

## XI

### CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL FORO (EN ESPECIAL EN EL PERÚ) Y CAUSALES PARA EL NO RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS EN EL EXTRANJERO(\*)

Hemos decidido tratar de manera conjunta el análisis de las causales de anulación de los laudos arbitrales dictados en el foro (en especial en el Perú, sean nacionales o internacionales), así como de las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales emitidos fuera del país (laudos extranjeros).

Sin embargo, antes de analizar cada una de las causales, consideramos pertinente referirnos a algunos temas que son de aplicación general a esta materia.

#### XI.1. CUESTIONES PRELIMINARES

##### XI.1.1. Marco legal

Las legislaciones arbitrales de Bolivia (artículo 63° de la Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770), Brasil (artículo 32° de la Ley de Arbitraje No. 9307), Chile (artículo 34° de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional No. 19.971), Colombia (artículo 163° del Decreto No. 1818), Costa Rica (artículo 67° de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727), Ecuador (artículo 31° de la Ley de Arbitraje y Mediación No. 145/97), El Salvador (artículos 68° y 79° de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje -Decreto No. 914-2002), Honduras (artículos 74° y 89° de la Ley de Conciliación y Arbitraje -Decreto No. 161-2000), Guatemala (artículo 43° de la Ley de Arbitraje No. 67-95), México (artículo 1457° del Código de Comercio Reformado de 1993), Nicaragua (artículo 61° de la Ley de Mediación y Arbitraje -Ley No. 540), Panamá (artículos 34° y 40° de la Ley de Arbitraje y Mediación -Decreto Ley No. 5), Paraguay (artículo 40° de la Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación), Perú (artículos 73° y 123° de la Ley General de Arbitraje) y Venezuela (artículo 44° de la Ley de Arbitraje Comercial No. 36.430), regulan el recurso de anulación contra los laudos arbitrales, como la única vía de orden público habilitada para atacar la validez del fallo de los árbitros.<sup>1</sup>

---

(\*)La presente sección se basa parcialmente en los siguientes trabajos del autor: "Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral". En: Cuadernos Jurisprudenciales, No. 17, Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje". En: Derecho, No. 56, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; "Anulación de un laudo arbitral por

En los casos de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay y Venezuela, se establecen causales de anulación comunes para cualquier laudo arbitral que se dicte dentro de sus fronteras.

En cambio, Chile y el Perú cuentan con un régimen dual,<sup>2</sup> al establecer disposiciones específicas aplicables a la anulación de laudos arbitrales nacionales y a fallos arbitrales internacionales.<sup>3</sup>

---

la causal de violación del debido proceso y el derecho de defensa". En: Arbitraje On Line, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, [www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz\\_arbitro2-htm](http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2-htm); "Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento". En: Normas Legales, T. 346, Lima, 2005; "Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero". En: Themis, Revista de Derecho No. 50, Lima, 2005; y, "La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje". En: Ius Et Veritas, Revista de Derecho, No. 30, Lima, 2005.

<sup>1</sup> Aunque Colombia (artículo 166°) identifica la existencia de un recurso extraordinario de revisión, que se rige por el Código de Procedimiento Civil. De la misma manera, Costa Rica (artículo 67°) autoriza que contra los laudos arbitrales se interponga además el recurso de revisión conforme al Código Procesal Civil. Sobre el régimen colombiano, leer a: Fernando Mantilla-Serrano, "Colombia". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 128-130; y, Marco Gerardo Monroy Cabra, "Recursos contra el laudo arbitral". En: *El Contrato de Arbitraje*, Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa (Coord.), Lexis, Bogotá, 2005, pp. 679-680.

<sup>2</sup> La LGA peruana regula el tema de las causales de anulación de los laudos arbitrales en los artículos 73° (para los laudos nacionales) y 123° (para los laudos internacionales). Por su parte, en Chile el artículo 34° de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional establece las causales de anulación aplicables a los laudos arbitrales comerciales internacionales, mientras que el Código de Procedimientos Civiles regula los recursos que cabe interponer contra los demás laudos arbitrales dictados en territorio chileno.

Sin embargo, la diferencia entre uno y otro, es que en el Perú las causales establecidas en los artículos 73° y 123° son prácticamente las mismas a las contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL, mientras que en el caso de Chile, sólo las causales aplicables a los arbitrajes comerciales internacionales se basan en estándares modernos.

<sup>3</sup> Al parecer Panamá, El Salvador y Honduras también establecen un sistema dual, ya que si bien los artículos 34°, 68° y 74°, respectivamente, establecen las causales de anulación de los laudos arbitrales, seguidamente los artículos 40°, 79° y 89°, respectivamente, hacen referencia a que a los laudos arbitrales dictados dentro de sus respectivos territorios que sean considerados "internacionales" (ver supra punto No. III.1.2.), se les aplicará las disposiciones reservadas a los laudos arbitrales extranjeros, dando así a entender que contra los laudos arbitrales "internacionales" dictados en Panamá, Honduras y El Salvador, las causales de anulación aplicables serían aquellas reservadas para el no reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En ese sentido, entendemos que en estos casos, cuando se inicie un proceso de anulación contra algún laudo arbitral internacional, las causales de anulación serán las previstas en los artículos 92°, 82° y 41°, de las leyes de arbitraje de Honduras, El Salvador y Panamá, respectivamente.

Además, vale la pena aclarar desde ya que las causales de anulación de los laudos arbitrales dispuestas en las legislaciones arbitrales de Chile (aplicable al arbitraje comercial internacional), Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú son prácticamente las mismas a las contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL, las que, a su vez, son similares a las establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>4</sup>

Por otro lado, las legislaciones arbitrales de Bolivia (artículo 81°), Brasil (artículo 38°), Chile (artículo 36° de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), El Salvador (artículo 82°), Guatemala (artículo 47°), Honduras (artículo 74°), México (artículo 1462°), Nicaragua (artículo 63°), Panamá (artículo 41°), Paraguay (artículo 46°), Perú (artículo 129°) y Venezuela (artículo 49°), establecen causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros.

Sin embargo, cabe recordar que como todos estos estados son parte de la Convención de Nueva York,<sup>5</sup> las disposiciones locales serán de aplicación<sup>6</sup> sólo en caso no resulte aplicable este tratado<sup>7</sup> o, en su defecto, algún otro instrumento internacional.<sup>8</sup>

Con estos antecedentes, ingresemos a analizar las cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro, como a las causales para no reconocer y ejecutar fallos arbitrales extranjeros.

---

<sup>4</sup> Con referencia al artículo 34(2) de la Ley Modelo de UNCITRAL, la 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. 72, señala que: "Paragraph (2) sets forth essentially the same reasons as those on which recognition and enforcement may be refused under article 36(1) (or article V of the 1958 New York Convention on which it is closely modelled)". Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, 2da. Ed., Thomson West, Minnesota, 2003, p. 643. "...the grounds for setting aside stated in the [UNCITRAL] Model Law, and adopted in most modern arbitration statutes, are basically the same as the grounds for refusing recognition and enforcement set out in Article V of the New York Convention".

