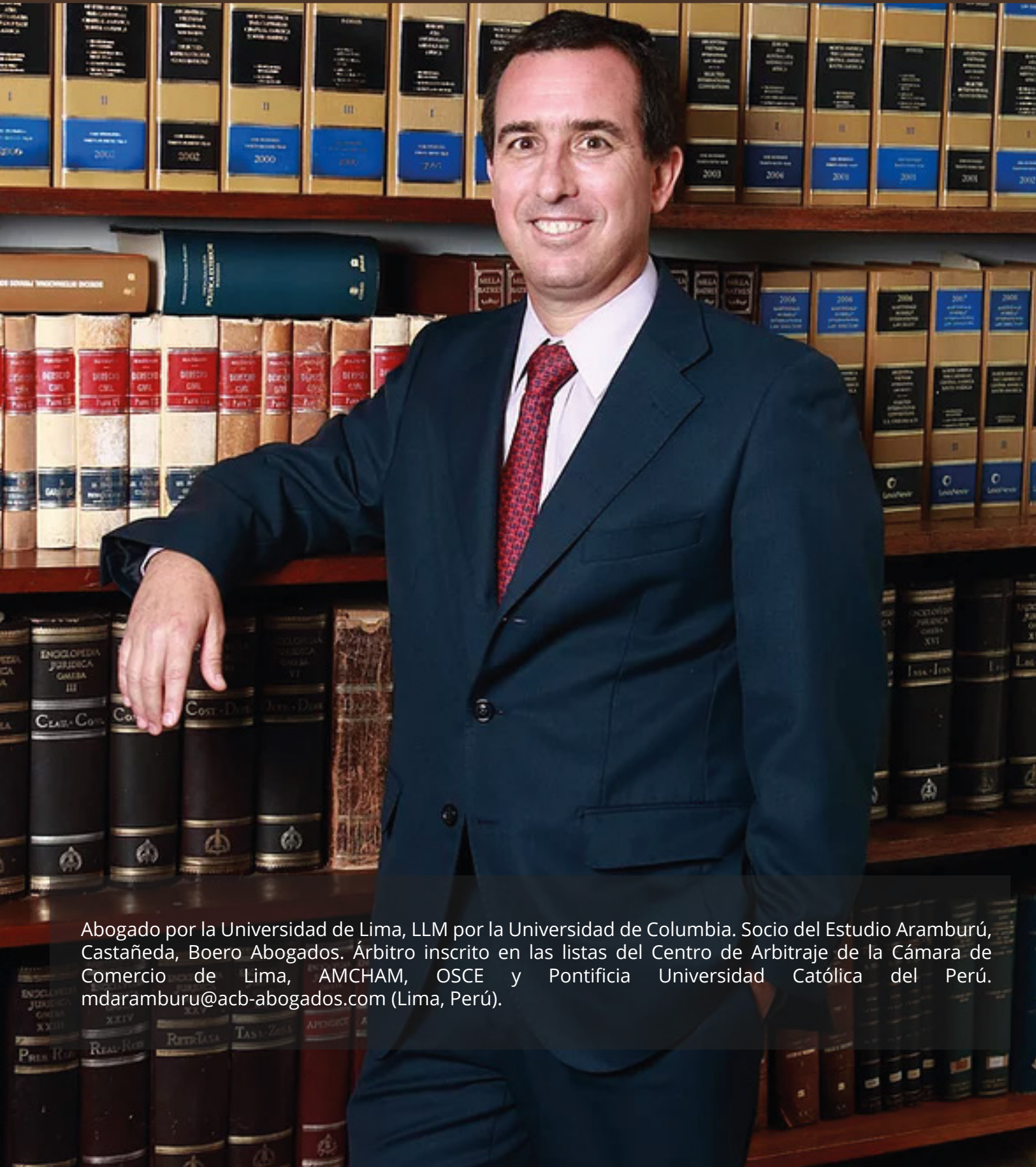


EL “RECURSO DE APELACIÓN” ENCUBIERTO EN LA MODIFICACIÓN A LA LEY DE ARBITRAJE

Entrevista a Manuel Diego Aramburú Yzaga

Fecha de entrevista: 30/7/2021



Abogado por la Universidad de Lima, LLM por la Universidad de Columbia. Socio del Estudio Aramburú, Castañeda, Boero Abogados. Árbitro inscrito en las listas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, OSCE y Pontificia Universidad Católica del Perú. mdaramburu@acb-abogados.com (Lima, Perú).

