

X

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS (*)

Feldstein de Cárdenas,¹ explica que “[l]a doctrina más autorizada en la materia, tanto nacional como extranjera, luego de distinguir nítidamente entre las nociones de reconocimiento y de ejecución, aclara que ‘toda sentencia declarativa, constitutiva o de condena es susceptible de reconocimiento en un Estado distinto del cual procede’. Queda claro que no puede haber ejecución sin reconocimiento, pero en cambio puede haber reconocimiento sin ejecución. Se trata de nociones distintas, las que no pueden ser confundidas. De modo, que por reconocimiento entendemos el examen de la admisibilidad jurídica del pronunciamiento dictado en el extranjero, comprendiendo el conjunto de actos procesales para establecer si la decisión reúne los requisitos de admisibilidad indispensables y por ejecución la pretensión de dotar de fuerza ejecutiva al pronunciamiento dictado en el extranjero con virtualidad suficiente como para habilitar al titular del derecho allí consagrado para requerir, de resultar menester, el auxilio de la fuerza pública del Estado requerido. Dentro de esa línea de pensamiento, y dicho de otra manera puede conceptualmente distinguirse entre ‘reconocimiento’ que implica el acto a través del cual el titular la sentencia o laudo extranjero es considerado como definitivo y vinculante para las partes y ‘ejecución’ que consiste en el procedimiento a través del cual el titular de una sentencia extranjera a su favor obtiene la vía procesal efectiva para cobrar su crédito”.

(*) La presente sección se basa en los siguientes trabajos del autor: “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales”. En: Themis, Revista de Derecho, No. 21, Lima, 1992; “Convención de Nueva York vs Convención de Panamá sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”. En: Laudo, Revista del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú, No. 2, Lima, 2004; y, “Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros: La Convención de Nueva York vs la Ley General de Arbitraje”. En: Normas Legales, T. 348, Lima, 2005.

¹ Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, “Panorama del Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/panorama.html, pp. 5-6.

Por su parte, Caivano y Bianchi² afirman que "...el reconocimiento del laudo extranjero- es también llamado 'procedimiento de exequátur', término latino que hace referencia a una equiparación de la resolución extranjera con una nacional. Básicamente consiste en que el Estado al que se somete su ejecución declara que la resolución emanada de un ordenamiento jurídico extranjero tiene la misma o análoga validez y eficacia en el país que una pronunciada por un órgano nacional... Una vez cumplido este trámite, el laudo extranjero queda asimilado a un laudo dictado en el país, por lo que podrá proveerse a su ejecución forzada, en los términos que la legislación local disponga para la ejecución de laudos nacionales. Muchas de estas normas, a su vez, equiparan los laudos a las sentencias judiciales y, por tanto, la ejecución forzada de un laudo tramita, de ordinario, por los procedimientos de apremio o de ejecución de sentencias judiciales nacionales".

Interesa pues conocer qué normas son las aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros,³ así como los procedimientos que corresponde seguir en uno y otro caso.

² Roque J. Caivano y Roberto A. Bianchi "El exequátur de un laudo extranjero y la inhibitoria en relación con un arbitraje internacional". En: Revista de Jurisprudencia Argentina, T. 2003-III, Buenos Aires, 2003. Andrea Giardina, *"The Practical Application of Multilateral Conventions"*. En: ICCAPublications.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17643, p. 4. *"The distinction between recognition and execution is a distinction of a general nature fundamentally applied to judgments of foreign courts, but which can also refer to arbitral awards. Such a distinction consists in considering recognition as relating to the res judicata effect... and in considering the procedure before the courts as aimed at obtaining a forced execution of judgments and awards and at solving disputes relating to opposition to recognition"*.

³ Sobre la definición de "laudo arbitral extranjero", ver supra punto No. V.3.

X.1. ¿QUÉ NORMAS SE APLICAN AL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS?

Existe un número importante de tratados relativos al reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros.⁴

De todos estos tratados, los más importantes son, sin duda alguna, el "Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958) y la "Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocida como el Convenio de Panamá de 1975), que sólo regulan el tema del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a diferencia de los demás tratados que siguen el camino equivocado de aplicar las reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales a los laudos arbitrales.⁵

Es por esta razón, que las legislaciones arbitrales de Guatemala⁶ y Perú⁷ se refieren de manera expresa a los

⁴ Por ejemplo, el Perú es parte de los siguientes tratados: La Convención de Lima de 1878, la Convención de Montevideo de 1889, la Convención de Caracas de 1911, el Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, la Convención de Montevideo de 1940, la Convención de Panamá de 1975, el Convenio Interamericano de Montevideo de 1979 y la Convención de Nueva York de 1958.

⁵ Ver supra punto No. II.1.1.

⁶ Artículo 45°.- "1. Los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de conformidad con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York) del 10 de junio de 1958, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte Guatemala, siempre que sean aplicables.

2. En el caso de que más de un tratado internacional sea aplicable, salvo acuerdo contrario entre las partes, se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un convenio y laudo arbitral".

⁷ El artículo 128°.- "Será de aplicación al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados fuera del territorio nacional cualquiera haya sido la fecha de su emisión, pero teniendo presente los plazos prescriptorios previstos en la ley peruana y siempre que se reúnan los requisitos para su aplicación, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975 o la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual el Perú sea parte. El tratado a ser aplicado, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, será el más

Tratados de Nueva York y de Panamá,⁸ porque, a la fecha, alguno de los dos generalmente será de aplicación al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en dichos países.⁹

Pasemos pues a analizar cuándo se aplicará uno u otro tratado.

X.1.1. Convención de Nueva York vs Convención de Panamá

Como indicamos en su momento,¹⁰ la Convención de Nueva York de 1958 se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales que hayan sido dictados fuera del lugar donde se pretenden hacer valer,¹¹ aun cuando hayan sido emitidos en estados que no sean miembros de este tratado, salvo que se haya hecho uso de la reserva de

favorable a la parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 129".

⁸ El artículo 46(2) de la Ley española de Arbitraje sólo se refiere a la Convención de Nueva York, ya que el Convenio de Panamá está reservado a los estados americanos: "El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión...".

Las legislaciones arbitrales de Paraguay (artículo 44°), Bolivia (artículo 80°) Brasil (artículo 34°), Honduras (artículo 85°), El Salvador (artículo 82°) y Panamá (artículo 39°), solo establecen que los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados, de conformidad con los tratados ratificados por esos países.

⁹ Sin embargo, como veremos más adelante, el artículo VII de la Convención de Nueva York deja abierta la puerta para que si en el futuro estos estados se adhieren a algún otro tratado bilateral o multilateral más favorable a la parte que pida el reconocimiento y la ejecución, resultará aplicable ese nuevo convenio internacional.

¹⁰ Ver supra punto No. II.1.2.

¹¹ Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, 2da. Ed., ICC Publications, París, 1990, p. 660. Explican los autores que el factor de conexión utilizado por la Convención de Nueva York es "territorial", por lo que lo único que hay que verificar es si el laudo arbitral ha sido dictado en un país distinto de aquél en el que se solicita su reconocimiento y ejecución: "*The Convention follows a territorial approach with respect to awards, looking to the locality of the arbitral proceedings, and covering awards rendered in a country other than the country where enforcement is sought. The parties to the dispute need not be nationals of contracting States*". Ver supra punto No. II.1.2.1.

reciprocidad.¹² Además, este convenio internacional se aplicará respecto de cualquier materia,¹³ salvo que se haya apelado a la reserva comercial.¹⁴

De esta manera, a todo laudo arbitral dictado en cualquier parte del mundo (obviamente con exclusión de los emitidos en el estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución) y referido a cualquier materia, se le aplicará este tratado cuando se pretenda su reconocimiento y ejecución en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.¹⁵

En cambio, el Convenio de Panamá¹⁶ si bien pretende ser una copia a escala latinoamericana de la Convención de

¹² En cuyo caso este tratado se aplicará solo respecto a laudos arbitrales dictados en algún estado miembro. A octubre de 2006, los siguientes estados latinoamericanos han apelado a la reserva de reciprocidad: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Cuba, Ecuador, Guatemala, Jamaica, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Venezuela. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/Status/status-s.htm. Ver supra punto No. II.1.2.2.

¹³ Ver infra punto No. XI.2.5.

¹⁴ En cuyo caso este tratado solo se aplicará a laudos arbitrales cuya materia sea considerada "comercial" en el lugar donde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. A octubre de 2006, los siguientes estados latinoamericanos han apelado a la reserva comercial: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Cuba, Ecuador, Guatemala, Jamaica, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Venezuela. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/Status/status-s.htm. Ver supra punto No. II.1.2.2.

¹⁵ En el caso de Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Cuba, Ecuador, Guatemala, Jamaica, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Venezuela, si este tratado no resulta aplicable (debido a la falta de reciprocidad o a que la materia no es considerada comercial), como veremos seguidamente, serán de aplicación al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros alguno de los ineficientes tratados existentes en la región sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales o las leyes arbitrales domésticas que regulan esta materia. Ver supra punto No. II.1.1.1.

¹⁶ Ulises Montoya Alberti, "El Arbitraje Comercial Internacional". En: Derecho Internacional Económico, Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro (Ed.), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 87. "La Convención de Panamá está abierta a la firma de los 35 países de la OEA...".

Nueva York,¹⁷ como bien explica van den Berg,¹⁸ no establece de manera precisa su ámbito de aplicación,¹⁹ razón por la cual requiere ser interpretado, pudiéndose afirmar que para su aplicación será necesario cumplir con los siguientes requisitos:²⁰

a. Que el laudo arbitral sea "internacional". Este requisito se desprende del título de la Convención: "Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial **Internacional**". El problema es que el Convenio no define qué se entiende por laudo "internacional".²¹

¹⁷ Robert B. von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law". En: The Yale Journal of World Public Order, Vol. 9, No. 1, 1982, p. 346. "The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (the Panama Convention) which was promulgated in 1975, is essentially a carbon copy of the New York Convention on a regional scale".

¹⁸ Albert Jan van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?". En: Arbitration International, Vol. 5, No. 3, 1989, p. 219. "In contrast, the Panama Convention does not provide for any express definition of its field of application".

¹⁹ Horacio A. Griguera Naón, "Países de América Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales". En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI -El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995, p. 49. "La Convención de Panamá no precisa cuál es su ámbito de aplicación y ni siquiera define qué debe considerarse como arbitraje 'comercial' e 'internacional'". John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act". En: The American Review of International Arbitration, Vol. 11, 2000, p. 35. "In contrast to the New York Convention, the Panama Convention does not expressly define its scope". Jan Kleinheisterkamp, "Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone". En: Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jurgen Samtleben, Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.), Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 674. "The OAS-Convention on arbitration does not contain any explicit determination of its scope of application".

²⁰ Albert Jan van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", ob. cit., pp. 219-221.

²¹ John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 38. El autor cita a Horacio Griguera Naón, quien señala que, "...the Panama Convention applies only to arbitral awards rendered with respect to international commercial arbitration (though no definition of or clue as to when an arbitration should be considered 'commercial' or 'international' is given". Antonio Aljure Salame, "Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 1, Bogotá, 2004, p. 116. "...es curioso resaltar que aunque la Convención de Panamá se denomina 'Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional', no define los casos en que un arbitraje se puede calificar de internacional". En ese sentido, Albert Jan van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", ob. cit., p. 219, afirma con razón que: "This raises the

b. Que el laudo arbitral se refiera a asuntos "comerciales". Este es otro requisito exigido por el título de la Convención: "Convenio Interamericano sobre Arbitraje **Comercial** Internacional". De nuevo el problema es que la Convención tampoco define qué debe entenderse por "comercial".²²

c. Que el laudo arbitral sea emitido en un país distinto a aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución. Este requisito se infiere de los incisos 1(a), (d) y (e) del artículo V de esta Convención.

d. Que exista reciprocidad. Van den Berg²³ considera válido afirmar que conforme a las disposiciones de la Convención de Panamá, procede exigir la reciprocidad a

question when an arbitration can be considered to be international", pregunta que no cuenta con respuesta.