<sup>5</sup> Como también lo son Colombia, Costa Rica y Ecuador, cuyas legislaciones arbitrales guardan silencio acerca de este particular.

<sup>6</sup> En todo caso, vale la pena aclarar que las causales de no reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros contenidas en las legislaciones arbitrales de Chile (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, son prácticamente las mismas a las establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

<sup>7</sup> Ver supra punto No. X.1.

<sup>8</sup> En el caso del Perú, la LGA será siempre la norma aplicable, en los contados casos en los que podría no resultar de aplicación la Convención de Nueva York. Ver supra punto No. X.1.2.

### XI.1.2. No es lo mismo ni genera los mismos efectos anular y no reconocer un laudo arbitral

Conviene aclarar que existen diferencias entre "anular" y "no reconocer" un laudo arbitral. En efecto, conforme al artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, sólo el poder judicial del estado en que o conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral, puede declarar su anulación,<sup>9</sup> la que tendrá, en principio, efectos erga omnes.<sup>10</sup> En cambio, si el laudo ha sido dictado en un estado distinto a aquél en el que se intenta su reconocimiento y ejecución, este último estado sólo puede no reconocerlo, cuando el laudo arbitral esté incurso en alguna de las causales establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>11</sup>

En otras palabras, si por ejemplo el poder judicial peruano anula un laudo nacional o internacional (es decir, un laudo dictado dentro de nuestras fronteras), la

---

<sup>9</sup> Obviamente las causales para anular el laudo arbitral serán aquéllas dispuestas en la legislación arbitral del lugar del arbitraje (salvo, por ejemplo, cuando un laudo arbitral dictado en el foro sea considerado "no nacional", como sucede en algunos casos en los Estados Unidos de América, en cuyo caso serán de aplicación las causales dispuestas en la Convención de Nueva York de 1958. Ver supra punto No. II.1.2.1.). Catherine A. Giambastiani, "Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts". En: American University International Law Review, Vol. 20, 2005, p. 1107. "...primary jurisdictions may use their own domestic law to determine whether to vacate or set aside an arbitral award...".

<sup>10</sup> Frank Griffith Dawson, "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?. En: Ius Et Veritas, Revista de Derecho, No. 15, Lima, 1997, p. 209. "...la ley del lugar del arbitraje es importante debido a que si en virtud de ésta un laudo ha sido anulado, revocado o invalidado por un tribunal en su esencia, no puede ser ejecutado conforme a la Convención de Nueva York, convenios bilaterales o la legislación nacional". W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair-**, Duke University Press, 1992, p. 114. "...nullification consequences of decisions in primary jurisdictions have a universal effect. In terms of the dynamic of the convention, once an award has been set aside in a primary jurisdiction, it is not supposed to be enforceable anywhere else". Sin embargo, Fernando Cantuarias Salaverry, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje", ob. cit., pp. 583-613, identifica antecedentes en varios países (principalmente Francia y los Estados Unidos de América) en los que se han ejecutado laudos arbitrales que habían sido anulados en la sede del arbitraje. Sobre el tema ver infra punto No. XI.2.7.3.

<sup>11</sup> W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair-**, ob. cit., p. 114. "The 'nullificatory' consequences of decisions in secondary jurisdictions, if they can even be called that, are limited to... question of enforcement and in that forum". Georges R. Delaume, "Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards". En: Journal of International Arbitration, Vol. 12, No. 1, 1995, p. 6. "...it must be noted that the consequences of a challenge to an award at its place of making and at the place where recognition is sought are not the same. Judicial review at the place of making concerns the validity of the award and is of direct relevance to its finality since an adverse decision may lead to the annulment of the award. At the stage of recognition, the scope of judicial review is limited to deciding whether the award should be granted or denied recognition. In other words, a denial of recognition may affect the effectiveness of the award but has no bearing upon its validity".

decisión tendrá, en principio, el efecto de evitar su reconocimiento y ejecución en otros estados. En cambio, si el laudo es dictado, por ejemplo, en Alemania, y las cortes de justicia del Perú no amparan el pedido de reconocimiento y ejecución, ello no será impedimento para que el poder judicial de cualquier otro estado otorgue el reconocimiento y la ejecución, si así lo considera pertinente, sin que resulte vinculante lo decidido por los tribunales de justicia peruanos.<sup>12</sup>

Idéntico será el efecto si quien pretende anular el laudo arbitral no es la autoridad del estado en que o conforme a cuya ley se dictó el fallo,<sup>13</sup> como ha quedado ejemplificado en el caso seguido por Karaha Bodas Co. c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Bumi Negara. En efecto, aquí la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito Federal norteamericano se enfrentó a un caso en el que las partes participaron en un arbitraje en Suiza, luego de lo cual el perdedor inició un procedimiento de anulación del laudo arbitral no en Suiza sino ante las cortes de Indonesia, quienes "anularon" el fallo arbitral. Cuando se intentó el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral en los Estados Unidos de América al amparo de la Convención de Nueva York, el demandado alegó que no procedía porque el fallo había sido anulado por el poder judicial indonesio. Sin embargo, en su fallo de 23 de marzo de 2004, la corte norteamericana correctamente consideró que el laudo arbitral había sido dictado en Suiza, bajo las leyes

---

<sup>12</sup> Albert Jan van den Berg, "When is an Arbitral Award Nondomestic under the New York Convention of 1958?". En: Pace Law Review, Vol. 6, No. 1, 1985, p. 41. "As a general rule, whilst recognition and enforcement merely have a territorial effect, setting aside has, according to the Convention, an extra-territorial effect... The granting or refusal of recognition and enforcement is territorially limited to the court's jurisdiction. A foreign court is not bound by a granting or refusal of recognition and enforcement by a court of another country, because neither is listed in the Convention as a ground for which recognition or enforcement must be respectively granted or refused". Carolyn B. Lamm y Frank Spoorenberg, "The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention, Recent Developments". En: [www.sccinstitute.com/\\_upload/shared\\_files/artikelarkiv/lamm\\_spoorenberg.pdf](http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/artikelarkiv/lamm_spoorenberg.pdf), p. 4. "...when opposing the enforcement of an award, the opposing party should consider that even if successful, the award is defeated only in that jurisdiction where enforcement is sought and the enforcing party will certainly seek to enforce in other jurisdictions, i.e., wherever assets may be located".