En la presente entrevista efectuada a un reconocido abogado y árbitro, Doctor Manuel Diego Aramburú Yzaga, se abordará una de las últimas modificaciones al Decreto Legislativo N° 1071 referida a los arbitrajes en los que el Estado Peruano es parte y que, por su diseño, podría mal emplearse viabilizando un recurso de apelación encubierto.

¿Doctor Aramburú, nos podría comentar de qué se trata la modificatoria al artículo 65° del Decreto Legislativo N° 1071 y cuál es la justificación o finalidad que persigue?

El 23 de enero de 2020, mediante Decreto de Urgencia No. 20-2020-PCM (en adelante DU), se modificó la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), específicamente, en lo que respecta a los arbitrajes en los que el Estado Peruano interviene. La norma modificó siete artículos e incorporó un artículo adicional a la Ley de Arbitraje. Entre los artículos que el referido DU modificó se encuentra el artículo 65° de la Ley de Arbitraje, el cual se refiere a las consecuencias de la anulación del Laudo Arbitral.

Esta modificación tiene implicancias más gravosas que un simple cambio del texto, en el fondo, ha cambiado el sentido de la norma y ha introducido la “apelación” en los arbitrajes del Estado, es decir, ha permitido, indirectamente, lo que estaba prohibido realizar de manera directa.

La justificación principal de esta modificación, según la exposición de motivos, es o fue la garantía de una mayor transparencia en los arbitrajes, en los que interviene el Estado y evitar actos de corrupción. No obstante, lo que pueda señalar la exposición de motivos, en la práctica la situación es diferente, ya que a través de normas legales no se garantizan las calidades éticas de las personas que actuarán como árbitros y, por lo tanto, la pulcritud de los arbitrajes. Esto, solo se sostiene en la calidad moral y ética de los mismos árbitros. Por ello, la inmensa responsabilidad que recae en las partes, al momento de decidir quiénes serán las personas que conformarán el tribunal arbitral. Hay que tener en cuenta además que mediante la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo No. 162-2021-EF se ha reincorporado a los árbitros que se encontraban inscritos en la Nómina de Profesionales Aptos para

Designación Residual del OSCE y no se requiere, por lo menos por el momento la absurda evaluación que se pretendió realizar a todos aquellos que quieren formar parte del Registro Nacional de Árbitros, registro, según la ley, necesario para que una persona pueda ser designado árbitro por el Estado o de manera residual por una Institución Arbitral, lo que ocasionó que este registro se quedara casi sin árbitros y, lo más grave, sin los más experimentados.

Vemos que usted considera alarmante este cambio, de acuerdo con lo que señala; ¿En qué medida la modificatoria podría generar este efecto perverso de utilizarse como una apelación encubierta?

Respecto a la modificación del artículo 65° de la Ley de Arbitraje y más allá de si ella funcionará, operará, o cumplirá su propósito, esta permite, como señalé anteriormente, hacer lo que por Ley está prohibido, es decir, permite, en realidad, apelar un laudo, pues el DU permite la sustitución de árbitros, luego de haberse declarado la anulación del mismo, para que vuelvan a resolver la controversia, lo que importa que árbitros distintos a los que emitieron el primer laudo (anulado) sean los que vuelvan a evaluar la controversia y se pronuncien sobre la misma. La modificación de este artículo también podría permitir el uso desnaturalizado e indiscriminado de la sustitución del árbitro o de la recusación de los mismos si es que alguna de las partes no se encuentra de acuerdo con el criterio del Tribunal Arbitral, lo que probablemente ocurra muchas veces, con aquel que se vio perjudicado con el laudo que fue anulado.

Habiendo indicado lo anterior, veamos, entonces, lo que señala la norma. El “infelizmente” modificado artículo 65° de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

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

(...)

b. (...)

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

Cuando un laudo es anulado, el arbitraje se retrotrae al momento anterior al vicio que generó la anulación del mismo, eso no ha cambiado, la novedad es que, en los casos en los que interviene el Estado, el DU ha incorporado una modificación, para establecer que es posible sustituir y recusar al árbitro o tribunal que resolvió la controversia, luego de que el laudo ha sido anulado.