²² Ulises Montoya Alberti, "El Arbitraje Comercial Internacional", ob. cit., pp. 71-72. Este importante experto peruano reconoce que la Convención de Panamá limita su aplicación "...a los laudos arbitrales que recaen sobre asuntos comerciales", aclarando seguidamente que el "...alcance del término 'comercial' dependerá de lo que determine la legislación interna de cada país". Ulises Pitti G., "La regulación del arbitraje, la conciliación y la mediación en la legislación panameña". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-04.html, p. 5. "El Convenio de Panamá fija sus límites *ratione materiae*, dado que así lo estatuye en su título y en el Art. 1 cuando expresa, que se aplica exclusivamente, a las decisiones relativas a diferencias emanadas de asuntos comerciales. La calificación de la comerciabilidad del objeto, obviamente corresponde al Estado receptor conforme al Art. 5 del mismo Convenio". Hugo Caminos, "The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration". En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 3, 1988, p. 110. "...the term 'commercial transaction', apart from limiting the scope of the Convention's application only to commercial disputes, remains quite ambiguous. Given that each national legal system may interpret this term under its *lex fori*, the characterization of identical legal relationships may vary with the forum. If one considers that uniformity of outcome is one of the basic goals of international law, arbitration may lose a measure of its international character if each country interprets the undefined terms in the Convention differently". Así, cada estado podrá darle el contenido que más le favorezca, para bien o para mal del arbitraje.

²³ Albert Jan van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", ob. cit., p. 220. "The requirement of reciprocity operates at least two levels. First, a State Party might apply the Panama Convention only to awards made in a State which is also Party to the Convention... Second, a State Party might apply the Panama Convention only if the arbitration and award concern a relationship between natural or legal persons who belong to (different) State Parties... It is unclear whether the two levels of reciprocity are implied in the Panama Convention. The reference to 'Inter-American' in the Convention's Title may suggest so".

dos niveles: El primero, referido a la necesidad de que el laudo arbitral sea dictado en un país miembro de la Convención;²⁴ y, el segundo, que el laudo arbitral sea emitido en un proceso arbitral seguido entre nacionales que pertenezcan a estados miembros. Esto por cuanto la Convención de Panamá se dictó con la finalidad de que fuera aplicada solo entre estados americanos y, además, entre sus súbditos.

e. Que las partes del proceso arbitral residan en estados miembros de la Convención.²⁵

²⁴ Horacio A. Griguera Naón, "Países de América Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales", ob. cit., p. 49. "En cuanto a su ámbito espacial de aplicación, y pese a las opiniones esperanzadas de algunos entusiastas, lo cierto es que es difícil afirmar que su ratificación implica -si el país respectivo no ha hecho aclaración en tal sentido- que el foro ratificante la aplicará respecto del resto del Mundo y no tan sólo en relación con los otros países ratificantes". En el mismo sentido, Jan Kleinheisterkamp, "Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone", ob. cit., p. 676, opina que: "Such attempt to grant the Panama-Convention the same universality as accepted for the UN-Convention by denying the requisite of reciprocity disregards the firm tradition of Inter-American conventions to limit their scope of application to the sphere of the contracting States, either explicitly or implicitly". En el caso Ocean Products, Inc. c. Molinos Río de la Plata, S.A. (S.D.N.Y., 1999), una corte norteamericana se negó a remitir a las partes al arbitraje en base a la Convención de Panamá, por cuanto "...neither party could enforce an award made in England under the IAC [Panama Convention] because England did not ratify the IAC".

Sin embargo, Ulises Pittí G., "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros en la Legislación Panameña". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/C:/WINDOWS/TEMP/EjecucióndeLaudoextranjeroenPanama.htm, p. 5, es de la opinión contraria, la cual no compartimos: "...el Convenio de Panamá no restringe su ámbito de aplicación a las sentencias proferidas entre personas sometidas a la jurisdicción del Tratado, de tal suerte que todo aquel país que ratifique dicho Tratado, queda obligado a conceder el exequátur a cualquier sentencia arbitral, siempre que cumpla con los requisitos estatuidos en el Art. 5...".

²⁵ Hugo Caminos, "The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 112. "Under this provision, [artículo 1º] parties residing in two countries, each of which has ratified the Inter-American Convention, should be able to obtain the aid of the courts in enforcing an arbitral agreement". Si bien el autor se refiere al apoyo judicial en la ejecución de convenios arbitrales, llama la atención que condicione la aplicación del tratado a la existencia de dos partes que necesariamente residan en estados miembros de la Convención. Siguiendo al autor, el mismo requisito tendría que ser exigido al momento en que se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. Es más, John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 46, especialista en esta materia, afirma que "...the field of application of the Panama Convention is limited to those disputes in which all parties belong to Convention countries". Entonces, ¿qué factor de conexión se debe utilizar? ¿la nacionalidad?, ¿el domicilio?, ¿la residencia habitual?, ¿otro? Pues simplemente no se sabe.

En fin, sea cual fuere el ámbito de aplicación del Convenio de Panamá,²⁶ lo cierto es que la Convención de Nueva York tiene la ventaja de ser clara en este tema.²⁷ Además, tiene la virtud de ser un tratado de aplicación universal, con lo que cuenta, a diferencia de su par americana, con un vasto desarrollo doctrinal y con una colección significativa de fallos judiciales que servirán a los jueces de la región de valioso antecedente para cuando tengan que aplicarlo.²⁸

Por todas estas razones, en el caso de los estados que forman parte de ambos tratados, consideramos que será de aplicación, fuera de toda duda, la Convención de

²⁶ Recomendamos leer además a: Charles Robert Norberg, "Inter-American Commercial Arbitration - Unicorn or Beast of Burden?". En: *Pace Law Review*, Vol. 5, No. 3, 1985, pp. 607-624; Ulises Pitti G., "Ambito de aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional". En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, Libro Homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Z.*, Cultural Cuzco, Lima, 1989, pp. 473-480; y, Charles Robert Norberg, "Recent Developments in Inter-American Commercial Arbitration". En: *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2, 1981, pp. 107-117.

²⁷ Albert Jan van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", ob. cit., pp. 229. "...the Panama Convention does not contain provisions regarding its field of application, the referral by a court to arbitration, and the conditions to be fulfilled by the party seeking enforcement of the award".

La segunda observación de van den Berg, referida a la inexistencia en la Convención de Panamá de una norma similar a la contenida en el numeral II.3 del Convenio de Nueva York, acerca de la obligación de los estados miembros de reconocer la plena eficacia de un convenio arbitral, es realmente preocupante y limita una vez más la eficacia de este tratado. Bret Fulkerson, "A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America". En: *Houston Journal of International Law*, Vol. 23, 2001, p. 553. "...the Panama Convention does not address the problem of enforcing the arbitration agreement if one of the parties institutes judicial proceedings in violation of its contractual commitments". Ver supra punto No. II.1.2.3.

²⁸ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 99. "The New York Convention is the subject of a larger, more developed body of precedent than the Panama Convention...". En ese sentido, Albert Jan van den Berg, "The Application of the New York Convention by the Courts". En: *ICCAPublications.com*, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17561, p. 1, explica que: "...the courts are doing very well in relation to the New York Convention. As you know, we annually report the court decisions applying the Convention in the Yearbook Commercial Arbitration... Since Prof. Sanders took the excellent initiative in 1975 to do so, we have published more than 725 court decisions compiled from more than 40 Contracting States in the twenty-two volumes of the Yearbook. You will be pleased to hear that in less than five percent of the cases, the courts refused enforcement".

Nueva York, simplemente porque de lejos resulta más favorable al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

En efecto, dentro de la región americana, a octubre de 2006 son parte de la Convención de Nueva York: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, Estados Unidos de América, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.²⁹ A la misma fecha, se han adherido a la Convención de Panamá: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos de América, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.³⁰

Si verificamos ambas listas, confirmaremos que todos los estados que son parte de la Convención de Panamá, lo son a su vez de su par de Nueva York. Es más, en este último son parte, además, Antigua y Barbuda, Barbados, Canadá, Cuba, Dominica, Haití, Jamaica, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago; con lo que, sin duda alguna, el Tratado de Nueva York será el llamado en ayuda del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en prácticamente todos los estados americanos.³¹

²⁹ La lista completa de miembros de la Convención de Nueva York, se ubica en supra punto No. II.1.2.

³⁰ Fuente: Organización de los Estados Americanos, www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html.

³¹ Estados Unidos de América es el único estado que a la fecha ha aplicado la Convención de Panamá. ¿Cómo han hecho los norteamericanos para aplicar un tratado que nadie sabe cómo utilizar? Pues simplemente el capítulo 3 de la Ley Federal de Arbitraje, como la jurisprudencia de sus tribunales de justicia, han decidido equiparar a ambas Convenciones como si fueran iguales en su contenido (lo que, como hemos visto no es cierto), posibilitando de esa manera la aplicación de la Convención de Panamá a algunos laudos arbitrales. En ese sentido, John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 121, identifica el caso Progressive Casualty Insurance c. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela (802, F. Supp. 1069, S.D.N.Y, 1992), en el que "...the United States District Court of the Southern District of New York laid the foundation for future court analysis and application of the Panama Convention in the United States. Taking its clue from the legislative history of the bill implementing the Panama Convention, the district court expressly recognized that the drafters of the Panama Convention modeled it after the New York Convention, and relied by analogy on U.S. court decisions construing the New York Convention to decide how

Es más, nosotros nos atrevemos a afirmar, como lo hizo van de Berg³² en su momento, que considerando la prácticamente nula eficacia que ha tenido la Convención de Panamá hasta la fecha, su casi imposible aplicación y el hecho que no aporta nada frente a su par de Nueva York, lo que corresponde es que la comunidad americana la deje sin efecto.³³

the Panama Convention should be interpreted and applied". Gracias a esta arbitraria equiparación, se supone que en los Estados Unidos de América es intrascendente aplicar una u otra Convención, ya que serían lo mismo. Sobre este particular, leer al autor mencionado (pp. 70-176), en cuyas páginas identifica muchas de las diferencias que en realidad existen entre ambos tratados y observa críticamente la legislación y la jurisprudencia norteamericana sobre la materia.

³² Citado por John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 178. "This is another regional convention which is legally and commercially wholly unnecessary. Actually, it is merely politically driven. The Latin American countries deemed it appropriate to make their own arbitration Convention -declaring that they do not 'trust' world organizations, that they speak Iberian languages, and that they have a 'proprietary interest' in the Organisation of American States. The politicians in the United States believed in friendly relations with their neighbors in the Western Hemisphere and joined the Panama Convention as well. The result is sheer redundancy and, worse, an additional layer of unnecessary complexity". Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., p. 99. "The [Panama] Convention was conceived at a time when long-standing distrust of arbitration made many South American states reluctant to ratify the New York Convention, and it was intended as a more acceptable regional alternative".

³³ John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 57. Como explica el autor, la Convención de Panamá, a diferencia de su par de Nueva York, nisiquiera regula los requisitos formales que se deben observar al momento en que se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral: "In Article IV the New York Convention requires the party seeking recognition and enforcement to supply the court the duly authenticated original award and the original arbitration agreement, or duly certified copies thereof. In providing these items, the party seeking enforcement produces prima facie evidence entitling it to enforcement of the award. In omitting to indicate what is required to confirm an award, the Panama Convention leaves this question to the vagaries (or, at least, variety) of national laws and to the demands of other international treaties". Albert Jan Van Den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", ob. cit., p. 223. "This omission leaves parties in the dark as to which conditions they should fulfil when seeking enforcement of an award under the Panama Convention".

Si bien es cierto que es posible cubrir esta grave omisión apelando a lo dispuesto en la Convención de Montevideo de 1979 (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros), ya que su artículo 1° dispone la aplicación de este tratado a todo lo que no estuviere previsto en la Convención de Panamá, lo cierto es que su impacto será marginal, ya que a octubre de 2006 sólo son parte de la Convención de Montevideo de 1979, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y

Existe, sin embargo, un tema adicional por analizar,³⁴ que tiene que ver con algunos principios tradicionales de Derecho Internacional Público.