<sup>13</sup> Sin embargo, Thomas H. Webster, "Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings". En: Journal of International Arbitration, Vol. 23, No. 3, 2006, p. 201, explica que debido al reconocimiento por parte de cada vez más leyes arbitrales del principio territorial contenido en la Ley Modelo de UNCITRAL, cada vez más se interpreta la Convención de Nueva York considerando únicamente el lugar del arbitraje: "As regards the definition of the primary jurisdiction, the courts of both developing and developed countries, with rare exceptions, appear to focus solely on the place of arbitration rather than the law under which the award has been rendered. Reflecting the Model Law, case law shows that the interpretation of the New York Convention has caused references to primary jurisdiction as corresponding to the law pursuant to which an award was made (as opposed to the law of the place of arbitration) to become very infrequent, if not obsolete".

arbitrales de ese país, por lo que la corte de Indonesia era una "secondary jurisdiction" (jurisdicción secundaria), sin capacidad para anular el laudo arbitral.<sup>14</sup>

Otro caso similar fue el seguido por Four Seasons Hotels c. Consorcio Barr. Aquí las partes habían pactado el sometimiento a arbitraje bajo las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y fijaron como lugar del arbitraje la ciudad de Miami. Cuando el tribunal arbitral dictó un laudo parcial declarándose competente para conocer la controversia, una de las partes inició un procedimiento de anulación ante el poder judicial venezolano, quién lo "anuló". Sin embargo, tiempo después las cortes norteamericanas correctamente señalaron que conforme a la Convención de Nueva York, las cortes de Venezuela no tenían jurisdicción para anular el laudo arbitral.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Fallo de 23 de marzo de 2004, en los seguidos por Karaha Bodas Co. c. Preusan Pertamina Minyak Das Gas Bumi Negara. En: [www.kluwarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.Asp?ipn=80403](http://www.kluwarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.Asp?ipn=80403). Entre sus considerandos, la corte dijo: "The New York Convention provides a carefully structured framework for the review and enforcement of international arbitral awards. Only a court in a country with primary jurisdiction over an arbitral award may annul that award. Courts in other countries have secondary jurisdiction; a court in a country with secondary jurisdiction is limited to deciding whether the award may be enforced in that country. The Convention 'mandates very different regimes for the review of arbitral awards (1) in the [countries] in which, or under the law of which, the award was made, and (2) in other [countries] where recognition and enforcement are sought'. Under the Convention, 'the country in which, or under the [arbitration] law of which, [an] award was made' is said to have primary jurisdiction over the arbitration award. All other signatory states are secondary jurisdictions, in which parties can only contest whether that state should enforce the arbitral award". Sobre este particular, leer a: Catherine A. Giambastiani, "Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts", ob. cit., pp. 1102-1112.

<sup>15</sup> Four Seasons Hotels c. Consorcio Barr (S.D. Fla 2003). En: Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 882 y ss. Véase también el fallo del United States District Court, Southern District of Florida, de 24 de noviembre de 2003 (Caso No. 02-21769-civ-marra/seltzer), en los seguidos por Nicor International Corporation (Panamá) y Consultores de la Cuenca del Caribe a/k/a/ Carib Consult (Rep. Dominicana) c. El Paso Corporation f/k/a Oceano Corporation or The Coastal Corporation (En: Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 1140-1159). Aquí, el poder judicial de la República Dominicana se negó a amparar un convenio arbitral en el que expresamente las partes habían acordado arbitrar ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en Dallas, Texas, fallando sobre el fondo de la controversia en favor de su nacional. Por su parte, el arbitraje se inició como estaba pactado, resolviendo el árbitro en favor de la otra parte; laudo que, sin embargo, no fue reconocido y ejecutado por las cortes dominicanas. Seguidamente, ante el pedido de las partes al tribunal judicial norteamericano para que, por un lado, se reconozca y ejecute el fallo judicial dominicano y, por otro lado, se ejecute el laudo arbitral, una de las partes afirmó, entre otros, que no procedía la ejecución del laudo arbitral porque no había sido reconocido por el poder judicial de la República Dominicana. Sin embargo, la corte norteamericana se pronunció correctamente, al afirmar lo siguiente: "The Court notes that Nicor and Carib seem to suggest in a footnote that the Final Arbitration Award should not be recognized because the Dominican courts have refused to recognize the Award... Under Art. V(1)(e) of the New York Convention, the court need not recognize the Final Arbitration Award if the Award has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made... Because the Final Arbitration Award was not made in, or under the laws

### XI.1.3. No cabe la revisión del fondo de la controversia

En ningún caso (sea un laudo nacional, internacional o extranjero), el poder judicial podrá reexaminar el fondo de la controversia, ya que lo que hayan decidido los árbitros es irrevisable.<sup>16</sup>

Sobre este particular, conviene recordar lo que disponen, por ejemplo, los artículos 60° y 61° de la LGA peruana, respecto al objeto de los recursos de apelación y de anulación, respectivamente.<sup>17</sup> Así, mientras el primero permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho (análisis sobre el fondo), el recurso de anulación solo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos, de conformidad con las causales taxativas que determina la ley.<sup>18</sup>

---

*of, the Dominican Republic, the Dominican courts' refusal to recognize the Final Arbitration Award does not supply a ground for non-recognition under the New York Convention".* Además, leer fallo del United States District Court, Northern District of Texas, Dallas Division, de 23 de octubre de 2003, en los seguidos por Gulf Petro Trading Company, Inc., c. Nigerian National Petroleum Corporation. En: Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 1114-1128.

<sup>16</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)". En: Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XIV, 1989, p. 582. "...the court before which the enforcement of a Convention award is sought, may not review the merits of the award...". De la misma manera, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en una sentencia de 2 de agosto de 2004, en el procedimiento acumulado de anulación de laudo arbitral seguido por Mota & Compahia Sociedad Anónima, Transportes Lei Sociedad Anónima y Engil Sociedade de Construcao Civil Sociedad Anónima c. T & T Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima y otro (Exp. 265-2003), afirmó lo siguiente: "Segundo: que tal como lo señala el artículo sesenta y uno de la Ley número veintiseis mil quinientos setenta y dos, la acción judicial de nulidad de laudo, llamada por la ley recurso de nulidad de laudo, es una que solamente puede sustentarse en las causales taxativamente establecidas en el artículo sesenta y tres de la citada ley, las mismas que están referidas a la validez formal del laudo, por lo que la sentencia que pone fin a esta causa no resuelve sino sobre la validez o nulidad del laudo, pero no revisa el fondo de la controversia sometida a la autoridad de los árbitros, puesto que además la ley lo prohíbe expresamente y bajo responsabilidad".

<sup>17</sup> Artículo 60°.- "...El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho...".

Artículo 61°.- "...El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia...".

<sup>18</sup> En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo español, en un fallo de 17 de marzo de 1988: "...a este Tribunal sólo le es dable emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento del arbitraje a los límites de lo convenido, dejando sin efecto, en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el mayor o menor fundamento de lo decidido".

