo que el autor de su texto tuvo en mente, pues se refiere a los casos en que sea necesario designar a un árbitro dirimente. En tal sentido, el referido autor propone eliminar el segundo párrafo del artículo 47.

Creemos que será muy rara la posibilidad de que sea necesario designar a un árbitro dirimente, pues el primero párrafo del referido artículo 47 ya contempla la solución para cuando se produzca empate o no haya mayoría, casos en los cuales decide el presidente del tribunal arbitral.

Sin embargo, ponemos imaginar aquel supuesto en el que uno de los árbitros de parte decide, por ejemplo, que la pretensión es infundada; mientras que el otro árbitro de parte decide que la pretensión es fundada. ¿Qué pasaría si el Presidente del Tribunal Arbitral no emite opinión?

¹⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Más sobre la necesidad de modificaciones a la Ley General de Arbitraje (arbitraje nacional)». En: *Derecho & Sociedad*. n.º 25, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 223.

Obviamente aquí no hay mayoría y no se puede aplicar el primer párrafo del artículo 47, porque simplemente el presidente no quiere emitir opinión. Aquí tampoco cabe aplicar lo dispuesto por los artículos 46 y 49,²⁰ porque no hay mayoría a la cual se pueda entender adherido el presidente.

Es pues, este el supuesto en el cual se deberá recurrir a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 47, por lo que no estamos de acuerdo con Lohmann en eliminar este extremo de la norma, aunque reconocemos que serán muy pocos los casos en los cuales se presente el supuesto señalado.

Dentro de tal orden de ideas, y teniendo en claro los conceptos de laudo emitido por unanimidad, por mayoría, voto singular y voto dirimente, corresponde analizar los alcances del inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

2.2. Alcances del inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje

Antes de ver cuáles son los casos en los que estamos frente a un laudo emitido sin las mayorías requeridas, consideramos pertinente e ilustrativo ver cuándo no estamos en el supuesto de hecho del inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

²⁰ Artículo 46.- «Mayoría para resolver.-

Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, las resoluciones se dictan por mayoría de los árbitros. Los árbitros están prohibidos de abstenerse en las votaciones. En caso lo hicieran, se considerará que se adhieren a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso.

[...].» (El subrayado es nuestro).

Artículo 49.- «Requisitos del laudo.-

El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría. (El subrayado es nuestro).

En primer lugar, debemos señalar que el referido inciso 4 no contempla el supuesto de que ninguno de los árbitros emita un laudo. Ello, porque el inciso 4 parte de la premisa de que exista laudo (o algún documento que se le denomine como tal, ya sea emitido por uno o por dos árbitros).

En efecto, recordemos que el artículo 49 de la Ley General de Arbitraje establece expresamente que «el laudo debe constar por escrito». En ese sentido, si ninguno de los árbitros emite un laudo o documento escrito, no estamos ante el supuesto de hecho del inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

En segundo lugar, el inciso 4 del artículo 73 tampoco se aplicaría en el supuesto de que dos árbitros emitan un laudo (en un mismo sentido) y el otro no laude ni emita voto singular, ya que —en virtud a lo establecido por los artículos 46 y 49 de la Ley General de Arbitraje— se entiende que el tercero se adhiere a lo decidido por la mayoría, tal como lo hemos visto en el punto 2.1. del presente trabajo.

En tercer lugar, el inciso 4 del artículo 73 tampoco se aplicaría en el supuesto en el cual los tres árbitros emitan opiniones separadas, ya que —como hemos visto— las opiniones separadas se presentan cuando existe acuerdo sobre la parte resolutive del Laudo, pero los árbitros no están de acuerdo en las consideraciones que los llevan a resolver en ese sentido.

Así lo ha señalado la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, al declarar infundada la demanda de anulación de laudo arbitral emitido en el proceso arbitral seguido entre Compañía Minera Yuracmayo S.A. con la Empresa Minera del Centro del Perú S.A.²¹

²¹ En dicho caso, se notificaron tres documentos, los cuales contenían la posición de cada uno de los árbitros (consideraciones), pero que coincidían en la parte resolutive. Al respecto

Como hemos visto, pareciera que el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje no tuviera efectos prácticos, ya que hasta el momento no hemos visto en qué supuestos se puede aplicar.

Incluso, a entender de Cantuarias,²² esta causal es muy difícil que se presente en la práctica, si tenemos en cuenta que, de conformidad con el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje, salvo que exista acuerdo en contrario de las partes, resolverá el presidente del tribunal arbitral en caso hubiera empate o cuando no exista acuerdo mayoritario.

Asimismo, Lohmann²³ sostiene que el inciso 4 del artículo 73 es inútil porque nunca puede producirse el caso de falta de mayoría, ya que el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje establece, sabiamente, que cuando el órgano arbitral es colegiado y no hay acuerdo mayoritario, decide quien actúe como presidente. La decisión de éste, por lo tanto, no hará mayoría, pero sí será suficiente para la validez del laudo.