Esto quiere decir que la modificación permitiría a las partes solicitar la sustitución del árbitro que designó o recusarlo conjuntamente con los demás árbitros que emitieron el laudo anulado, lo que importa, que, en el fondo, se pueda sustituir a la mayoría o a todo el tribunal sin importar que el artículo 31° de la Ley de Arbitraje, norma por la que se regula la sustitución de los árbitros solo permita hacerlo cuando se presenten situaciones específicas, es decir, cuando se produzca la vacancia del árbitro y este supuesto únicamente puede darse cuando: (i) se haya declarado fundada una recusación, (ii) cuando opere la remoción establecida en el artículo 30° de la Ley de Arbitraje y (iii) cuando el árbitro renuncie al cargo. Es decir, se otorga una facultad adicional a las partes para que, a su sola discreción, puedan cambiar al árbitro que eligieron sin importar que haya otros artículos de la Ley de Arbitraje que correctamente hayan limitado la aplicación de la sustitución para supuestos específicos.

Como se puede observar, el artículo no está correctamente redactado y por lo tanto no están claras las implicancias de “solicitar la sustitución” del árbitro o tribunal. ¿Se le otorga poder a quien designó al árbitro para retirarlo y

poder a quien designó al árbitro para retirarlo y cambiarlo, a su discreción? ¿Acaso quiere decir que solamente puede pedirle su renuncia? ¿Importa, acaso que se pueda exigir a la institución arbitral que designó al árbitro que lo cambie? ¿puede el árbitro o la institución resistirse a la sustitución y simplemente no aceptarla? La verdad no es claro cómo se debe proceder ni las consecuencias, ni cuáles son los mecanismos que se debe utilizar. Por tanto, en lo que respecta a la sustitución propiamente nos parece que la redacción no es clara y, por tanto, no es claro cómo se debe proceder ni las consecuencias que trae.

Entonces la modificatoria permitiría que, a través de una recusación se reconstituya un tribunal arbitral ¿Considera usted esto como un mecanismo de presión

El mismo artículo modificado (artículo 65° de la Ley de Arbitraje) también señala que al árbitro o árbitros cuyo laudo es anulado, se le puede recusar, habilitando, para ello, los plazos de recusación. Pareciera, entonces, que el artículo utiliza la recusación como un mecanismo de presión para lograr el apartamiento del árbitro. Entonces esto quiere decir que el árbitro al que se le pide ser sustituido y por tanto su renuncia, ¿está obligado renunciar? ¿Qué pasa si no lo hace?, la norma no lo señala, pero se entiende que, si no renuncia ante la solicitud de sustitución, la parte tendrá expedito el derecho a recusarlo. Ahora, ¿cuál sería la causal?, pues no podría ser otra que la consistente en el rechazo del pedido de sustitución efectuado por una de las partes, es decir se habría creado una nueva razón para recusar a un árbitro. Entonces y en relación a ello, ¿procede la recusación bajo la causal de no haber aceptado dejar el cargo de árbitro?

Como es conocido, la Ley de Arbitraje, en su artículo 28° regula las causales de recusación que las partes pueden invocar, entre las que se encuentran (i) que el árbitro no cumple con las condiciones legales o contractuales para actuar como tal y (ii) la inexistencia de imparcialidad e independencia. ¿Será acaso que la modificatoria de la Ley de Arbitraje, considera que aquel árbitro cuyo laudo fue anulado no tienen las cualidades necesarias para el cargo? Recordemos que el artículo modificado señala que en caso el laudo sea anulado se puede “solicitar la recusación” y recordemos también

que el derecho a la recusación es el derecho que tienen las partes para apartar del arbitraje a un árbitro que resulta siendo parcial o no neutral o que no cumple con las cualidades legales o contractuales para desempeñarse como tal.

Esto parece ser un absurdo, pues sería entonces lo mismo que concluir que todo aquel juez al que se le revoca o se le anula una sentencia que ha dictado no tendría las cualidades necesarias para ser juez y, por tanto, se le podría recusar o lo que es peor, destituir. Ello claramente es inaceptable, pues puede haber muchas razones, incluso el criterio jurídico, para determinar la revocatoria o la anulación de una resolución y ello no determina la idoneidad de una persona para actuar como juez o árbitro.

Entonces, la modificación de la Ley de Arbitraje permite a las partes en un arbitraje en los que participa el Estado recusar a los árbitros que emitieron el laudo que fue anulado, creándose una nueva causal "laudo anulado" exclusiva para estos arbitrajes. Se abre, entonces, una nueva ventana para poder recusar árbitros ilimitadamente. Esta situación generará, definitivamente, innumerables recusaciones frívolas ya que en todo arbitraje cuyo laudo es anulado en un arbitraje en el que el Estado fue parte, a quien no le fue favorable, naturalmente intentará la recusación del tribunal para intentar una resolución diferente, pues lo más probable es que si el mismo Tribunal conoce nuevamente el caso mantenga su posición. Esta situación nos lleva a concluir que lo más probable es que en todos (o en la gran mayoría) de arbitrajes en los que el Estado sea parte y se anule el laudo, se termine recusando al Tribunal para intentar una resolución diferente, cuando puede ocurrir que en realidad no exista razón para declarar fundada tal recusación.