Lo mismo hizo la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en una sentencia de 18 de octubre de 2002, en los seguidos por Hica Inversiones S.A. c. Empresa Eléctrica del Perú -Electroperú S.A. y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado -FONAFE, sobre anulación de laudo arbitral (Exp. 1440-02). En efecto, Hica Inversiones S.A. interpuso

En efecto, Caivano<sup>19</sup> explica que: "Cabe aclarar que la impugnación por nulidad es conceptualmente distinta e independiente de la revisión por apelación que pueda caber contra el laudo. En el primer caso, lo que se procura es invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y en consecuencia, los medios de impugnación no resultan... en principio-disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público. Mediante la apelación lo que se busca es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. En este último supuesto se revisa el fondo del laudo, mientras que en el primero solamente se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión... El mismo principio... debe aplicarse a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros".<sup>20</sup>

Esto significa también que, como bien indica Boza,<sup>21</sup> "...las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles. La tarea de la corte se limita, pues, a revisar la forma más no el fondo del asunto...".<sup>22</sup>

---

recurso de anulación contra un laudo arbitral, alegando, entre otros, que no estaba debidamente motivado. Sin embargo, la corte consideró correctamente lo siguiente: "...las alegaciones de Nulidad del Laudo derivadas de presuntas deficiencias en la motivación del fallo arbitral, deben desestimarse de plano... por cuanto los mecanismos de protección previstos en la Ley de la materia... [Ley General de Arbitraje no] lo contempla dentro de su expreso tenor y porque, además, importa un nuevo examen de la prueba actuada...".

<sup>19</sup> Roque J. Caivano, "Los Laudos Arbitrales y su Impugnación por Nulidad". En: Jurisprudencia Argentina, No. 5869, Buenos Aires, 1994, p. 10.

<sup>20</sup> Victoria L.C. Holstein, "Co-opting the Federal Judiciary: Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitral Awards". En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 12, No. 11, 2001, p. 277. En términos coloquiales una corte federal de los Estados Unidos de América identificó el rol asignado a los jueces en el recurso de anulación, indicando que se trata de "...a ticket-taker at an unreserved-seating entertainment event whose job is to check whether the parties have a valid ticket for the performance, but who has no responsibility to decide... where the parties should sit once inside, what time the show should begin and whether the guests' complaints about the quality of the show are valid" (Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith c. Barchaman, 916 F. Supp. 845, 849 (N.D. Ill. 1996)).

<sup>21</sup> Beatriz Boza Dibós, "Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros". En: Themis, Revista de Derecho, No. 16, Lima, 1990, p. 63.

<sup>22</sup> Victoria L.C. Holstein, "Co-opting the Federal Judiciary: Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitral Awards", ob. cit., 277. Como explica la autora, este es el estándar establecido por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, que es el que corresponde seguir a los jueces latinoamericanos: "...the Supreme Court has explained that parties who voluntarily consent to arbitrate agree to accept the arbitrator's fact-finding and construction of the contract. [United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc. (1987)] In so doing, parties 'trade the procedures and opportunity for review of the courtroom for simplicity, informality and expedition'. [Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (1985)] ... a court

En otras palabras, aún cuando los jueces encuentren que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos<sup>23</sup> o que han aplicado erróneamente el derecho,<sup>24</sup> por ningún motivo podrán modificar lo decidido en el laudo,<sup>25</sup> simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros.<sup>26</sup>

---

*'do[es] not sit to hear claims of factual or legal error by an arbitrator as an appellate court does in reviewing decisions of lower courts...'* [United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc. (1987)]. De manera similar se han pronunciado en diversas oportunidades las cortes federales de Canadá, país que cuenta con una legislación arbitral UNCITRAL. Así, por ejemplo, ver el caso seguido por Re Corporation Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. c. STET International, S.p.A. (CLOUT Case 391: Superior Court of Justice (Lax J.), 22 September 1999).

<sup>23</sup> Como bien dijo la Audiencia Provincial de Barcelona en un fallo de 5 de febrero de 2004, en los seguidos por Trust Informatic S.A. c. Farguell Industrial Metálicas S.A. sobre anulación de laudo arbitral, "[no] puede prosperar el recurso... [de anulación respecto a] la práctica de la prueba pericial, aunque el resultado de la misma o la apreciación que de ella hiciera el árbitro según las reglas de la sana crítica... no guste al recurrente o incluso fuera equivocada porque entraríamos en el terreno de la revisión del material probatorio y consecuentemente en el conocimiento sobre el fondo del litigio que... está vedado a este tribunal". En: [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=80418](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=80418).

<sup>24</sup> En el fallo de una corte de apelaciones de Luxemburgo de 28 de enero de 1999, en los seguidos por Sovereign Participations International S.A. c. Chadmore Developments Ltd. (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIVa, 1999, pp. 714-723), sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Ginebra, se afirmó lo siguiente: "...the Convention does not allow the enforcement court in any case to review the manner in which the arbitrators decided on the merits... Even if the arbitral tribunal makes a gross mistake of fact or law, this is not a ground for refusing enforcement of the award".

<sup>25</sup> Melissa Biren, "Res Judicata/Collateral Estoppel effect of a Court determination in subsequent Arbitration". En: Albany Law Review, Vol. 45, No. 4, 1981, p. 1048. "...the fact that another arbitrator or judge may have reached a different conclusion, or that the court finds the award contrary to the weight of the evidence, or that there was error in application of law or fact do not establish grounds sufficient for setting aside an award". En ese sentido, en el caso Dunda Shipping and Trading Co. c. Stravelakis Bros. Ltd. (508 F. Supp. S.D.N.Y. 1981), una corte norteamericana indicó lo siguiente: "[It] is not the function of a district court to review the record of an arbitration proceeding for mere errors of law or fact". Marianella Ledesma Narváez, "Laudos arbitrales y medios impugnatorios". En: Cuadernos Jurisprudenciales, No. 17, Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, 2002, p. 17. "Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales, de intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas...".

<sup>26</sup> El caso *Northrop Corp. c. Triad International Marketing S.A.* (811 F. 2d 1265 9<sup>th</sup> Cir. 1987), es ilustrativo acerca del comportamiento que deben observar los tribunales de justicia. En efecto, el contrato suscrito en 1970 estableció que Triad debía ser el representante exclusivo en todo contrato de adquisición de material bélico. Sin embargo, años después, el gobierno de Arabia Saudita prohibió el pago de comisiones por la adquisición de armamento, lo que desencadenó el conflicto que fue sometido a arbitraje. Cuando el laudo se dictó a favor de Triad, Northrop solicitó al poder judicial norteamericano la anulación del laudo debido a supuestos errores de fondo, ante lo cual la corte resolvió que: "The arbitrators' conclusions on legal issues are entitled to deference here. The legal issues were fully briefed and argued to the arbitrators: the arbitrators carefully considered and decided them in a

---

*lengthy written opinion. To now subject these decisions to de novo review would destroy the finality for which the parties contracted and render the exhaustive arbitration process merely a prelude to the judicial litigation which the parties sought to avoid".*

De manera similar, en un fallo sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral al amparo de la Convención de Nueva York, una corte norteamericana afirmó lo siguiente: *"We observe that it is only coincidence that the substantive law selected by the parties to be applied in this dispute happens to be the domestic law of a jurisdiction which we from time to time are called upon to apply. It could just as fortuitously have been the domestic law of Botswana or the Ukranian Soviet Socialist Republic, both countries being contracting members under the Convention at the time of its ratification by the United States. We cannot understand how the Convention, created to assure consistency in the enforcement of foreign arbitral awards, would not be gravely undermined, if judges sitting in each of the many jurisdictions where enforcement may be obtained, were authorized by the Convention to undertake a de novo inquiry into whether the law the arbitrators said they were using was or was not properly applied by them. The plain answer is that the Convention does not, and could not, contemplate such a chaos"* (International Standard Electric Corporation c. Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial, United States Distrit Court, S.D. New York, 1990, 745 F.Supp. 172).