En efecto, en el Derecho Internacional Público para determinar qué tratado será de aplicación en caso existan dos o más referidos al mismo tema, tradicionalmente se apela a los principios de "*lex posterior derogat priori*" y "*lex specialis derogat generali*".

Si tenemos presente estos principios, podría afirmarse que la Convención de Panamá debería aplicarse sobre la de Nueva York, en aquéllos países que, como el Perú,³⁵

Venezuela (Fuente: Organización de Estados Americanos, www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html).

Además, luego de leer el artículo 3° de la Convención de Montevideo ("Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes: a. Copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional; b. Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior; c. Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada"), opinamos, al igual que John P. Bowman, "*The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act*", ob. cit., p. 57, que "[the] application of the 1979 Montevideo Convention to fill gaps regarding the documents needed to enforce an award would indeed be unfortunate". En el mismo sentido, leer a: Jan Kleinheisterkamp, "*Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone*", ob. cit., p. 681.

³⁴ El texto constitucional peruano de 1979 en su artículo 106°, disponía que los "...tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes"; lo que generaba un importante problema de interpretación: ¿si la Convención de Panamá es un tratado de "integración", tendrá que aplicarse sobre la Convención de Nueva York? Si bien consideramos que la Convención de Panamá no era un tratado de "integración", de acuerdo a lo explicado por Guillermo Fernández-Maldonado, "Los Tratados Internacionales y el Sistema de Fuentes de Derecho en el Perú". En: *Derecho*, No. 43-44, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 363, el actual texto constitucional de 1993 ha eliminado, en nuestra opinión de manera correcta, toda referencia a la primacía de los tratados de integración sobre los demás convenios internacionales. Sobre el tema, leer a: Fabián Novak Talavera, "La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993". En: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, No. 17, Lima, 1998; y, Javier Ciurlizza, "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos". En: Comisión Andina de Juristas, *La Constitución de 1993, análisis y comentarios II -Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales*, No. 11, Lima, 1995, p. 68.

³⁵ La Convención de Nueva York fue ratificada mediante Resolución Legislativa No. 24810 de 4 de marzo de 1988, mientras que la Convención de Panamá lo fue mediante Resolución Legislativa No. 24924 de 7 de noviembre de 1988.

han ratificado el tratado americano después de que hicieran lo propio con el tratado de carácter universal.

Sin embargo, como bien explica Montoya,³⁶ a los dos principios antes mencionados la "...doctrina como la jurisprudencia, han añadido un tercer principio, que es la '*regle d'efficacité maximale*' o regla de máxima eficacia...", que autoriza a aplicar el tratado que sea más favorable al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, con independencia de si se tratan de tratados anteriores o posteriores o de ámbito general o especial.³⁷

Justamente este tercer principio ha sido expresamente reconocido en varias de las legislaciones arbitrales latinoamericanas³⁸ y en el artículo VII de la Convención de Nueva York,³⁹ por lo que somos de la opinión que

³⁶ Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 187.

³⁷ Sobre el tema, recomendamos leer a: Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 663.

³⁸ Perú (artículo 128°.- "...el tratado a ser aplicado... será el más favorable a la parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral..."); Guatemala (artículo 45(2).- "En el caso de que más de un tratado internacional sea aplicable, salvo acuerdo en contrario entre las partes, se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un... laudo arbitral"); Paraguay (artículo 44°.- "En el caso de que más de un tratado internacional sea aplicable... se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un... laudo arbitral"); y, Bolivia (artículo 80(II).- "Salvo acuerdo en contrario y para el caso de existir más de un instrumento internacional aplicable, se optará por el tratado o convención más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral").

³⁹ Artículo VII(1).- "Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque". José Carlos Fernández Rozas, "La primacía de los Tratados Internacionales en el Exequatur de sentencias arbitrales extranjeras". En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. VII, Civitas, Madrid, 1991, p. 25. "Lo dispuesto en este precepto se enmarca dentro de la regla de la '*eficacia máxima*', en virtud de la cual en caso de discrepancia entre lo dispuesto en distintos Convenios, la preferencia corresponde a aquél que posea unos presupuestos de reconocimiento y de ejecución más liberales o a aquel que incluya un procedimiento más simplificado". **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 146. "...it resolves conflicts

conforme al principio de "eficacia máxima", siempre será de aplicación la Convención de Nueva York por sobre el Convenio de Panamá.⁴⁰

De la misma manera, si alguno de los estados americanos se adhiere en el futuro a algún tratado más beneficioso al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, conforme a este principio será aplicable este nuevo convenio internacional y ya no la Convención de Nueva York.⁴¹

between international conventions: the convention which prevails is neither the most recent, nor the most specific, but instead that which is most favorable to enforcement of the award. This ties in with the idea of the 'maximum effectiveness' of each treaty". Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)". En: Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XIV, 1989, pp. 609-610. "When interpreting this provision, the Swiss Federal Supreme Court applied the rule of conflict of treaties called the rule of maximum effectiveness [regle d'efficacité maximale]. Under this rule, in case of discrepancies between provisions in international conventions regarding the recognition and enforcement or arbitral awards, preference will be given to the provision allowing or making easier such recognition and enforcement, either because of more liberal substantive conditions or because of a simpler procedure".

⁴⁰ Jan Kleinheisterkamp, "Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone", ob. cit., p. 678. "...'shopping' the Panama-Convention is hardly attractive in view of the universality of the UN-Convention".

Justamente conforme a este principio, en el fallo del Tribunal Supremo español de 20 de febrero de 2001, en los seguidos por Consmaremma - Consorzio tra produttori agricoli Società Cooperativa a responsabilità limitada (Italia) con Hermanos Escot Madrid, S.A. (España), se dispuso aplicar la Convención de Nueva York y no el Tratado Bilateral España-Francia sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales. Por su parte, la Corte de Primera Instancia de Zurich, en su fallo de 14 de febrero de 2003 (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 819-833), ha dispuesto correctamente que este principio de máxima eficacia opera exclusivamente en favor del arbitraje y jamás cuando la aplicación de otro tratado haga más gravoso el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral: "The defendant argues that, according to Art. VII(1) Convention, the Convention does not affect the validity of bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting Parties... The defendant seeks here to rely on the [Bilateral Treaty between Switzerland and Italy on the Recognition and Enforcement of Judgments of 3 January 1933] and its partly more stringent provisions. We must note that Art. VII(1) Convention only provides for the so-called more-favorable-right principle, which means that, irrespective of the Convention, the parties may rely on other treaties which contain provisions that are more favorable to recognition and enforcement. The more-favorable-right principle does not provide the party opposing enforcement with further grounds for refusal that are not listed in the Convention".

⁴¹ Ley de Arbitraje de España.- Artículo 46(2).- "El exequatur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de

Por último, cabe aclarar que la doctrina internacional considera (como lo reconoce expresamente el artículo 128° de la LGA peruana), que es potestad de la persona que intenta el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero, determinar cuál tratado será el aplicable en caso exista más de uno, y sólo a falta de indicación de parte, corresponderá al poder judicial tal determinación, aplicando para el efecto el principio de "eficacia máxima".⁴²

X.1.2. Convención de Nueva York vs. Ley de Arbitraje

La gran mayoría de legislaciones arbitrales latinoamericanas establecen expresamente la preeminencia absoluta de los tratados sobre la legislación de arbitraje local, en lo referente al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.⁴³

A primera vista esta regla parece obvia y lógica, ya que un acuerdo internacional celebrado por un estado se debe aplicar con preferencia a una disposición doméstica.

Sin embargo, ¿qué pasa si las disposiciones del tratado en cuestión establecen condiciones más exigentes que las contenidas en la legislación de arbitraje local para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros?

las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión...".

⁴² Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 608.

⁴³ Panamá (artículo 39°), El Salvador (artículo 79°), Honduras (artículo 92°), Guatemala (artículo 45(3)), Paraguay (artículo 44°), Bolivia (artículo 80(III)), Brasil (artículo 34) y Perú (artículo 128°).

Por su parte, Chile (artículo 1(1)), México (artículo 1347-A del Código de Comercio, según reforma de 1993), Nicaragua (artículo 2°), Venezuela (artículo 1°), Ecuador (artículo 1°) y Paraguay (artículo 1°), reconocen indirectamente esta preeminencia.

Las legislaciones de Costa Rica, Uruguay y Argentina no establecen nada al respecto.

Pues, conforme a lo dispuesto en las legislaciones arbitrales de Panamá,⁴⁴ El Salvador,⁴⁵ Honduras,⁴⁶ Guatemala,⁴⁷ Paraguay,⁴⁸ Bolivia⁴⁹ y Brasil,⁵⁰ aun cuando estas leyes arbitrales pudieran ser más amigables al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, solo cabría su aplicación en defecto o a falta de un tratado internacional aplicable.⁵¹

En cambio, el primer párrafo del artículo 129° de la LGA peruana establece la posibilidad de aplicar las normas de la LGA aún cuando exista algún tratado aplicable, "...si sus normas son más favorables a la parte que pida el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral...".⁵²

⁴⁴ Artículo 39°.- "Los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad con los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el presente Capítulo".

⁴⁵ Artículo 79°.- "El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional o extranjero se pedirá ante la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con las reglas establecidas en los tratados, pactos o convenciones vigentes en la República o, en su defecto, por el Código de procedimientos civiles".

⁴⁶ Artículo 92°.- "El reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los tratados, pactos o convenciones vigentes en la República; de no existir alguno vigente, se aplicarán las siguientes reglas...".

⁴⁷ Artículo 45(3).- "En defecto de la aplicabilidad de cualquier tratado o convención internacional, los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de acuerdo con las normas de esta ley y las disposiciones específicas de este capítulo".

⁴⁸ Artículo 44°.- "En defecto de la aplicabilidad de cualquier tratado o convención internacional, los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en la República de conformidad a las normas de la presente ley y las disposiciones específicas de este capítulo".

⁴⁹ Artículo 80(III).- "En defecto de cualquier tratado o convención, los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Bolivia, de conformidad a las disposiciones legales y normas especiales de la presente ley".

⁵⁰ Artículo 34.- "*A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei*".

⁵¹ Las leyes arbitrales de Chile, México, Nicaragua, Venezuela, Ecuador, Paraguay, Costa Rica, Uruguay y Argentina no establecen nada al respecto. Ante el silencio, debemos asumir que se aplica la misma regla.

⁵² Obviamente hay que interpretar el artículo 129° de la LGA de la siguiente manera: "El presente artículo será de aplicación... [sólo si]

Este artículo de la LGA peruana no hace mas que reconocer el principio de "eficacia máxima",⁵³ por el cual primarán las normas nacionales si son más favorables a las de un tratado.

En todo caso, como este principio de "eficacia máxima" se encuentra expresamente previsto en el artículo VII de la Convención de Nueva York,⁵⁴ nosotros entendemos que cuando las cortes latinoamericanas se enfrenten al reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero, si su legislación local es más amigable que el Tratado de Nueva York, pues, aun cuando su legislación doméstica no reconozca el principio de "máxima eficacia", igual podrán aplicar la ley local sobre el convenio internacional, porque este instrumento internacional así lo autoriza.⁵⁵

sus normas son más favorables a la parte que pida el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral...".

⁵³ Ver supra punto No. XI.1.1.

⁵⁴ Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 663. "...the domestic law of the enforcement forum may be more generous to annulled foreign awards than the New York Convention. The Convention expressly contemplates this possibility in Article VII...". Fouchard, Gaillard, Goldman on **International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 147. "The second type of conflict avoided through the application of the 'more-favouable-right provision' is that between the rules of the New York Convention and those of the law of the contracting state in which the award is to be enforced. The traditional solution to such a conflict, whereby international treaties prevail over national laws, is thus rejected". En ese sentido, la Ley de Arbitraje de Holanda (1986), dispone lo siguiente: Artículo 1075°.- "An arbitral award made in a foreign State to which a treaty concerning recognition and enforcement is applicable may be recognized and enforced in the Netherlands..." y artículo 1076(1).- "If no treaty for recognition and enforcement applies, or if an applicable treaty permits to invoke the law of the country where recognition or enforcement is sought, an award rendered in a foreign state may be recognized in the Netherlands and the enforcement thereof may be requested in the Netherlands... unless...".