¿Usted considera que, mediante la aplicación de este nuevo esquema toda recusación tendría que ser declarada fundada?

Hemos establecido que la norma crea una nueva causal de recusación, pero no señala que la recusación deba ser, necesariamente, declarada fundada, por lo que posibilitar que se solicite la recusación como indica la norma, en mi opinión, no importa que, necesariamente, los árbitros deban apartarse del caso o que

quienes resuelvan los casos de recusación deban ampararlas. Veremos, con el paso del tiempo, cómo se resuelven las recusaciones y con ello cuál es la opinión de aquellos encargados de resolverlas, pero, sobre todo, veremos si las instituciones arbitrales serias tienen los "pantalones largos bien puestos" y no permiten que se comenten abusos, a través de esta nueva causal, pues insisto, permitir recusar no quiere decir que la recusación deba ser, necesariamente, declarada fundada. Considero que el que resuelva la recusación debe necesariamente seguir los lineamientos del artículo 28° de la Ley de Arbitraje y ampararla solamente si se dan los presupuestos de dicha norma, la que no ha sido modificada, es decir si el o los árbitros actúan sin imparcialidad o independencia o si no cumplen con las condiciones legales o contractuales para desempeñarse como tales.

¿Qué sucedería si la recusación es declarada fundada? ¿Cuáles serían las consecuencias?

Si la recusación es fundada, bajo los términos del DU, quiere decir que será otro tribunal el que haga un reexamen del caso y eventualmente, este nuevo tribunal, podrá tener un criterio diferente al primero y resolver la controversia de forma diferente. Esta situación, seguramente, ocasionará que la parte que no resultó favorecida con el Laudo intentará siempre un cambio de tribunal y con ello un cambio de criterio. Esto importa, que todo laudo anulado en un arbitraje en el que el Estado es parte, traerá consigo la recusación del Tribunal Arbitral con la esperanza de que el nuevo tribunal tenga un criterio diferente, permitiendo a las partes conseguir el mismo efecto que una apelación, esto es, un reexamen del caso. que el derecho a la recusación es el derecho que tienen las partes para apartar del arbitraje a un árbitro que resulta siendo parcial o no neutral o que no cumple con las cualidades legales o contractuales para desempeñarse como tal.

La finalidad de un recurso de apelación, es que una persona distinta a la que resolvió inicialmente la controversia realice un reexamen del criterio utilizado para resolver el fondo de la controversia, pero esto se encuentra expresamente prohibido por el inciso 1) del artículo 58° de la Ley de Arbitraje. Sin embargo, la modificación introducida por el

el DU, sin duda, está habilitando una forma de obtener lo prohibido por la Ley de Arbitraje, generando retrocesos en el arbitraje, pues, como todos sabemos, esta posibilidad se suprimió con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1071.

En efecto, la Ley de Arbitraje no permite la apelación de los laudos, sin embargo, con el DU, en los hechos, cambia la situación y ahora lo que, de manera formal aparentemente sigue vigente pues no se ha derogado o modificado el inciso 1) del artículo 59° de la Ley de Arbitraje que señala que el laudo es inapelable e inmodificable, esto es, no se permite que alguna autoridad arbitral o judicial reexamine el fondo del caso, luego de emitido el laudo, podría ser modificado en el caso del laudo anulado.

Claro que se podría señalar que a lo que me estoy refiriendo no es en realidad una apelación jurídicamente definida porque el laudo anulado es un laudo inexistente y por tanto en realidad al no existir no se está apelando del mismo. Y ello es formalmente correcto, pero lo que ocurrirá en los hechos es que será un nuevo Tribunal, el que reexaminará un caso que ya fue examinado y resuelto por otro. Entonces, ¿qué pasa cuando se sustituye el tribunal como consecuencia de la anulación del laudo? Formalmente, si el laudo se anuló entonces dejó de existir, por tanto, al resolver nuevamente el nuevo tribunal, en estricto, no se estaría cambiando el sentido “del laudo”, pues no existe y claro, no es formalmente una apelación, pues la anulación de laudo implica, como he dicho que debe de existir por alguna afectación del derecho al debido proceso o al incumplimiento de lo pactado en el convenio arbitral, u otras razones establecidas en la Ley, aspectos que no tienen incidencia respecto al criterio utilizado por el Tribunal Arbitral para resolver la controversia. Pero la verdad es que será otro Tribunal el que resolverá el caso y esta situación es un cambio sustancial en la Ley que, antes de esta modificación, establecía que en un caso cuyo laudo se había anulado, regresaba al Tribunal para que corrija lo que ocasionó la nulidad y emita el laudo nuevamente, y, claro está, no estaba obligado a cambiar el criterio que sobre el fondo había considerado.