En el Perú, vale la pena destacar los considerandos de tres resoluciones judiciales que expresamente prohíben el análisis del fondo de un laudo arbitral:

(a) Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de 21 de diciembre de 2001, en los seguidos por IAN PERU S.A.C. c. Agrícola Yaurilla S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. 176-2001): "Segundo: Que la pretensión de anulación basada en la causal antes indicada se circunscribe al cuestionamiento sobre la estructuración del razonamiento jurídico empleado por el árbitro en la construcción del laudo; que en este contexto, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el laudo arbitral son inatacables e irreversibles; no pudiendo ser objeto de análisis, bajo los argumentos alegados por el peticionante desde que incidir sobre la construcción legal del Laudo para determinar si la motivación es la debida y si responde o tiene correspondencia con la prueba actuada, en la medida que el cuestionamiento en esencia compromete el razonamiento jurídico empleado por los árbitros, implica necesariamente analizar la justicia de la decisión, situación que la mencionada ley [General de Arbitraje] no lo permite a través del recurso de anulación".

(b) Sentencia en Casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de 5 de mayo de 2003, en los seguidos por Compañía Importadora y Exportadora del Perú, S.A. c. Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. CAS No. 3590-02 LIMA): "Cuarto.- Que, la Sala Superior... [anula el laudo] por considerar que el Tribunal Arbitral no puede afirmar que la empresa CIMEX ha cumplido con su obligación de obtención de las cesiones de posición contractual de todos los contratos con los terceros adquirentes de los locales del Mercado Arriola, si no se han tenido a la vista todos esos contratos, por lo que concluye que el laudo no se sujeta al mérito de lo actuado... Sexto.- Que, en el caso de autos, la Sala de mérito... analiza... [el fondo del laudo arbitral] pues considera que no se ha acreditado el incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa CIMEX por no haberse tenido a la vista todos los contratos de cesión de posición contractual de todos los terceros adquirentes, cuando lo que correspondía era establecer si se le había perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa de la empresa PYC Sociedad Anónima, al sustentarse su recurso de anulación en la causal prevista en el inciso segundo del artículo setentitrés de la Ley Número veintiséis mil quinientos setentidós".

(c) Sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de 3 de abril de 2006, en los seguidos por S&Z Consultores Asociados S.A. c. Electric Power Development Co. Ltd., sobre anulación de un laudo arbitral internacional (Exp. No. 2505-04): "OCTAVO: Que en cuanto al tercer punto; debe convenirse con lo expuesto precedentemente, en el sentido que las decisiones del Tribunal Arbitral no pueden, de ningún modo, ser revisadas en sede jurisdiccional, pues en este contexto, debe señalarse que se ha cumplido con

#### XI.1.4. Las causales son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva

Las causales para anular un laudo arbitral dictado en el foro o para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero, son taxativas<sup>27</sup> y deben ser interpretadas de manera restrictiva.<sup>28</sup>

En efecto, las legislaciones arbitrales de Perú, Venezuela, Paraguay, Panamá, Honduras, Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Chile, Bolivia y México,

---

resolver las pretensiones propuestas con sujeción a las consideraciones que aparece del Laudo objeto de nulidad, y que por consiguiente, este Colegiado no puede incidir si se hizo bien o no al establecerse que la existencia de daños y perjuicios reclamados han quedado reparados con el reconocimiento de intereses moratorios al declararse fundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal...".

<sup>27</sup> Bernardo M. Cremades, "Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 1, Lima, 2005, p. 193. "Las excepciones que pueda invocar la parte que se opone a la ejecución de un laudo son limitadas y taxativas". En el caso *D. Frampton & Co. Ltd. c. Silvio Thibeault and Navigation Harvey & Frères Inc.* (1998), una corte federal de Canadá ante un pedido de anulación de un laudo internacional, se pronunció en el sentido de que "[c]uando se solicita la anulación de un laudo arbitral, el tribunal sólo está facultado para examinar el laudo sobre la base de las disposiciones restrictivas del artículo 34 de la Ley Modelo [de UNCITRAL] que figuran en el *Commercial Arbitration Code*, S.R.C. 1985, c.C.-34.6" (citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, de 17 de mayo de 1993). En el caso *Yusuf Ahmed Alghanim & Son, W.L.L. c. Toys "R" Us, Inc.* (126 F.3d 15, 2d Cir., 1997), una corte norteamericana correctamente dijo lo siguiente en relación a las causales de no reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: "[T]he [New York] convention is... clear that when an action for enforcement is brought in a foreign state, the state may refuse to enforce the award only on the grounds explicitly set forth in Article V of the Convention".

<sup>28</sup> La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, en el caso *Scherk c. Alberto-Culver Co.* (417 U.S. 506, 520 (1974)), dispuso lo siguiente: "The goal of the Convention, and the principal purpose underlying American adoption and implementation of it, was to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries". Siguiendo este precedente, en el caso *Diapulse Corp. of America c. Carba Ltd.* (626 F.2d 1108, 2d Cir., 1980), una corte indicó lo siguiente: "The purpose of arbitration is to permit a relatively quick and inexpensive resolution of contractual disputes by avoiding the expense and delay of extended court proceedings... Accordingly, it is a well-settled proposition that judicial review of an arbitration should be, and is, very narrowly limited". 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. 349. "Because of these strong policy considerations, any defense to the enforcement or recognition of an award is construed narrowly".

En el Perú, destacamos el considerando segundo del fallo de 15 de noviembre de 2005 de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima, en el proceso sobre anulación de laudo arbitral seguido por *Repsol Comercial S.A.C. c. Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.* (Expediente No. 195-2005), en el que se indicó lo siguiente: "...del artículo setenta y tres... [de la Ley General de Arbitraje] se coligen las causales por las cuales puede ser anulado un laudo arbitral, las que al ser taxativas deben ser interpretadas en ese contexto".

expresamente establecen que las causales de anulación de los laudos arbitrales son taxativas.<sup>29</sup>

Por su parte, en lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el artículo V de la Convención de Nueva York dispone sobre este particular, lo siguiente: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte

---

<sup>29</sup> Perú (artículo 73°.- "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes..." y artículo 123°.- "Contra lo resuelto en un laudo arbitral internacional... sólo procede interponer recurso de anulación... cuando la parte que interpone la petición pruebe..."), aplicables al arbitraje nacional e internacional, respectivamente); Venezuela (artículo 45°.- "El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad... cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley"); Paraguay (artículo 40°.- "...Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados cuando..."); Panamá (artículo 34°.- "Contra el laudo arbitral interno sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por los siguientes motivos tasados..."); Honduras (artículo 73°.- "Las únicas causas de nulidad del laudo son las siguientes..."); Guatemala (artículo 43(2).- "El laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, cuando..."); El Salvador (artículo 68°.- "Las únicas causales del recurso de nulidad del laudo son las siguientes..."); Chile (artículo 34(2) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.- "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando..."); Bolivia (artículo 62°.- "Contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral sólo podrá interponerse recurso de anulación... [que] debe fundamentarse y basarse exclusivamente en las causales señaladas en el siguiente artículo"); Nicaragua (artículo 61°.- "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado..."); y, México (artículo 1457°.- "Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando...").