⁵⁵ Como verificaremos más adelante, los supuestos establecidos en las legislaciones arbitrales latinoamericanas para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero, son prácticamente los mismos a los dispuestos en el artículo V de la Convención de Nueva York o son más exigentes, razón por la cual, mientras las normas nacionales no sean más favorables a las contenidas en la Convención de Nueva York, este tratado será de aplicación al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, debido a la supremacía de los tratados sobre la legislación doméstica.

Sin embargo, como veremos seguidamente, existen algunos contados casos en los que la legislación arbitral puede ser más amigable que la Convención de Nueva York.

Pero, ¿qué pasará cuando la Convención de Nueva York no resulte aplicable y haya que analizar la aplicación de la legislación doméstica frente a otros tratados que regulan el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros?

Pues aquí únicamente el Perú autoriza la aplicación de su legislación arbitral cuando ésta sea más amigable que un tratado (principio de máxima eficacia). En cambio, en el resto de países bajo estudio, parece que habría que aplicar necesariamente un tratado, aunque fuera menos amigable.

En efecto, imaginemos que un laudo arbitral extranjero se presenta para su reconocimiento y ejecución en alguno de los estados latinoamericanos que han apelado a las reservas de reciprocidad y comercial de la Convención de Nueva York.⁵⁶ Asumamos ahora que, por ejemplo, no se cumple con el requisito de la reciprocidad, por lo que este tratado universal no resulta aplicable. ¿Qué norma se aplicará? Pues parece que necesariamente otro tratado, aun cuando, insistimos, pueda ser menos eficiente que la legislación arbitral local para el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral foráneo.⁵⁷

Es más, nosotros identificamos otros tres supuestos en los que podría no resultar aplicable la Convención de Nueva York, en cuyo caso, la gran mayoría de las veces, podría resultar útil aplicar la legislación arbitral del lugar donde se intenta el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero. Veamos:

⁵⁶ Ver supra citas Nos. 12 y 14.

⁵⁷ Por ejemplo, las legislaciones arbitrales de Venezuela y Ecuador cuentan con normas mucho más amigables al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros que, nos atrevemos a afirmar, todos los tratados latinoamericanos que se han aprobado sobre la materia (obviamente aquí estamos asumiendo que el Convenio de Panamá de 1975 no se aplicará debido a sus graves problemas acerca de su ámbito de aplicación). Sin embargo, como estas legislaciones no reconocen la aplicación del principio de "máximo eficacia", habría igual que aplicar alguno de estos tratados.

X.1.2.1. Aplicación temporal de la Convención de Nueva York

Como indica Montoya,⁵⁸ "[e]l Convenio de Nueva York no establece nada [acerca de su ámbito de aplicación temporal]⁵⁹ ...lo que produce una variada gama de posibilidades para determinar su aplicabilidad en el tiempo.

Estas alternativas se configuran en base a las fechas no sólo de la sentencia arbitral sino también del acuerdo arbitral y del inicio de los procedimientos de ejecución del acuerdo o del laudo, las mismas que se multiplican cuando se les relaciona con la fecha de entrada en vigor del Convenio".

Sobre este tema, van den Berg⁶⁰ informa acerca de la inexistencia de uniformidad en la jurisprudencia de los tribunales judiciales, aunque afirma que la tendencia es a aplicar la Convención de Nueva York, con independencia de la fecha en que se hayan pactado los convenios arbitrales, iniciado los procedimientos arbitrales o emitido los laudos arbitrales.⁶¹

⁵⁸ Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras". En: Revista del Foro, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1989, p. 185.

⁵⁹ Pascale Chapdelaine, "The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?". En: Arbitration International, Vol. 8, No. 1, 1992, p. 73. "The Convention contains no explicit reference to its retroactive application nor is its history conclusive on this issue".

⁶⁰ Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 541.

⁶¹ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, pp. 295-296. "U.S. courts have held that the New York Convention applies to agreements entered into, and awards made, before U.S. ratification of the Convention. The same result has been reached as to contracts signed before accession, with awards rendered after accession". Leonard V. Quigley, "Convention on Foreign Arbitral Awards". En: American Bar Association Journal, Vol. 58, 1972, p. 57. "One important point is that the Convention contains no prospective language and, therefore, should be construed as applying retroactively to arbitration agreements and awards previously existing".

Sin embargo, Pascale Chapdelaine, "The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?", ob. cit., p. 73, identifica que las legislaciones arbitrales de Botswana, Ghana, la India, Singapur y Yugoslavia, expresamente establecen que no aplicarán la Convención a laudos arbitrales dictados antes de la entrada en vigencia de este instrumento internacional en sus respectivas jurisdicciones. En el mismo sentido, Pakistán en la

Fernández Rozas⁶² con relación a la postura asumida por la jurisprudencia española, señala lo siguiente: "Un capítulo que ha tenido una especial importancia para el sistema español... es el relativo al ámbito de la aplicación en el tiempo del Convenio; en concreto, respecto a su eventual aplicación retroactiva. Y, ello, además, porque las situaciones de *facta pendentia* anteriores a su entrada en vigor pueden ser muy variadas: aplicación a cláusulas compromisorias o compromisos arbitrales anteriores, aplicación a procedimientos arbitrales ya iniciados, aplicación a laudos arbitrales pronunciados con anterioridad. La cuestión fue polémica a lo largo de las negociaciones, y se centró preferentemente sobre el último de estos aspectos, toda vez que se contaba con el precedente negativo del art. 6 del Convenio de Ginebra de 1927, según el cual solo sería de aplicación a las sentencias arbitrales dictadas después de la entrada en vigor del Protocolo de 1923. Lo equilibrado y la práctica interpretan mayoritariamente el silencio a favor de la retroactividad. La cuestión ha recibido una clara respuesta en la jurisprudencia española... [En] el Auto T.S. (Sala 1) de 11 de febrero de 1981, la parte española contraria a la ejecución del laudo arbitral extranjero opuso, entre otros argumentos, que el procedimiento arbitral se había iniciado con anterioridad a la incorporación de España del Convenio de Nueva York, oposición que no fue aceptada por el T.S. El razonamiento ha sido saludado por la generalidad de la doctrina española, insistiendo A. Remiro Brotóns en lo insólito de que el condenado por una sentencia arbitral posea un 'derecho adquirido a la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución vigente en el momento en que devino obligatoria la decisión, se incoó el procedimiento o se concertó el acuerdo arbitral'. La jurisprudencia posterior ha confirmado con rotundidad la posición expresada".

Ordenanza No. VII de 2005 de 14 de julio de 2005, dispone en su artículo 1(4) lo siguiente: "It [the New York Convention] shall not apply to foreign arbitral awards made before the date of commencement of this Ordinance".

⁶² José Carlos Fernández Rozas, "La primacía de los Tratados Internacionales en el Exequatur de sentencias arbitrales extranjeras", ob. cit., pp. 27-28.

Nosotros compartimos plenamente esta postura, aunque entendemos que no se trata de una aplicación retroactiva, sino de una aplicación inmediata, ya que la Convención de Nueva York únicamente establece disposiciones procesales que corresponde que sean aplicadas de forma inmediata.⁶³

Así lo han entendido las cortes norteamericanas⁶⁴ e italianas,⁶⁵ entre otras,⁶⁶ como el artículo 128° de la LGA peruana, el cual expresamente establece la aplicación de la Convención de Nueva York al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, "...cualquiera haya sido la fecha de su emisión...".⁶⁷

⁶³ Pascale Chapdelaine, "The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?", ob. cit., p. 77. "...rules that could be qualified as procedural tend to have an immediate effect rather than a retrospective effect in that according to their nature, they generally would not infringe upon vested rights and obligations but would regulate the means by which these rights can be enforced".

⁶⁴ *Fertilizer Corp. of India c. IDI Management, Inc.* (517 F. Supp. 948 (1981)). En este caso, una corte federal consideró procedente aplicar la Convención de Nueva York, aún cuando el convenio arbitral había sido suscrito antes de que entrara en vigencia dicho tratado, ya que, en su opinión, no se afectaba derecho sustantivo alguno de las partes, sino que simplemente se implementaba un procedimiento de reconocimiento y ejecución uniforme: "We find that the Convention does not affect the parties' substantive rights; those rights were effectively determined by their contract, which provided for final arbitration under the rules of the ICC". A la misma conclusión arribó otra corte norteamericana en el caso *Fotochrome, Inc. c. Copal Company, Ltd.* (517 F.2d 512 (2d Cri. 1975)). Nosotros compartimos en todos sus extremos ambos fallos.

⁶⁵ Pascale Chapdelaine, "The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?", ob. cit., p. 78. "...the Italian Court of Cassation has repeatedly held that the Convention applied from the moment of its entry into force irrespective of the date of the agreement or the award or of the commencement of proceedings. In most cases, it did so, both on the ground of the 'ius superveniens' character of the Convention and on the ground that it 'operated immediately'. It is submitted that the Court rightly applied the Convention in those cases without involving any argument of retroactivity".

⁶⁶ Ver, por ejemplo, un fallo del poder judicial inglés de 1984, en los seguidos por *Minister of Public Works of the Government of the State of Kuwait c. Frederick Snow & Partners*.

⁶⁷ En cambio, las legislaciones arbitrales de El Salvador, Honduras, Guatemala, Panamá, Brasil, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Uruguay, Argentina, Costa Rica, Venezuela, Nicaragua, México, Chile, Colombia y Haití, guardan silencio sobre este particular.

Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, ante el silencio de la Convención de Nueva York acerca de los plazos prescriptorios,⁶⁸ el artículo 128° de la LGA establece que habrá que tener en cuenta "...los plazos prescriptorios previstos en la ley peruana...".⁶⁹

X.1.2.2. Incumplimiento de un requisito de forma exigido por la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York dispone en los artículos II(1), II(2) y IV(1), lo siguiente:

"Artículo II(1).- Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir

⁶⁸ Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 576. "The Convention is also silent in respect of the question whether it is necessary to observe a period of limitation for requesting enforcement of a Convention award. This question too reverts to municipal law, which can be presumed to be the law of forum. The laws of the Contracting States differ on the period of limitation for enforcement. For example, in the United States, the period is three years after the award is made... In the USSR, the period is three years from the moment on which the award acquired legal force... In England, the period is six years from the date on which the cause of action accrued... which is interpreted to mean from the date on which a party failed to honor the award when called to do so...". Gerold Herrmann, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? -The 1998 Freshfields Lecture". En: Arbitration International, Vol. 15, No. 3, 1999, p. 234. "...currently legislated time periods range from six months to 30 years".

⁶⁹ Artículo 2001(1) del Código Civil: "Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria...".

Este es un tema relevante en algunos países, como los Estados Unidos de América, en el que la Sección 207 de la Ley Federal de Arbitraje sólo permite que se inicie el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero al amparo de la Convención de Nueva York, dentro de los tres años siguientes de dictado el fallo. Georges R. Delaume, "Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement". En: The American Journal International Law, Vol. 91, 1997, pp. 483-484, identifica el caso *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co. c. Navimpex Centrala Navala* (2d Cir., 1993), en el que una corte de apelaciones consideró que este plazo comienza a correr desde que el laudo arbitral es dictado y no desde que culmina el procedimiento de anulación ante el poder judicial.

Ninguna otra de las legislaciones arbitrales latinoamericanas se pronuncia sobre este tema.

entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

(2) La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

"Artículo IV(1).- Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- b) El original del acuerdo al que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad".

De conformidad con estas normas, la parte que desea solicitar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero debe presentar el original o la copia del convenio arbitral "por escrito".⁷⁰ Si no lo hace, tribunales como el italiano⁷¹ han resuelto en el sentido que el convenio arbitral "por escrito" es un requisito para que proceda la aplicación de la Convención de Nueva York.⁷²

⁷⁰ Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Diego Aramburu Yzaga, **El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras**, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1994, pp. 144-147; Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, West Group, Minnesota, 1999, pp. 150-179; W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3era. Ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, pp. 54-58; Ikko Yoshida, "Lessons from The Atlantic Emperor: Some Influence from the Van Uden Case". En: *Arbitration International*, Vol. 15, No. 4, 1999, p. 370; Pierre A. Karrer, "Enforcement of ICC Arbitral Awards Globally", documento presentado en la "Conference on the Resolution of Disputes under International Construction Contracts", ICC-FIDIC, París, 2004, pp- 2-3; Domenico Di Pietro y Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, Cameron May, Londres, 2001, pp. 68-77, y, Guillermo Aguilar Alvarez, "Article II(2) of the New York Convention and the Courts". En: *ICCA Congress series*, No. 9, París, 1999, pp. 67-75.