Si bien coincidimos con los citados autores, en el sentido de que el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje reduce las posibilidades de que no exista un laudo, consideramos que sí podría presentarse algún supuesto que conlleve la aplicación del inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

Pensemos en el caso en el cual el laudo es emitido por un solo árbitro de parte. Aquí cabe preguntarnos ¿qué sucede con los otros dos árbitros (el otro árbitro

recomendamos ver: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «Resoluciones». En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.º 17, Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 29-39.

²² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 521.

²³ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Op. cit.*, p. 225.

de parte y el presidente) que no se pronunciaron? ¿Se entienden adheridos los otros dos árbitros a lo decidido por el primero?

Cuando dos árbitros emiten el laudo, el tercero —que no se pronunció— se entiende adherido a lo decidido por la mayoría. Sin embargo, si el laudo fue emitido por uno, que no es el presidente, dos no se pueden adherir al voto de uno, porque uno no hace mayoría.

Creemos que éste es un supuesto en el que se puede demandar la anulación del laudo, en virtud del inciso 4 del artículo 73, ya que se trataría de laudo emitido sin las mayorías requeridas.

Otro supuesto podría ser aquél en el cual los dos árbitros de parte no emiten voto alguno y el presidente emite el laudo.

Si bien sabemos que los artículos 46 y 49 de la Ley General de Arbitraje, contemplan la posibilidad de que los árbitros que no han emitido voto se adhieran al de la mayoría, aquí no estamos ante ese supuesto, ya que el solo voto del presidente no hace mayoría y no podría entenderse que los otros dos árbitros se adhirieron a dicho único voto.

Asimismo, recordemos que el artículo 49 de la Ley General de Arbitraje — que regula los requisitos del laudo— establece que «[...] Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión». (El subrayado es nuestro).

Es decir, el referido artículo 49 establece que como mínimo hayan dos firmas en el Laudo, ya que dos son mayoría en un Tribunal Arbitral conformado por tres árbitros.

De esta manera, podríamos afirmar que si el laudo sólo tiene la firma del Presidente y los otros dos árbitros no emiten voto alguno, no estaremos ante un laudo que cumpla con el requisito del artículo 49 y, como consecuencia, se podría demandar su anulación en virtud de la causal contemplada por el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

Finalmente, un tercer supuesto sería aquél en el cual los árbitros de parte emiten sus votos (uno declara fundada la pretensión y el otro la declara improcedente) y el presidente —que se supone es el que decide— no emite voto alguno y tampoco se designa al árbitro dirimente, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo 47.

Aquí no se puede entender que el Presidente se adhiere a los votos de los otros árbitros, en la medida de que no hay mayoría a la cual adherirse.

En tal sentido, y no habiéndose designado al árbitro dirimente, ni siquiera se podría hablar de laudo, ya que sólo se tendrían dos votos distintos. Sin embargo, en el supuesto de que alguno o los dos árbitros notifiquen sus votos como laudo, bien podrían anularse en virtud a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

3. CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO POR ESTA CAUSAL

En virtud de lo establecido por el inciso 4 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje, si el laudo se anula porque se laudó sin las mayorías requeridas, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que se pronuncien con las mayorías necesarias.

Aquí la nulidad no se retrotrae al principio del proceso arbitral, sino se retrotrae al momento en que se laudó sin las mayorías requeridas. En otras palabras, en este caso, se está salvando casi todo el proceso.

Sin embargo, aquí surge una duda. Si el plazo para laudar ya venció, cómo es posible que el juez devuelva el expediente a los árbitros, para que éstos lauden con las mayorías requeridas.

Aquí lo que podría entenderse es que los árbitros van a tener un nuevo plazo, igual al que tuvieron (incluso prorrogable), para emitir un laudo conforme a lo establecido por los artículos 47 y 49 de la Ley General de Arbitraje.

Por otro lado, cabe preguntarnos qué sucedería si los otros árbitros tampoco se pronuncian en esta oportunidad. O están no habidos. Aquí nos encontraríamos en un perverso círculo vicioso.

¿Qué pasaría si los árbitros vuelven a hacer lo mismo, es decir, si sólo un árbitro de parte emite el laudo?

Aquí sólo cabría que el Poder Judicial reasuma competencia. Pero la parte demandada en el proceso judicial, deduciría excepción de convenio arbitral, ya que el convenio arbitral sigue obligando a las partes a cumplir con lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer sobre aquella controversia sometida a arbitraje.

Tampoco se podría recusar a los árbitros que no quieren emitir el laudo, porque ya se cerró la etapa probatoria.

Estas interrogantes deberían ser resueltas por una eventual modificación a la Ley General de Arbitraje.

Lima, abril del 2008