La jurisprudencia peruana confirma este estándar:

- Sentencia de 18 de octubre de 2002, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Hica Inversiones S.A. c. Empresa Eléctrica del Perú -Electroperú S.A. y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado -FONAFE, sobre anulación de laudo arbitral (Exp. No. 1440-02): "...la Ley General de Arbitraje... establece en su artículo setentitrés, en número cerrado, las siete únicas causales por las cuales puede demandarse la anulación de un Laudo Arbitral...".

- Fallo de 18 de abril de 2002, dictado por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Texas Petroleum Company, Sucursal del Perú c. Servicio Automotriz San Luis S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. No. 723-01): "...de conformidad con el artículo sesentiuno de la Ley General de Arbitraje...contra los laudos... procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo setentitrés de la misma Ley... de modo que en vía de interpretación de la norma no es viable crear nuevas causales de anulación, pues los dispositivos legales acotados lo prohíben".

- Sentencia en Casación de 5 de mayo de 2003, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los seguidos por Compañía Importadora y Exportadora del Perú, S.A. c. Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. CAS No. 3590-02 LIMA): "Quinto.- Que, conforme lo determina el artículo sesentiuno de la Ley General de Arbitraje... el recurso de anulación sólo puede sustentarse en las causales taxativamente establecidas en el artículo setentitrés de la Ley acotada, cuyo objeto es el de revisar su validez sin entrar al fondo de la controversia, estando prohibido la revisión del fondo de la controversia".

prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución...".<sup>30</sup>

De la misma manera, las legislaciones arbitrales de Perú, México, Venezuela, Paraguay, Panamá, Nicaragua, Honduras, Brasil, Guatemala, El Salvador y Chile, expresamente disponen que las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros son taxativas.<sup>31</sup>

#### **XI.1.5. Las causales deben ser, en principio, alegadas y probadas por quien se opone a la eficacia del laudo arbitral**

Las causales de anulación y, en su caso, de no reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, deben ser expresamente alegadas y probadas por quien interpone el recurso de anulación o se opone al reconocimiento y la ejecución, según corresponda, salvo cuando la Convención

---

<sup>30</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 582. "The first main feature is that the grounds for refusal of enforcement mentioned in Art. V are exhaustive".

<sup>31</sup> Perú (artículo 129°.- "Sólo se podrá denegar... el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... cuando se pruebe..."); México (artículo 1462°.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... cuando..."); Venezuela (artículo 49°.- "El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... sólo se podrá denegar..."); Paraguay (artículo 46°.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... cuando..."); Panamá (artículo 41°.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, si ocurre alguna de las circunstancias siguientes..."); Nicaragua (artículo 63°.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... cuando..."); Honduras (artículo 92(1).- "Se podrá denegar únicamente el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero... en cualquiera de los siguientes casos..."); Brasil (artículo 38°.- "*Somente poderá ser negada a homologacao para o reconhecimento ou execucao de sentenca arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que...*"); Guatemala (artículo 46°.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... en los siguientes casos..."); El Salvador (artículo 82(1).- "Se podrá denegar únicamente el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero... en cualquiera de los siguientes casos..."); y, Chile (artículo 36(1) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral...").

Por su parte, en la jurisprudencia peruana destaca la sentencia de 30 de octubre de 1998, expedida por la Sala de Procesos Sumarísimos de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por DIST Corporation c. Cosmos Internacional S.A., sobre reconocimiento y ejecución de laudo arbitral extranjero (Exp. 968-98). Aquí el demandado pretendió que no se reconociera y ejecutara un laudo arbitral dictado bajo los auspicios de *The Korea Commercial Arbitration Board*, argumentando, entre otros, que "...existió deficiencia en el envío de la mercadería por parte de la ahora solicitante". Sin embargo, la corte correctamente señaló lo siguiente: "Cuarto.- Que de los fundamentos esgrimidos por la empresa emplazada en el sentido de alegar deficiencias en el envío de la mercancía acordada en los contratos antes referidos resulta irrelevante, pues no constituye causal de denegación establecida por la Convención, no importando en este tipo de procesos la revisión sobre el fondo de la controversia que fue materia de arbitraje". Ver supra punto No. X.1.2.

de Nueva York o la ley aplicable autorice expresamente al poder judicial a invocar de oficio alguna causal.<sup>32</sup>

En ese sentido, los artículos 73° y 123° de la LGA peruana disponen que quien interpone el recurso de anulación debe invocar las causales en que se ampara (salvo cuando la propia norma autorice al juez a invocarlas de oficio) y debe probar su procedencia.<sup>33</sup> La regla es la misma en el artículo 129° de la LGA peruana aplicable al reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero,<sup>34</sup> que no hace más que recoger lo que dispone la Convención de Nueva York.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> En el fallo de una corte de apelaciones de Luxemburgo de 28 de enero de 1999, en los seguidos por Sovereign Participations International S.A. c. Chadmore Developments Ltd. (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIVa, 1999, pp. 714-723), sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Ginebra, se afirmó lo siguiente: "*Luxembourg undertook by this Convention to recognize arbitration agreements and not to refuse enforcement of arbitral awards rendered on the basis of an arbitration agreement unless on the grounds exhaustively listed in Art. V of the Convention. For the enforcement court to deny enforcement on one of these grounds, the party against whom enforcement is sought shall prove the existence of [one] such ground (Art. V(1)). Hence, the party seeking enforcement does not have to prove anything. The court may refuse enforcement ex officio only if the award violates [Luxembourg's] public policy or where the subject matter of the dispute cannot be settled by arbitration... (Art. V(2))*".

<sup>33</sup> Artículo 73°.- "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe". Artículo 123°.- "...cuando la parte que interpone la petición pruebe".

Similar regla existe en: Panamá (artículo 34(1).- "Cuando la parte que interpone el recurso pruebe..."); Guatemala (artículo 43(2)(a).- "La parte que interpone la petición pruebe..."); Chile (artículo 34(2)(a).- "La parte que interpone la petición pruebe"); Paraguay (artículo 40(a).- "La parte que interpone la petición pruebe que..."); México (artículo 1457(1).- "La parte que intente la acción pruebe que..."); Nicaragua (artículo 61(1).- "La parte que interpone la petición pruebe"); y, Bolivia (artículo 63(II).- "La autoridad judicial competente también podrá anular el laudo cuando la parte recurrente pruebe...").

<sup>34</sup> Artículo 129°.- "...Sólo se podrá denegar a pedido de parte el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que se haya dictado cuando se pruebe".