Entonces ¿No es acaso permitir a través de esta modificación lo que la Ley expresamente prohíbe?, no es acaso “permitir lo prohibido” hacer cambios, o tomar decisiones, desconociendo instituciones jurídicas, esto es realmente grave y ahora por una deficiente modificación de la Ley a través del referido DU se está modificando de manera indirecta otros artículos de la Ley de Arbitraje.

Conforme lo que hemos señalado, podemos afirmar que desde la vigencia del DU la prohibición de la apelación del laudo es ahora relativa, y solo es absoluta en los arbitrajes que no participe el Estado o en los que participe y que no se anule el Laudo, pues en lo casos en los que participa el Estado y el laudo se anule, puede recusarse al Tribunal y al sustituirse el Tribunal, se está permitiendo que un nuevo Tribunal resuelva la controversia, consiguiéndose el mismo efecto que un recurso de apelación. No está demás recordar a Mario Castillo Freyre cuando señala que “(...) el laudo es inapelable y que, en materia de procesos arbitrales, al tratarse de una única instancia, no hay una segunda instancia ante la cual se pueda recurrir.”

La prohibición de la apelación de los laudos, no está regulada en vano, lo que se quiso alcanzar prohibiendo el reexamen de fondo del laudo no solo fue favorecer el Principio de Celeridad, característico de los arbitrajes, sino también ofrecer a quienes acuden al arbitraje, la garantía y seguridad de que el sentido del laudo, emitido por quienes ellos mismos

eligieron, no vaya a cambiar, esto es, en buena cuenta, el Principio de Inmutabilidad del Laudo. Recordemos que los árbitros son designados por las propias partes libre y voluntariamente y, por tanto, confiando en su decisión, pues son las mismas partes las que han evaluado sus calidades profesionales. Y si la decisión de elección es correctamente realizada se debió haber elegido al mejor o a los mejores, por tanto, no tiene sentido recurrir al segundo mejor, cuando el sentido del laudo que se anuló no favorezca a alguna de las partes. Como sabemos, el arbitraje se sostiene sobre la confianza que las partes depositan en los árbitros para resolver la controversia y la designación es una manifestación de esa confianza. Es decir, la parte, al designar un árbitro, confía en que el laudo se emitirá con la calidad adecuada, de lo contrario no lo elegiría, sin embargo, esta elección no obliga al árbitro a darle la razón a quien lo designó, pues el árbitro una vez elegido, es un árbitro del tribunal y no de las partes.

Esto no es así en la justicia ordinaria donde se permite las apelaciones, pues, las partes involucradas en la controversia no tienen la oportunidad de escoger la persona o personas que analizarán y resolverán sus casos. El juzgador es impuesto por lo que no conocen sus calidades profesionales, morales, sus experiencias y destrezas, lo que, no ocurre en un arbitraje, donde los árbitros son elegidos directa o indirectamente por las partes.

Al inicio nos comentaba cuál fue el sentido perseguido por la modificación; en su opinión, además del efecto perverso que podría generarse ¿Usted cree que se cumpliría la finalidad de la norma?

La modificación que el DU ha realizado respecto del artículo 65° de la Ley de Arbitraje, supuestamente para evitar corrupción y dar mayor transparencia a los arbitrajes, la verdad creo que traerá más problemas que ventajas y perjudicará notoriamente la institución arbitral en el Perú. No se ve, además, cómo se evitará la corrupción o se garantizará una mayor transparencia, por lo que no creo que la misma cumpla o sirva para el propósito que se pretende.