⁷¹ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, Kluwer, Deventon & Boston, 1981, p. 184.

⁷² Ikko Yoshida, "Lessons from The Atlantic Emperor: Some Influence from the Van Uden Case", ob. cit., p. 377. "As far as the enforceability of

Sin embargo, van den Berg⁷³ se pregunta acerca de si es válido que una parte que ha cooperado en la designación de los árbitros y ha participado plenamente en un arbitraje sin objetar la inexistencia de un convenio arbitral "por escrito", pueda luego amparar su negativa a que se aplique la Convención de Nueva York sobre la base de esta situación.

El mencionado autor considera que es posible llegar a una respuesta distinta a la de las cortes italianas, aplicando al requisito "por escrito" no la Convención de Nueva York sino las disposiciones de la ley de arbitraje del lugar dónde se pretenda el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral cuando, obviamente, dichas disposiciones legales consideren con más amplitud este requisito.⁷⁴

Ese es el caso, afirma van den Berg,⁷⁵ de aquellos estados que han incorporado en sus respectivas

awards is concerned, the existence of an arbitration agreement in writing is a necessary precondition".

⁷³ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, ob. cit., p. 182.

⁷⁴ Ibidem, p. 184. "Under this solution, the Convention remains applicable to the enforcement, whilst the estoppel from invoking the non-compliance with Article II(2) is to be decided according to municipal law. Thus, under this solution it may appear that the enforcement can be pursued on the basis of the Convention although the written form of Article II(2) is not met, because under the law of the forum a party is deemed to be estopped from invoking the non-compliance". Como explican W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., pp. 59-60, este justamente ha sido el temperamento de las cortes alemanas.

⁷⁵ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958**, ob. cit., p. 184. Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., p. 82. "Many national Courts tend to view Article II(2) in the light of a pro arbitration bias, resorting to the telos of the Convention, and interpreting Article II(2) in the light of Article 7(2) of the Model Law and their more liberal national arbitration laws".

En ese sentido, en *Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC*, un tribunal federal suizo señaló lo siguiente en un fallo de 16 de enero de 1995: "According to the prevailing view [Article II(2) of the Convention] has to be interpreted with reference to the model law established by the United Nations Commission on International Trade Law, whose authors thereby intended to adapt the rules of the New York Convention to present needs without modifying them.

Art. 178(2) of the Private International Law Act clearly takes inspiration from this wording [Art. 7(2) of the UNCITRAL Model Law]". En: *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXI, 1996, p. 697.

legislaciones la definición de "convenio arbitral por escrito" contenida en la Ley Modelo de UNCITRAL,⁷⁶ que es mucho más amplia que la contenida en la Convención de Nueva York. Nos referimos en Latinoamérica a las legislaciones arbitrales de Chile (artículo 7°), México (artículo 1423°), Nicaragua (artículo 27°), El Salvador (artículo 29°), Honduras (artículo 38°), Perú (artículo 98°), Guatemala (artículo 10°) y Paraguay (artículo 10°).⁷⁷

De esta manera, nosotros entendemos que, por ejemplo, el juez peruano deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 98° de la LGA que reconoce que el "convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, cables, télexes, que dejen constancia documental del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra", por lo que si durante el arbitraje ninguna de las partes impugnó la competencia del tribunal arbitral debido a la falta de convenio arbitral "por escrito", pues luego en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, mal hará el poder judicial peruano en aceptar este tipo de defensa.⁷⁸ De la misma manera, si el convenio arbitral

⁷⁶ United States Commission on International Trade Law, "Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration", A/CN.9/264 de 25 de marzo de 1985, p. 22. "The definition of written form is modelled on Article II(2) of the 1958 New York Convention but... [i]t widens and clarifies the range of means which constitute a writing by adding 'telex or other means of telecommunications which provide a record of the agreement', in order to cover modern and future means of communication".

⁷⁷ En España, cuya Ley de Arbitraje (2003) tiene como fuente la Ley Modelo de UNCITRAL, Fernando Mantilla-Serrano, **Ley de Arbitraje**, Iustel, Madrid, 2005, p. 255, opina de la misma manera: "Un efecto práctico de aplicación de la favorabilidad lo constituye la libertad de forma del laudo y del convenio arbitral que consagra la Ley española. En efecto, la Convención de Nueva York exige un escrito firmado tanto para el convenio arbitral como para el laudo; sin embargo, los artículos 9 y 37.3, segundo párrafo, de la Ley española son más liberales y, por ello, deben primar sobre la Convención de Nueva York en virtud del principio de favorabilidad".

⁷⁸ Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., pp. 78-79. "One notable exception... is the principle of *venire contra factum proprium*, or *estoppel*. If a party tries to invoke the formal invalidity of the arbitration agreement, although it has implicitly accepted it as being valid before, this party might be estopped from doing so. For example, both parties submit to the jurisdiction of the arbitral tribunal, for instance by making submissions to the arbitrator. Then the losing party

"por escrito" no cumple con los requisitos dispuestos en el artículo II(2) de la Convención de Nueva York, pero sí con lo dispuesto en el artículo 98° de la LGA peruana, no vemos razón alguna para no dar por cumplida la exigencia de presentar junto con la demanda de reconocimiento y ejecución el original o la copia del convenio arbitral.⁷⁹

Recordemos que la aplicación de la LGA peruana resultará absolutamente procedente de conformidad con la regla de "máxima eficacia" reconocida en el artículo

tries to rely on lack of compliance with Article II in order to render the award null and void. Such behaviour contravenes good faith and fair play, and is therefore not admissible under most national laws...

In many arbitration statutes the rule is that, once a party implicitly accepts the arbitration agreement to be valid, for example by submitting to the arbitrator's jurisdiction without protesting against the formal invalidity (in time), the formal error is cured and any party is estopped from invoking it later on".

En el fallo de una corte de apelaciones de Ginebra de 15 de abril de 1999 (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 863-868), se hace referencia a una sentencia de 1997, en la que se llegó a la misma respuesta: *"In 1997, this Court of Appeal also recognized and enforced a foreign arbitral award although one of the contracts between the parties and the arbitral clause it contained had not been supplied. The court held that it would show excessive formalism if it granted defendant's objection, considering that defendant had not objected to the arbitration"*. Un fallo con contenido similar fue emitido por la Corte Suprema Federal de Suiza el 8 de diciembre de 2003 (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 834-842).

⁷⁹ En Leon Schellenberg c. Sheldon Proctor, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero dictado en Illinois, el demandado se opuso afirmando que el convenio arbitral presentado por el demandante carecía de su firma, por lo que no se daba cumplimiento a lo dispuesto en el artículo IV(1)(b) de la Convención de Nueva York. Sin embargo, la Maritoba Court of Queen's Bench en su fallo de 11 de diciembre de 2002, consideró que de conformidad con la legislación arbitral federal canadiense (que es UNCITRAL como la peruana) cabía ampliar el contenido del término "por escrito", a efectos de dar cumplimiento a este requisito: *"My reading of the definition is that written documentation can take various forms, including an arbitral clause within a contract signed by both parties; an arbitration agreement signed by both parties; an arbitral clause within a contract contained in a series of letters or telegrams; or an arbitration agreement contained in a series or letters or telegrams. Because the definition is inclusive rather than exhaustive, the Legislature did not limit the definition to these articulated methods of documentation. What is important is that there be a record to evidence the agreement of the parties to resolve the dispute by an arbitral process. This flexibility is important in this day and age of changing methods of communications. In my view, communications by facsimile falls within the definition. This is in keeping with a functional and pragmatic interpretation of the definition to serve the Legislature's intent to give effect to arbitral awards granted in other jurisdictions in this era of interjurisdictional and global business"*.

128° de la LGA y en el artículo VII de la Convención de Nueva York.⁸⁰

Sin embargo, aquí nuevamente surge la duda acerca de si es posible aplicar la LGA sólo a la forma del convenio arbitral y en lo demás recurrir a la Convención de Nueva York, o si es que se apela al artículo 98° de la LGA ya no cabe aplicar en lo demás el mencionado tratado.

Sobre este particular, van den Berg⁸¹ opina que en aplicación del principio de "máxima eficacia" lo que corresponde es aplicar total y exclusivamente la legislación nacional.

En cambio, Fouchard, Gaillard, Goldman⁸² son de la opinión, la cual compartimos plenamente, que el artículo

⁸⁰ Ver supra punto No. X.1.1. Emmanuel Gaillard, "Arbitration-Agreement-Recognition: N.Y. Convention, National Law". En: New York Journal, 8 de diciembre de 2003, p. 3. "...the 'more favorable right' principle, Article VII opens the door to the application of the more favorable provisions of the law applicable in the country where enforcement is sought".

⁸¹ Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., pp. 607-608. "Art. VII(1) provides for the freedom of a party to base his request for enforcement of an arbitral award on the domestic law concerning enforcement of foreign arbitral awards or bilateral or other multilateral treaties, instead of the New York Convention. This faculty, embodied by the so-called 'more-favourable-right-provision', may offer a solution for those cases where the enforcement cannot be based on the New York Convention because, for example, the arbitration agreement does not comply with the rather stringent requirement of the written form as imposed by Art. II(2)".

⁸² **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 148. "The rule laid down in Article VII, paragraph 1 of the Convention, has raised another difficulty in practice. One author argues that if a party applying for enforcement chooses on the basis of that provision, to rely on domestic law or on another treaty, it can no longer rely on any provisions of the New York Convention. However, in support of these views, he refers only to an ambiguous decision of the Dusseldorf Court of Appeals from 1971. More recently, a German court of appeals had no hesitation about simultaneously applying the provisions of both the German New Code of Civil Procedure and the New York Convention to the enforcement of a foreign award. Similarly... the Swiss Federal Tribunal held that, in the case of competing treaty provisions concerning the recognition and enforcement of arbitral awards, precedence should be given to 'the provision allowing or making easier such recognition and enforcement', it implicitly accepted a fragmented application of two competing systems.

In fact, there seems to be little justification for this suggested 'all-or-nothing' condition. It is not provided for in Article VII, which imposes no restrictions on the application of the most favorable rule. Admittedly, one could argue that Article VII, because it applies directly to arbitration agreements independently of any recognition or enforcement proceedings, is not covered by the provisions of Article VII. However, no

VII de la Convención de Nueva York no establece una condición "todo o nada" para la aplicación de la regla de "máxima eficacia", por lo que es absolutamente válido apelar a las disposiciones locales que sean más liberales que las de la Convención de Nueva York y, en lo demás, aplicar el tratado.

Esta correcta posición doctrinal ha sido reconocida en diversos fallos judiciales, como por ejemplo en Holanda⁸³ y Alemania.⁸⁴

*justification of this restrictive view can be found in the intentions of the authors of the Convention, whose sole aim was to facilitate the international enforcement of arbitral awards. There is no reason why this should not be achieved with the support of national laws, even on a partial basis, if those laws are more favorable in some respects than the Convention itself. In the future, the combination of national laws and the Convention will become increasingly important, with national laws becoming more liberal. The New York Convention will itself come to represent only the minimum, universally acceptable standard of harmonization. To prevent the Convention from playing such a role would be to deprive it of its most vital function". Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 80. "Failure to meet the formal requirements of the New York Convention need not be fatal; as the German Supreme Court has held, the Convention itself does not preclude enforcement of foreign awards under more lenient national requirement of form than those of the Convention".*

⁸³ Pierre Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 16, No. 2, 1999, p. 31, cita el caso *Owerri Commercial Inc. c. Dielle Srl.*, en el que una corte de primera instancia de Rotterdam denegó el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral dictado en Londres, porque no se había dado cumplimiento al requisito del convenio arbitral "por escrito" dispuesto por la Convención de Nueva York. Sin embargo, "[i]n its decision of 4 August 1993, granting recognition and enforcement of the award, the Court of Appeal of The Hague found that it was possible to apply Art. 1076 of the CCP [Code of Civil Procedure] to the recognition and enforcement of the London award because Article VII of the New York Convention allowed the party seeking enforcement to rely on the law of the country where enforcement was sought, Dutch law in that case".