Similar regla existe en: Panamá (artículo 41(1).- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero... 1. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe..."); Guatemala (artículo 47(a).- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral... a. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe..."); Nicaragua (artículo 63°.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... cuando esta parte pruebe..."); y, Chile (artículo 36(1)(a).- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe...").

<sup>35</sup> Albert Jan van den Berg, "*New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)*", ob. cit., p. 583. "*The introductory sentence of Art. V(1) makes clear that the party against whom enforcement of the award is sought has the burden of proving the grounds for refusal of enforcement listed in the first paragraph*". Esto ha sido expresamente reconocido en innumerables fallos judiciales, como identifica Gary B. Born, **International Arbitration: Commentary and Materials**, 2da. Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 793. "...*Judgment of 29 October 1993... (Supreme Court of Queensland) (1995) ('the onus is upon the*

#### XI.1.6. La Convención de Nueva York, como las legislaciones arbitrales, sancionan una presunción de validez del laudo arbitral

Si tenemos presente que el poder judicial no puede revisar el fondo de la controversia, que las causales de anulación o de no reconocimiento y ejecución son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva, y que, en principio, deben ser invocadas y probadas por quién solicita la anulación o se opone al reconocimiento y la ejecución, según corresponda, necesariamente debemos interpretar que las legislaciones arbitrales, como la Convención de Nueva York, sancionan una presunción de validez del laudo arbitral.<sup>36</sup>

Por esta razón, en caso de duda, el poder judicial siempre deberá fallar en favor de la validez del laudo arbitral.<sup>37</sup>

---

*party opposing such an order' enforcing a Convention award); Roseel NV v. Oriental Commercial Shipping (UK) Ltd. ... (English High Court 1990) (1991) ('the burden rests squarely on a respondent, who resists enforcement to prove the existence of one of the grounds of refusal'); Judgment of 14 April 1983... (Geneva Court of Appeal) (1987) ('the New York Convention shifts the burden of proof by placing it on the defendant'); Judgment of 7 June 1995... (1997) (Supreme Court of Italy) (same); Judgment of 25 January 1996... (Court of First Instance, Brussels) (1997) ('the party against whom [the award] is invoked bears the burden of proof of the existence of one or more of such grounds for refusal'); Judgment of 22 February 1992... (1993) (Supreme Court of Italy) (same)..."*

<sup>36</sup> Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. 96. "The New York Convention presumes the validity of international arbitration awards and mandates their enforcement, except on extremely circumscribed procedural and public policy grounds". Ramona Martinez, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The "refusal" provisions". En: *International Law*, Vol. 24, 1990, p. 490. "The New York Convention places the burden of proving the invalidity of the award on the defendant... This establishes a prima facie case and the burden shifts to the defendant to establish the invalidity of the award on one of the grounds specified in article V". Robert B. Von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law", ob. cit., p. 346. "In establishing a prima facie case for enforcement under the Convention, the party seeking to uphold an award is required only to supply the original or certified copy of both the award and the arbitral agreement". Eduardo Zuleta, "En busca de árbitros y jueces para un arbitramento desnaturalizado". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, [www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.html), p. 9. "El laudo está cobijado por una presunción de veracidad y no podrá ser revisado en sus aspectos de fondo por el tribunal del país en el que se pretende ejecutar".

En ese sentido, una corte de apelaciones de Kong Kong en el caso *Wemer A. Block K. G. c. The N's Co. Ltd.* (1978), se pronunció así: "The application to enforce the award was made under Part IV of the Arbitration Ordinance... There is no doubt that this was a 'Convention Award', one to which Part IV applied, or that prima facie, enforcement of a Convention award may not be refused".

<sup>37</sup> Robert B. Von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law", ob. cit., p. 349. "Because of these strong policy considerations, any defenses to the enforcement or recognition of an award are construed narrowly. The presumption in any case must always be in favor of enforcing the award, unless the party opposing enforcement is able to demonstrate one of the few, narrowly construed defenses". Carolyn B. Lamm y Frank Spoorenberg, "The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention, Recent Developments", ob. cit., p. 3. "...the courts of

### XI.1.7. El interesado tiene que haber planteado en momento oportuno sus observaciones

Si como hemos afirmado el recurso de anulación y la oposición al reconocimiento y la ejecución son excepcionales y están directamente relacionados con el interés del legislador de evitar el "exceso de poder" de los árbitros,<sup>38</sup> para proponer uno u otro recurso la generalidad de las legislaciones arbitrales exigen que previamente el interesado haya planteado sus observaciones ante el tribunal arbitral, posibilitando de esa manera que se pueda corregir algún error significativo y que, además, se litigue de buena fe. El incumplimiento de este requisito será sancionado con la renuncia a plantear las causales ante el poder judicial.<sup>39</sup>

En ese sentido se pronuncian, entre otras, las legislaciones arbitrales de Suecia,<sup>40</sup> la Federación Rusa,<sup>41</sup> Alemania,<sup>42</sup> Canadá,<sup>43</sup> Guatemala,<sup>44</sup> México,<sup>45</sup> Costa Rica,<sup>46</sup>

---

*signatory countries rarely set aside awards and tend to adopt a narrow interpretation of the Convention -or apply doctrines that will permit enforcement of the award".*

<sup>38</sup> W. Michael Reisman, "Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair", ob. cit., p. 6. "Without it, whatever an arbitrator did, no matter how inconsistent it might have been with his instructions, would have produced a binding award. The arbitrator would become an absolute decision-maker and arbitration would lose its character of restrictive delegation. Excés de pouvoir is the conceptual foundation of control for arbitration". Ver supra punto No. IX.1.1.

<sup>39</sup> En ese sentido, W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3era. Ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, pp. 557-558, refiriéndose a la jurisprudencia francesa, señalan que: "Any potential ground for annulment should be brought to the arbitral tribunal's attention immediately, in order to avoid waiver of rights for failure to bring objections in a timely fashion".

<sup>40</sup> Último párrafo del artículo 34° de la Ley de Arbitraje (1999).- "A party shall not be entitled to rely upon a circumstance which, through participation in the proceedings without objection, or in any other manner, he may be deemed to have waived".

<sup>41</sup> Ver artículo 4° de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (1993).

<sup>42</sup> Ver artículo 1027° del Código Procesal Civil.

<sup>43</sup> Artículo 4° de la Ley sobre Arbitraje Comercial (1986).- "A party who knows that any provision of this Code from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object".

<sup>44</sup> Artículo 7° de la Ley de Arbitraje (1995).- "1) Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje, y no expresa su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, y no lo hace dentro de ese plazo, se entenderá renunciado su derecho a impugnar.

2) La parte que no haya ejercido su derecho de impugnar conforme al párrafo anterior, no podrá solicitar posteriormente la anulación del laudo fundado en

Chile,<sup>47</sup> Paraguay,<sup>48</sup> España,<sup>49</sup> Malasia<sup>50</sup> y el Perú en su artículo 95°: "Se considerará que renuncia a su derecho a objetar el arbitraje la parte que lo prosiga conociendo que no se han cumplido alguna disposición de la presente Sección de las que las partes pueden apartarse, o algún requisito del convenio arbitral, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o dentro de un plazo pactado".