Ahora bien, desde hace poco tiempo en los arbitrajes con el Estado, existe una nueva forma

de designar a los árbitros. Desde que se promulgó el Reglamento de la Ley que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (Ley de los Procuradores), quedó creada la Procuraduría Especializada en Arbitrajes y esta procuraduría, según el artículo 50.2, está facultada para designar al árbitro por parte de la entidad, informando al titular de esta y al procurador de la entidad. En mi opinión, esta norma es positiva y regula algo que he venido señalando hace bastante tiempo: la creación de una base de datos con la información relevante de los árbitros que intervinieron en arbitrajes con alguna entidad del estado y una entidad que pueda ser responsable de su elección. Esto quiere decir entonces que existe un cuerpo especializado en designación de árbitros, y que, en principio ya no deberían ser las entidades, por su cuenta y libremente las que los designen. De ese modo, se puede llevar un control y seguimiento de las actuaciones de los árbitros, sus relaciones y designaciones y con ello un record de los mismos.

En efecto, el artículo 50.4 de la Ley que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, establece que la Procuraduría Especializada en Arbitrajes debe crear una base de datos con la información relevante de los árbitros que han intervenido en arbitrajes anteriormente con alguna entidad del estado y esta base debe incluir:

- Las actuaciones relevantes en las que participó cada árbitro.
- Información sobre el sentido de los laudos.
- Conformación de los tribunales en los que participa.
- Recusaciones y anulaciones fundadas.
- Denuncias penales en contra del árbitro.

Los Procuradores Especializados, entonces, al contar con la información deberán escoger a los árbitros teniendo en cuenta todos estos aspectos que por orden de la norma han recopilado y la lógica nos debe decir que escogerá al que consideran más idóneo y al que les genera más confianza. Y no solo esto, sino que también está la obligación de los árbitros de presentar la Declaración Jurada de Intereses y el deber de revelación, mediante el cual pueden conocer las relaciones de los árbitros y posibles incompatibilidades.

Por tanto, si el Estado cuenta con un sistema que contiene la información necesaria para elegir a los mejores y más confiables profesionales, y tiene la posibilidad de hacerlo, ¿qué sentido tiene que se les otorgue la posibilidad a las partes de pedir la sustitución o la recusación del árbitro designado o de todo el tribunal cuando un laudo es anulado? Esto genera inestabilidad y desincentivo en el arbitraje. Si hacemos un paralelo con los procesos judiciales o la justicia ordinaria, ¿caso uno puede recusar fundadamente a un juez solamente por el hecho de que el superior jerárquico anuló una resolución emitida por el referido juez? Ello es y sería absurdo, ¿o están pensando los legisladores que los árbitros son infalibles y que no pueden equivocarse de buena fe?

Un laudo anulado no equivale, o importa, necesariamente, a que un árbitro o un tribunal arbitral no sea o no haya sido idóneo o adecuado, ya que la anulación puede deberse a los diferentes factores y parámetros a través de los cuales los jueces miden la motivación de un laudo o podría incluso, deberse a un error del juez. Muchas sentencias judiciales se anulan y regresan al juzgado de origen, es decir, al juzgado que emitió la sentencia para que vuelva a emitirla, o se anulan y luego esta anulación es revocada, pero esto no lo convierte al juez en recusable o no implica que el juez no sea idóneo.

Además, es necesario precisar que para que proceda esta recusación, la norma ha habilitado el plazo para recusar, como he indicado, esto podría implicar el ingreso de un árbitro nuevo (o más de uno) al arbitraje en la etapa de emisión del laudo, árbitro que no participó a lo largo de todas las actuaciones y no participó de las audiencias, no examinó testigos ni peritos, por lo que como he señalado, además de perjudicarse la celeridad del arbitraje, las partes, podrían obtener un reexamen del caso, situación que como hemos analizado equivale a una apelación del laudo arbitral.

Finalmente ¿Cuál es su balance general sobre este cambio?

En mi opinión, es claro entonces que la reciente modificación del artículo 65° de la Ley de Arbitraje, no solo es innecesaria, sino que atenta

contra el arbitraje, más aún ahora que se ha dispuesto de Procuradores Especializados que se encargarán de designar a los árbitros por cuenta de las entidades con toda la información y herramientas necesarias para designar a los árbitros más idóneos. Considero que se trata de una disposición, producto del desconocimiento de la institución arbitral y sumamente peligrosa que puede ser utilizada maliciosamente por alguna de las partes para obtener un nuevo análisis del caso, una nueva valoración probatoria e intentar una nueva interpretación de los hechos y las normas aplicables porque trae inestabilidad, lo que justamente, se estaba tratando de evitar con la prohibición del reexamen.

En consecuencia, si bien la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071, considerada una de las normas de arbitraje más avanzadas podría haber necesitado ciertos ajustes para actualizarse y adecuarse a la realidad, la modificación referida en mi opinión resulta perjudicial para la práctica arbitral y es un retroceso.