⁸⁴ Fallo de una corte de apelaciones de Bavaria de 11 de agosto de 2000 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVII, 2002, pp. 451-454). Se trató de un contrato de obra con pacto de arbitraje ante un centro de arbitraje en Moscú. Con el laudo arbitral dictado en su favor, una empresa rusa inició el procedimiento de reconocimiento y ejecución en Alemania, al amparo de la Convención de Nueva York. La perdedora se defendió alegando incumplimiento en la presentación de los documentos exigidos por el artículo IV de la Convención. Sin embargo, la corte aplicó el artículo VII del citado tratado y consideró que como la legislación alemana era menos exigente en este punto, correspondía su aplicación. Lo mismo hizo una corte de apelaciones de Rostock en su fallo de 28 de octubre de 1999 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXV, 2000, pp. 641-642).

X.1.2.3. Renuncia al recurso de anulación de un laudo arbitral internacional

Este supuesto está directamente relacionado con la facultad de renuncia total o parcial al recurso de anulación, que el artículo 126° la LGA peruana autoriza a las partes de un arbitraje internacional, cuando ninguna de ellas sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el país.⁸⁵

Recordemos que en este caso, si no existe renuncia (total o parcial), cualquiera de las partes puede plantear el recurso de anulación contra el laudo arbitral. Vencido el plazo para interponer el recurso o resuelto en favor de la validez del laudo arbitral, la parte interesada lo podrá ejecutar en el Perú conforme a las reglas sobre ejecución de laudos arbitrales internacionales.⁸⁶

En cambio, si las partes renuncian, el artículo 126° de la LGA establece que si se pretende la ejecución del laudo en el Perú, "...será de aplicación analógica lo dispuesto en el Capítulo Octavo de esta Sección, referido al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros", en especial los artículos 127° y siguientes de la LGA, ya que en este caso el fallo dictado no es un laudo arbitral extranjero (emitido fuera del Perú)⁸⁷ y, por lo tanto, no le es aplicable la Convención de Nueva York.⁸⁸

En consecuencia, si las partes renunciaron totalmente al recurso de anulación, la parte interesada si pretende ejecutar el fallo arbitral en el Perú, tendrá

⁸⁵ Ver supra punto No. IX.1.3. Lo que afirmemos en este apartado también es aplicable a los laudos arbitrales internacionales dictados en Panamá, en los que se haya hecho renuncia al recurso de anulación (artículo 36°) y cuyo último párrafo del artículo 38° de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone lo siguiente: "Si el laudo dictado en territorio tuviese la consideración de internacional, de conformidad con el presente Decreto-Ley, y las partes hubiesen renunciado por si o a través del reglamento aplicable, a la interposición del recurso de anulación, será trámite necesario para su ejecución la obtención del exequátur, por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en la forma prevista para los laudos extranjeros".

⁸⁶ Ver supra punto No. IX.3.1.

⁸⁷ Ver supra punto No. V.3.

⁸⁸ Ver supra punto No. II.1.2.1.

que seguir el procedimiento dispuesto en el artículo 127° de la LGA, pudiendo oponer la parte contra la cual se pretende hacer valer el laudo las causales taxativas establecidas en el artículo 129° de la LGA. Amparado el laudo arbitral, se ejecutará como si se tratara de un laudo arbitral extranjero.⁸⁹

Si, en cambio, las partes renunciaron al recurso de anulación de manera parcial, es decir, aceptaron la posibilidad de que el laudo pudiera ser recurrido en anulación sobre la base de una o más de las causales establecidas en el artículo 123° de la LGA, consideramos que el procedimiento deberá ser el siguiente:

- Culminado el proceso de anulación ante el poder judicial (únicamente sobre la base de las causales no renunciadas), la parte interesada deberá seguir, si desea ejecutar el laudo arbitral en el Perú, el procedimiento indicado líneas arriba, no pudiendo la otra parte oponerse al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral, conforme a las causales que hubieran sido analizadas por el poder judicial, por ser cosa juzgada.

- Pero, ¿qué pasa si las partes renunciaron de manera parcial al recurso de anulación y ninguna de ellas interpuso dicho recurso por las causales no renunciadas? ¿se podrán deducir estas causales cuándo se pretenda la ejecución del laudo arbitral en el Perú? Creemos que la respuesta es afirmativa, ya que lo que la LGA ha pretendido es que el poder judicial peruano no intervenga cuando el laudo arbitral se va a ejecutar fuera del país. Pero, si luego de dictado el laudo se pretende su ejecución en el Perú, entendemos que el oponente podrá deducir en su favor todas las causales establecidas en el artículo 129° de la LGA peruana.⁹⁰

⁸⁹ Ver infra punto No. X.2.2.

⁹⁰ Emmanuel Gaillard, "The UNCITRAL Model Law and Recent Statutes on International Arbitration in Europe and North America". En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 2, 1987, p. 438. El autor analiza la legislación de Suiza que contiene una disposición similar a la peruana, llegando a la misma conclusión que nosotros: "However, it raises a thorny question of interpretation in the case of partial exclusion. Although a plain reading of the statute indicates the contrary, it seems reasonable to assume that a review by Swiss courts under the New York Convention will occur when enforcement is sought in Switzerland, even where the exclusion is partial. Any other interpretation would permit the

X.2. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS, AL AMPARO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y EL ARTÍCULO 129° DE LA LGA PERUANA

El artículo III de la Convención de Nueva York dispone lo siguiente: "Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigente en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales".

La citada norma dispone que el reconocimiento y la ejecución se realizará de conformidad con las normas de procedimiento del foro, sin que se puedan imponer condiciones más rigurosas que las aplicables para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales locales.

Además, establece que las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución (supuesto diferente al procedimiento que se regulará de conformidad con las reglas del foro), serán determinadas de manera exclusiva por la propia Convención (es decir, aplicando su artículo V).⁹¹

automatic recognition and enforcement in Switzerland of awards contrary to the Swiss conception of international public policy. Such would be the case, for instance, when only the public policy ground has been excluded by the parties. If one admits that partial exclusion does not trigger the application of Article 192(2) if the Swiss statute nor the New York Convention by analogy, then an award violating public policy would be enforceable in Switzerland without any court review. In spite of the language of Article 192, it is doubtful that the Swiss courts would permit such a result".

⁹¹ Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 572. "...a clear distinction is made between the conditions for enforcement in respect of which the Convention alone is controlling and the procedure for enforcement in respect of which the procedural law of the forum governs".

Por ello, preocupa sobremanera el fallo de fecha 30 de octubre de 1998, expedido por la Sala de Procesos Sumarísimos de la Corte Superior de Lima

X.2.1. Procedimiento de reconocimiento

Como hemos mencionado, el artículo III de la Convención de Nueva York expresamente delega en la legislación del foro la aplicación de sus propias disposiciones referidas al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, con la única obligación que no se impongan condiciones más rigurosas de las que se exigen a los laudos arbitrales locales. ¿Cuál es el procedimiento a seguir según la ley peruana?

El punto de partida es el artículo 127° de la LGA, que dispone que la solicitud de reconocimiento deberá presentarse por escrito ante la Sala Civil de la Corte Superior competente en la fecha de presentación de la petición del domicilio del demandado,⁹² o, si el

(Exp. No. 986-98), en los seguidos por DIST Corporation c. Cosmos Internacional Sociedad Anónima, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Seúl, Corea, ante *The Korea Commercial Arbitration Board*. Si bien el resultado fue favorable a la parte que solicitó el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y se hizo expresa referencia a las causales contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York, la Sala al momento de merituar la pertinencia de la solicitud afirmó que "...se advierte que el referido laudo arbitral reúne los requisitos establecidos en el artículo dos mil ciento cuatro del Código... [Civil]".

Esta referencia al Código Civil peruano es absolutamente impertinente, no solo porque va en contra de lo que establece la Convención de Nueva York, sino porque, además, desconoce el contenido del artículo 2111° del Código Civil, según modificación introducida por la Segunda Disposición Modificatoria de la Ley General de Arbitraje: "Lo dispuesto en este título [Título IV Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros] rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil. Tratándose de laudos arbitrales, serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje". El fallo se ubica en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=80367.

⁹² Panamá (artículo 42°.- "Será tribunal competente para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá"); Honduras (artículo 90°.- "El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral se pedirá ante la Corte Suprema de Justicia"); El Salvador (artículo 80°.- "El reconocimiento y la ejecución... se pedirá ante la Corte Suprema de Justicia..."); Guatemala (artículo 46(1).- "...Será tribunal competente, a opción de la parte que pide el reconocimiento y ejecución de laudo, el juzgado de lo Civil o Mercantil con competencia territorial en el lugar del domicilio de la persona contra quien se intenta ejecutar el laudo o en el lugar donde se encuentren sus bienes"); Bolivia (artículo 82(I).- "La solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en Bolivia será presentada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación"); Venezuela (artículo 48°.- "El laudo arbitral... será reconocido... tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia

demandado no domicilia dentro del territorio de nacional, del lugar donde éste tenga sus bienes.⁹³

Presentada la petición, de conformidad con el artículo 130° de la LGA el procedimiento de reconocimiento se tramita según las previsiones del Código Procesal Civil, con algunas precisiones que pasaremos a explicar.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 837° del Código Procesal Civil, las normas procesales son aplicables "...en todo lo que no se oponga a la Ley General de Arbitraje".⁹⁴

competente..."); Paraguay (artículo 45°.- "Será competente, a opción de la parte que pide el reconocimiento y ejecución del laudo, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio de la persona contra quien se intente ejecutar el laudo o, en su defecto el de la ubicación de los bienes"); y, Brasil (artículo 35°.- "*Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, á homologacao do Supremo Tribunal Federal*").

Las legislaciones arbitrales de México (artículo 1461°) Chile (artículo 35°) y Nicaragua (artículo 61°), no identifican la autoridad competente.

⁹³ Nos parece un gran acierto el contenido de esta norma de la LGA peruana, ya que hasta antes de su existencia era de aplicación el Código Procesal Civil que condicionaba la competencia de los tribunales de justicia al requisito de que el demandado domiciliara en el país, negando de esa manera la posibilidad de demandar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero contra los bienes de un no domiciliado.

Además, el citado artículo de la LGA se condice plenamente con lo dispuesto en el artículo III de la Convención de Nueva York, el cual limita el no reconocimiento de un fallo arbitral extranjero a siete causales taxativas establecidas en su artículo V, dentro de las cuales, obviamente, no se identifica el supuesto de la falta de domicilio del demandado. The International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, "*Lack of Jurisdiction and Forum Non Conveniens as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards*". En: www.nycbar.org/pdf/report/ForeignArbitral.pdf, pp. 2-3. "*The specified grounds do not include lack of jurisdiction of the enforcement court... (...) In the Committee's view, the presence of the debtor's property within the state, regardless of whether that property is connected with the underlying claim, is sufficient to establish quasi-in-rem jurisdiction [in the United States]*". Las legislaciones arbitrales de Francia, Alemania (artículo 1062(3)) e Italia (artículo 839°) también autorizan la ejecución de laudos arbitrales extranjeros contra bienes de un no domiciliado. En el caso de América Latina, observamos que solo las legislaciones arbitrales de Guatemala (artículo 46°) y Paraguay (artículo 45°) autorizan este proceder de manera expresa.

⁹⁴ Las normas aplicables serán los artículos 749-762 y 837-840 del Código Procesal Civil, en todo lo que no se oponga a los artículos 127° y 130° de la LGA.

El artículo 749° del Código Procesal Civil establece en su inciso 11), que corresponde tramitar como Proceso No Contencioso las peticiones sobre "...reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero".

Por su parte, el artículo 751° del CPC establece que la solicitud de reconocimiento y ejecución "...debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425",⁹⁵ respecto de los cuales no tenemos observación alguna.⁹⁶

⁹⁵ "Artículo 424.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:

1. La designación del Juez ante quien se interpone;
- 2.- El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante;
- 3.- El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo;
- 4.- El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda;
- 5.- El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- 6.- Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;
- 7.- La fundamentación jurídica del petitorio;
- 8.- El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse;
- 9.- La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda;
- 10.- Los medios probatorios; y,
- 11.- La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.

Artículo 425.- Anexos de la demanda.- A la demanda debe acompañarse:

- 1.- Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante;
- 2.- El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado;
- 3.- La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas;
- 4.- La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso;
- 5.- Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso; y,
- 6.- Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de éstos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso..."

En cuanto a los documentos que deben presentarse, el artículo IV de la Convención de Nueva York dispone lo siguiente:

"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular".⁹⁷

Lo primero que cabe tratar aquí es lo referente a cuál es el momento en el que corresponde presentar estos documentos. El citado artículo de la Convención de Nueva York establece que deben ser presentados "junto con la demanda".⁹⁸ Sin embargo, los tribunales de Hong

⁹⁶ Obviamente, en lo referente al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, no serán aplicables los artículos 2102° al 2107° del Código Civil, que exigen requisitos adicionales para reconocer y ejecutar sentencias judiciales, como son: probar que el tribunal extranjero es competente para conocer del asunto (inciso 2 del artículo 2104°), que se haya citado al demandado (inciso 3 del mismo artículo), que la sentencia tenga la calidad de cosa juzgada (inciso 4 de mencionado dispositivo) y que se adjunte a la solicitud "...copia de la sentencia íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, así como de los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en este título" (artículo 2107°).

Esto es así, en estricta aplicación de lo dispuesto en los artículos IV y V de la Convención de Nueva York y del último párrafo del artículo 2111° del Código Civil, modificado por la actual LGA: "Tratándose de laudos arbitrales, serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje". En consecuencia, los artículos contenidos en el Título IV del Libro X del Código Civil (artículos 2102° al 2111°), son inaplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

⁹⁷ Ulises Pittí G., "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros en la Legislación Panameña", ob. cit., pp. 11-12.

⁹⁸ Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 649. "The words 'shall, at the time of application, supply' have

Kong,⁹⁹ Austria, España y los Estados Unidos de América,¹⁰⁰ han sido menos formalistas y han considerado que esta omisión puede corregirse dentro del procedimiento. Nosotros esperamos que el poder judicial de los estados latinoamericanos acepte dar el mismo tratamiento.

En cuanto a las formalidades, Montoya¹⁰¹ explica que la Convención de Nueva York no identifica a quién le corresponde autenticar los documentos¹⁰² y quién debe traducir los documentos otorgados en algún idioma que no sea el del foro. Ante la duda, Montoya recomienda "...requerir la autenticación o certificación al agente diplomático o consular del país en el cual la ejecución del laudo se solicita, localizado en el país donde el

led the Italian Supreme Court to decide in a case where a petitioner had not supplied the arbitration agreement at the moment he made the application for enforcement, to refuse enforcement of the award..."

⁹⁹ Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Corte de Primera Instancia, fallo de 8 de abril de 2000 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 774-779), en los seguidos por *Medison Co., Ltd. c. Victor (Far East) Limited*. El laudo arbitral había sido dictado en Corea del Sur: "[Medison] ...produced to the court in this inter partes hearing the original award. Its authenticity was not challenged. However, [defendant] maintained the argument that because it was not produced at the ex parte stage, the application was fundamentally flawed and could not be cured by the production of the original at this stage.

In my judgment, its production in this hearing in which the plaintiff is still seeking to enforce the award, albeit now opposed, is sufficient. The purpose of Sect. 43 is for the court to be satisfied that it is dealing with a proper and genuine award. Provided that it is so satisfied before the final adjudication, then Sect. 43 will have been complied with".

¹⁰⁰ *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 649. "The Austrian and Spanish Supreme Courts were less formalistic by allowing a petitioner to cure such defect in the application subsequent to the filing thereof...". Por su parte, **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit, p. 966, identifican los siguientes casos: "...Austrian Oberster Gerichtshof, Nov. 17, 1965... *Imperial Ethiopian Gov't v. Baruch-Foster Corp.*, 535 F.2d 334 (5th Cir. 1976)... *Hong Kong Supreme Court*, Aug. 23, 1991, *Guangdong New Technology Import & Export Corp. Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading as B.C. Property & Trading Co.*...".

¹⁰¹ Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 191.

¹⁰² *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 648. "The authentication of a document is the formality by which the signature thereon is attested to be genuine. The certification of a copy is the formality by which the copy is attested to be a true copy of the original".

laudo se emite" y que la traducción la efectúe un traductor oficial "...del lugar donde se persigue el reconocimiento y ejecución de la sentencia".

Para evitar malas interpretaciones, el artículo 127° de la LGA peruana¹⁰³ establece que si "...el laudo o el convenio arbitral no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos...", aclarando en su artículo 96° que todo "...[t]odo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República, deberá ser legalizado con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede y autenticado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento.¹⁰⁴ Si el documento no estuviera redactado en castellano, deberá ser traducido a dicho idioma por un agente diplomático o consular peruano o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento, o por un traductor oficial".¹⁰⁵

¹⁰³ Panamá (artículo 42°), El Salvador (artículo 81°), Honduras (artículo 91°), Guatemala (artículo 46(2)), Chile (artículo 35(2) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), Nicaragua (artículo 62°), México (artículo 1461°), Brasil (artículo 37°), Paraguay (artículo 45°), Venezuela (artículo 48°) y Bolivia (artículo 82°).

¹⁰⁴ Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 648. "Art. IV(1) does not mention according to which law the authentication and certification should take place. The Austrian Supreme Court held that these formalities can be carried out either under the law of the country where the award was made or under the law of the country where the enforcement of the award is sought... The Italian Supreme Court is of the opinion that the required conditions for authenticity must be ascertained according to the law of the forum... Other courts have not addressed this question but appear to accept readily that an authentication or certification is sufficient for the purposes of Art. IV(1)". Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, 2da. Ed., Thomson West, Minnesota, 2003, p. 545. "In a more recent decision, the High Court of Tokyo held that authentication by the consul of the country in which the decision was rendered (rather than of the country in which enforcement was requested) was also adequate".

¹⁰⁵ La norma exige que el agente o funcionario diplomático o quien haga sus veces sea "del lugar del otorgamiento". Pues bien, ¿qué pasa si el convenio arbitral se otorgó en Francia y el laudo arbitral se emitió en Alemania? ¿se requerirá la intervención de dos agentes diplomáticos distintos? Creemos que ello no es lo que ha querido decir la LGA peruana, porque de ser interpretado de esa manera estaríamos ante un requerimiento absurdo. En ese sentido, entendemos que la frase en cuestión debe ser interpretada como "del lugar del arbitraje".

En lo que se refiere a la autenticación o certificación de los documentos y aun considerando el mandato de la Convención de Nueva York y de la LGA peruana, creemos importante identificar que varias cortes han mostrado una correcta flexibilidad, al considerar que no estamos ante la presencia de requisitos formales, sino de evidencia.

En ese sentido, la Corte Suprema de Alemania en un fallo de 17 de agosto de 2000, se enfrentó a una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en Zurich entre una empresa alemana y la República de Polonia, en el que la defensa de la emplazada consistió en afirmar que no se había presentado una copia debidamente certificada del laudo arbitral. Sin embargo, la corte correctamente consideró que el requisito de autenticidad sólo resultaba exigible cuando la contraparte cuestionara la copia del laudo arbitral presentado por el demandante.¹⁰⁶

Por su parte, una corte de apelaciones de Bruselas en un fallo de 24 de enero de 1997, en el proceso de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en Ammán iniciado por Inter-Arab Investment Guarantee Corporation c. Banque Arabe et Internationale d'Investissements, consideró que como el demandado no había afirmado que la copia de un documento presentado por su contraparte difería del original, no cabía atacar la validez de dicha copia amparado en cuestiones formales.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 771-773. "Art. IV Convention is a provision merely concerning evidence... The requirement in Art. IV(1)(a) Convention applies when the authenticity of the arbitral award is disputed, in which case proof thereof can only be given through the documents further defined in Art. IV(1)(a) Convention. In the present case, defendant does not question that the copy of the arbitral award supplied by claimant corresponds with the original. It would be a hollow formality to require that claimant prove the -undisputed- existence and authenticity of the arbitral award, whose copy is supplied, by also supplying the documents in Art. IV(1)(a). A certified copy [of the award], though unaccompanied by the authenticated original arbitral award, complies with the requirements in Art. IV(1)(a) Convention".

¹⁰⁷ Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXII, 1997, pp. 643-668. "A copy of a document proves the contents of that document (Art. 1334 CC). The appellant does not allege at all that the copy supplied [by Ball] differs from the original. None of the appellant's grounds for appeal concerns a difference between the original and the copy. If the appellant maintains that the New York Convention allows that proceedings incorrectly commenced can be cured in the course of the

De manera similar se han pronunciado las cortes de Suiza¹⁰⁸ y de los Estados Unidos de América.¹⁰⁹ Es de

proceedings, still it must prove that the proceedings have indeed been commenced incorrectly".

¹⁰⁸ Fallo de una corte de apelaciones de Ginebra de 15 de abril de 1999 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 863-868). En este caso, el peticionante presentó el original del laudo arbitral en idioma chino y una traducción al francés certificada por un representante de la Embajada de Suiza en Beijing, pero sólo de la primera y de la última páginas, lo que fue observado por el demandando. Sin embargo, la corte dijo: "The court must... show some flexibility when evaluating the manner in which these documents are supplied, that is, as authenticated, originals or certified copies..."

Practice shows that Swiss courts show flexibility deciding on alleged violations of Art. IV. In 1990, the Commercial Court in Zurich held that a violation of Art. IV, in casu the submission of an uncertified photocopy of the arbitral award, did not hinder recognition of the award since it was not disputed that the award had become res judicata and since there were no grounds for refusal under Art. V of the Convention. The Zurich court held that the formal requirements of Art. IV should not carry excessive weight if the conditions for recognition are not disputed and appear, beyond any doubt, to have been substantially met. The Zurich Court further quoted several decisions of the Supreme Court, in which the Supreme Court deemed that a party may not rely on the [incorrect] submission of documents where the decision at issue is undisputed on the merits. The Supreme Court held that the lack of authentication of a document may not be objected to unless the authenticity of that document is also disputed. Nor do such defects unavoidably lead to refusal of enforcement where the [defendant] does not dispute that the decision for which enforcement is sought is res judicata, or where res judicata can be established by other means that by supplying the required documents... Last, the Supreme Court affirmed, in 1995, an unpublished decision of the Court of Appeal of 17 March 1994, by which the Court of Appeal recognized and enforced an arbitral award. The Supreme Court found that the party seeking enforcement violated Art. IV (1) (b) by supplying a simple photocopy of a fax [containing] the arbitral clause and held that, since the appellant did not dispute the authenticity of the arbitral clause, this violation was irrelevant. (...)

[Appellant] argues that [A Ltd.] supplied an unauthenticated arbitral award. The Court notes that appellant admits that the award submitted is the original arbitral award, and that it does not dispute that the award is stamped on its last page with the official stamp of CIETAC. Appellant's only objection concerning this document is that it lacks the authentication provided for in Art. IV(1)(a). This objection is purely formal as appellant does not dispute the authenticity of the award; hence, the Court of First Instance rightly dismissed it in order to avoid showing excessive formalism".

¹⁰⁹ Una corte de primera instancia del Southern District of New York, en un fallo del 8 de diciembre de 1997 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIII, 1998, pp. 1096-1102), en los seguidos por Overseas Cosmos, Inc. c. NR Vessel Corp., sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Londres, señaló lo siguiente: "'The purpose for requiring submission of the original agreement or a certified copy is to prove the existence of an agreement to arbitrate'. Al Haddad Bros. Enters, Inc. v. M/S Agapi, 635 F. Supp. 205, 209 (D.Del. 1986)... Here, respondent does not challenge the existence of the arbitration provision, but rather only its enforceability. Similarly, the genuineness of the arbitration award is not in dispute. Respondent is merely grasping at straws, attempting to persuade the court to refuse to confirm the award

esperar que las cortes latinoamericanas sigan este camino.

En cuanto al requisito de la traducción, en nuestra opinión la LGA peruana ha cometido el error de exigir que la traducción necesariamente tenga que ser realizada por un agente diplomático o consular peruano (o quién haga sus veces) del lugar del arbitraje, o por un traductor oficial (se entiende peruano), impidiendo así que la traducción pueda ser hecha por un traductor oficial del lugar del arbitraje y que el agente diplomático o consular peruano (o quién haga sus veces) solo la certifique.¹¹⁰

on the basis of a mere technicality. In these circumstances, the certification of petitioner's solicitor, who participated in the London arbitration and has personal knowledge that the agreement and award are genuine, is sufficient to satisfy the requirements of Art. IV. Cf. Bergesen v. Joseph Muller Corp., 710 F.2d 928, 934 (2d. Cir. 1983) (holding that certification by a member of the arbitration panel provided sufficient basis upon which to enforce arbitration award); Hewlett-Packard, Inc. v. Berg, 867 F. Supp. 1126, 1130 n. 11 (D.Mass. 1994) (overlooking failure to submit original or certified copy of agreement to arbitrate and award because neither party contested their validity)... Al Haddad Bros., 813 F. Supp. at 209-210 (holding that court's prior rulings that agreement to arbitrate existed were sufficient to meet requirements of Art. IV(1))".

¹¹⁰ El artículo IV de la Convención de Nueva York simplemente dice que la "...traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular", por lo que esta norma de la LGA peruana ha interpretado la Convención de manera restrictiva. Además, esta norma va en contra de la práctica internacional: *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 649. "The courts generally accept that the translation is made by an official or sworn translator either of the country in which the award was made or of the country in which enforcement of the award is sought, or that the translation is certified as correct by an official or sworn translator of either country. The certification of the translation by a diplomatic or consular agent of either country also appears to be sufficient". Por ello, consideramos que en una próxima reforma de la LGA, se debe ampliar el contenido de este dispositivo legal.

Por otro lado, si bien el artículo IV de la Convención de Nueva York sugiere que la traducción es indispensable, creemos importante aclarar que existe jurisprudencia que considera que no se requiere la traducción cuando el juez conoce debidamente el idioma extranjero: *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 649. "Although the language of Art. IV(2) suggests that the submission of a translation of the arbitration agreement and arbitral award is mandatory ('shall produce'), it is held that a translation is not required when the judge knows the foreign language sufficiently well 'to have taken full cognizance of the contents of these documents' (Netherlands...)".

En ese sentido, en *Pulsarr Industrial Research B.V. c. Nils H. Nilsen A.S.* una corte de Vardo se enfrentó a una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral CCI que fue emitido en París en idioma inglés y cuya traducción al noruego no fue presentada. Sin embargo, la

Ahora bien, una vez presentada la solicitud de reconocimiento, se correrá traslado a la otra parte, la que tendrá un plazo de cinco días contado desde la notificación¹¹¹ para formular contradicción a la solicitud¹¹² y anexar a su escrito los medios probatorios que considere pertinentes. Conjuntamente con la resolución que admita a trámite la solicitud de reconocimiento, la corte superior citará a la audiencia de pruebas y declaración judicial, la que deberá realizarse dentro de los quince días siguientes (artículo 754° del CPC).

En la mencionada audiencia se actuarán los medios probatorios ofrecidos por las partes, luego de lo cual en el mismo acto se procederá a emitir resolución; aunque la ley faculta al magistrado para que reserve la decisión, por un plazo que no podrá exceder tres días,

corte en su fallo de 10 de julio de 2002, indicó lo siguiente: *"This court has not deemed it necessary to translate the award into Norwegian. It does not deem that the New York Convention sets an absolute requirement for a translation. The original language of the award is English, and if the court has sufficient command of this language to understand the relevant wording with regard to the award's conclusions, the cost of a translation seems unreasonably high compared to what a translation may achieve. A translation from English to Norwegian may also fail to provide a correct transcription of the contents of the award as it may cause inconsistencies between the original text and the translated version of the award"*.

También debemos citar parte de un fallo de una corte de apelaciones de Ginebra de 15 de abril de 1999 (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 863-868): *"As to the translation of these documents in one of the official languages of the country in which enforcement is sought, some authors... think that the party seeking enforcement has no obligation to supply [the translation] if the court is deemed to know the original language. In this case, the party can only be required to supply a translation if the court or the other party requests it"*.

¹¹¹ Artículo 753° del CPC: "El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorio, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el Artículo 754°". El plazo de 5 días es razonable si el demandado domicilia en el Perú, pero es muy corto si domicilia fuera de sus fronteras. Creemos por eso, que en una futura reforma de la LGA peruana, se deberían reconocer plazos mayores para emplazar a no domiciliados.

¹¹² De conformidad con el inciso 1) del artículo 130° de la LGA, la contradicción a la que alude el artículo 753° del CPC, sólo podrá estar referida a "...las causales de no reconocimiento de un laudo extranjero..."; es decir, a las causales taxativas del artículo V de la Convención de Nueva York o, en su caso, del artículo 129° de la LGA, cuando corresponda.

contado desde la conclusión de la audiencia (artículo 754° del CPC).¹¹³

Si la corte superior declara fundada la contradicción¹¹⁴ y, por tanto, no reconoce en todo o en parte el laudo arbitral extranjero, procede recurso de casación ante la Corte Suprema de la República. En cambio, si la sentencia declara infundada la contradicción, no procederá recurso alguno.¹¹⁵

Esto ha sido confirmado por la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República en los seguidos por Energoprojekt Niskograndnja con El Pacífico Peruana Suiza, Compañía de Seguros y Reaseguros sobre reconocimiento de laudo arbitral extranjero (Exp. 323-2005.Lima). En efecto, en este caso la empresa demandante solicitó a la corte superior de justicia de Lima el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en

¹¹³ Por mandato expreso del inciso 2) del artículo 130° de la LGA, en el proceso de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros "...no interviene el Ministerio Público ni emite dictamen", decisión acertada y que ha evitado que se presenten problemas como los detectados en España: Carlos Esplugues Mota, "Reflexiones en torno a una frustración: El Título IX de la nueva Ley Española de Arbitraje relativo a la Ejecución en España de los Laudos Arbitrales Extranjeros". En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. V, Civitas, Madrid, 1988-1989, p. 167. "...el apartamiento del legislador español respecto al Convenio de Nueva York ha sido muy negativamente valorado por la doctrina... no sólo por el resultado al que conduce la participación del Ministerio Fiscal tal como es diseñada sino también por una razón más profunda, por constituir una inaceptable reminiscencia de un pasado en el que el arbitraje se entendía como un ataque directo a la jurisdicción nacional y, por ende, a la soberanía estatal. El legislador, que ha sido capaz de modificar su postura respecto a puntos muy importantes, no vence la tentación de intentar asegurar que el arbitraje no quede únicamente en manos de los particulares, de ahí la intervención del Ministerio Fiscal. En ese sentido, la actual redacción no puede verse como un error sino como una decisión consciente en línea con otras soluciones tendentes a asegurar un arbitraje 'dirigido' y, en la medida en que introduce una posición diferente a la recogida en la propia LEC respecto a las sentencias extranjeras, cabe plantearse si no constituye la auténtica razón de existir del artículo 59".

¹¹⁴ Insistimos una vez más, que el juez peruano sólo podrá declarar fundada la contradicción en base a las causales taxativas establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York o, en su caso, en el artículo 129° de la LGA, según corresponda, que analizaremos más adelante.

Asimismo, como vimos en supra punto No. II.1.2.2., no procederá alegación alguna referida al tema de la reciprocidad, por lo que el artículo 838° del CPC será inaplicable al procedimiento de reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros.

¹¹⁵ Inciso 3) del artículo 130° de la LGA: "Sólo procede recurso de casación cuando no se hubiera reconocido en todo o en parte el laudo arbitral extranjero".

Londres. La sala superior mediante resolución de 31 de marzo de 2005 reconoció en su integridad el laudo arbitral de fecha 20 de diciembre de 2001.

Contra esta decisión la empresa peruana interpuso recurso de casación. Sin embargo, la máxima instancia de justicia del país declaró improcedente el recurso de casación, ya que éste solo procede cuando se haya denegado en todo o en parte el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.

Por último, cabe destacar que de conformidad con el artículo 761° del CPC, durante este proceso no son procedentes la recusación de los jueces, la interposición de excepciones o defensas previas, el ofrecimiento de pruebas que no puedan actuarse inmediatamente, la reconvenición y el ofrecimiento de pruebas en segunda instancia.

Culminado el proceso, se entregará copia certificada del expediente al interesado, manteniéndose el original en el archivo del poder judicial.¹¹⁶

X.2.2. Procedimiento de Ejecución

Ante el silencio del Código Procesal Civil acerca del procedimiento de ejecución de un laudo arbitral extranjero debidamente reconocido por los tribunales de justicia peruanos,¹¹⁷ la LGA en su artículo 131° establece lo siguiente: "Reconocido total o parcialmente el laudo, conocerá de su ejecución el Juez Especializado en lo Civil del domicilio del demandado competente en la fecha de presentación de la solicitud o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, el competente del lugar donde éste tenga sus bienes,¹¹⁸ de conformidad con los Artículos

¹¹⁶ Artículo 840° del CPC: "Terminado el proceso, se entrega copia certificada del expediente al interesado, manteniéndose el original en el archivo de la Sala".

¹¹⁷ El artículo 719° del CPC, antes de su reforma dispuesta por la LGA, disponía que solo las resoluciones judiciales extranjeras reconocidas por tribunales nacionales, se ejecutaban siguiendo el procedimiento establecido para las sentencias y laudos domésticos.

¹¹⁸ Esta disposición cubre un grave vacío del CPC, que no regula la competencia de los tribunales para la ejecución de fallos contra personas que no domicilian en el Perú.

713° al 719° del Código Procesal Civil,¹¹⁹ debiéndose adjuntar al escrito solicitando la ejecución judicial los documentos a que se contrae el segundo párrafo del Artículo 127°, así como copia de la resolución judicial que amparó la petición de reconocimiento del laudo arbitral”.¹²⁰

Con las precisiones establecidas en el artículo 131° de la LGA, el proceso de ejecución será el mismo que el aplicable a la ejecución de laudos arbitrales dictados en el Perú.¹²¹

¹¹⁹ Artículo 719° del CPC, según modificatoria de la LGA: “Las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras reconocidas por tribunales nacionales se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en este Capítulo, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la Ley General de Arbitraje”.

¹²⁰ Consideramos que la parte interesada dará cumplimiento a estas exigencias formales, adjuntando a su solicitud de ejecución copia certificada del expediente de reconocimiento del laudo arbitral extendida por la corte superior, de conformidad con el artículo 840° del CPC.

¹²¹ Ver supra punto No. IX.3. Honduras (artículo 93°.- “La ejecución del laudo, una vez reconocido en la forma dispuesta por los tratados, pactos o convenciones o, en su defecto en esta Ley, se llevará a cabo ante el juez que conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, le correspondiere la ejecución de sentencias nacionales”); El Salvador (artículo 83°.- “La ejecución del laudo, una vez reconocido en la forma dispuesta por los Tratados, Pactos o Convenciones o, en su defecto en esta ley, se llevará a cabo ante el juez que conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y Ley Orgánica Judicial, le correspondiere la ejecución de sentencias nacionales”); y, Bolivia (artículo 83(III).- “Declarada la procedencia de la solicitud, la ejecución del laudo se llevará a cabo por la autoridad judicial competente designada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que será la del domicilio de la parte contra quien se hubiere invocado o pedido el reconocimiento del laudo o, en su defecto, por aquella que tengan competencia en el lugar donde se encuentren los bienes a ser ejecutados”). Ver, además, Paraguay (artículo 45°), Guatemala (artículo 48°) y Panamá (artículo 42°).