---

ese motivo". Último párrafo del artículo 43° de la misma ley: "La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna respecto de las causales [de anulación] señaladas en el numeral 2) del presente artículo, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de revisión".

<sup>45</sup> Artículo 1420° del Código de Comercio Reformado (1993).- "Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no ha cumplido alguna disposición al presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar".

<sup>46</sup> Artículo 56° de la Ley No. 7727 (1997).- "Considérese que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la presente ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento".

<sup>47</sup> Artículo 4° de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (2004).- "Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de esta ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar".

<sup>48</sup> Artículo 7° de la Ley No. 1879/02.- "Se considerará que la parte ha renunciado al derecho de objetar cuando, conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley o algún requisito del acuerdo de arbitraje, no exprese su objeción a tal incumplimiento dentro del plazo estipulado. Si las partes no hubiesen estipulado plazo para tal efecto, éste será de cinco días hábiles, a contar del día siguiente al momento en que se tomó conocimiento del hecho".

<sup>49</sup> Artículo 6° de la Ley 60/2003.- "Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley". Sobre este particular, Fernando Mantilla-Serrano, **Ley de Arbitraje**, Iustel, Madrid, 2005, pp. 69-70, señala que esta "norma no solo en nada vulnera el derecho de defensa, sino que lo fortalece, protegiendo a una parte de la actitud reticente de otra que tan solo, una vez conocido el resultado del arbitraje, aduciría tardíamente, cuando ya nada puede hacerse para remediarla, una alegada violación que podría permitirle escapar a los efectos de un laudo desfavorable. Se trata entonces de una mera expresión de los principios de buena fe y de la prohibición de *venire contra factum proprium*".

<sup>50</sup> Artículo 7° de la Ley de Arbitraje (2005).- "A party who knows-  
(a) of any provision of this Act from which the parties may derogate; or  
(b) that any requirement under the arbitration agreement has not been complied with, and yet proceeds with the arbitration without stating its objection to such non-compliance without undue delay or, if a time limit is provided for stating that objection, within that period of time, shall be deemed to have waived its right to object".

Disposiciones como las citadas son la piedra angular del proceso de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, según corresponda, ya que alegada y probada que fuera una causal de anulación o de no reconocimiento, ésta, sin embargo, podrá no ser amparada si se demuestra que la parte alegante "renunció a su derecho a objetar".<sup>51</sup>

En el caso del Perú, el artículo 95° de la LGA se encuentra ubicado en la sección correspondiente al Arbitraje Internacional, no existiendo norma similar en la Sección Primera, referida al Arbitraje Nacional.

Si bien consideramos conveniente que en una futura reforma legislativa se incorpore a la Sección Nacional una norma como la comentada, somos de la opinión que esta regla se desprende del articulado aplicable al Arbitraje Nacional,<sup>52</sup> por lo que el poder judicial peruano deberá considerar la conducta procesal de la parte alegante al momento de resolver acerca de la procedencia de alguna causal de anulación de un laudo arbitral nacional.

---

<sup>51</sup> Es más, en el ámbito del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros al amparo de la Convención de Nueva York, Henri C. Alvarez, "La escogencia del lugar del arbitraje". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 3, Bogotá, 2005, p. 28, explica que existe jurisprudencia que exige que antes de plantear alguna de las causales dispuestas en el artículo V de la mencionada Convención, la parte interesada debe plantear previamente ese escenario vía anulación del laudo en el lugar del arbitraje: "...la corte en Minmetals Germany contra Ferco Steele Ltd. se pronunció de esta manera: 'En el comercio internacional una parte que celebre un acuerdo arbitral en una jurisdicción foránea está obligada no solo por el procedimiento arbitral local, sino también por la jurisdicción supervisora de las cortes del foro arbitral. Si el laudo es defectuoso o el arbitraje es conducido deficientemente la parte que se queje del defecto debe buscar en primera medida aquellos recursos que existan bajo esa jurisdicción supervisora. Esto debido a que por su acuerdo sobre el sitio en cuestión como la sede del arbitraje acordó no solo referir las controversias a arbitramento, sino que además la conducción del arbitraje debe ser objeto de esa jurisdicción supervisora. La adhesión a esta parte del acuerdo debe ser, en mi opinión, una política cardinal a ser considerada por una corte inglesa que considere la ejecución de un laudo extranjero'". El fallo citado por el autor se encuentra publicado en: Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIVA, 1999, pp. 739 y ss.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, el artículo 31° de la LGA peruana impone a la parte que desea recusar a un árbitro, la obligación de hacerlo inmediatamente de conocida la causal. Por su parte, el artículo 39° obliga a la parte que considere que los árbitros carecen de competencia por vicio en el convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, a oponerse al arbitraje al presentar sus pretensiones iniciales. También puede observarse la exigencia de esta conducta en las condiciones para el ejercicio de las causales de anulación establecidas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 73° de la LGA. En consecuencia, el no actuar con la diligencia y buena fe debidas, deberá condicionar, que duda cabe, la procedencia de más de una causal de anulación alegada recién ante el poder judicial.

## **XI.2. CAUSALES COMUNES CONFORME A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE PERUANA**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 73°, 123° y 129° de la LGA peruana y el artículo V de la Convención de Nueva York, existen las siguientes causales comunes para anular un laudo arbitral nacional o internacional, o para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero:

- a) Nulidad del convenio arbitral;
- b) Violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y el procedimiento;
- c) Violación del debido proceso y del derecho de defensa;
- d) Exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje;
- y, e) Materia no susceptible de arbitraje y violación del Orden Público Internacional.

Existen además dos causales aplicables a los laudos arbitrales nacionales (laudo dictado sin la mayoría requerida y laudo emitido fuera de plazo), los que sin embargo, como analizaremos más adelante, ya se encuentran incluidas dentro de una de las causales descritas en el párrafo precedente.

### **XI.2.1. Nulidad del convenio arbitral**

El inciso 1) del artículo 73° de la LGA peruana (aplicable a los arbitrajes nacionales), dispone que procede anular un laudo arbitral, si la parte alega y prueba la "...nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al Artículo 39".<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Nicaragua (artículo 61(1)(a).- "Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, estaba afectada por alguna incapacidad que vició su voluntad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); Panamá (artículo 34(1)(a).- "Que el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causas de nulidad consagradas en el Código Civil y las causales contenidas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia"); Honduras (artículo 74(1).- "La nulidad absoluta del convenio arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa solo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo"); El Salvador (artículo 68(1).- "La nulidad absoluta del convenio arbitral proveniente de objeto o causa ilícitos. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa solo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo"); Guatemala (artículo 43(2)(a)(i).- "Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca"); Costa Rica (artículo 67(g).- "El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia"); México (artículo 1457(I)(a).- "Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana"); Venezuela (artículo 44(a).- "Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje"); Paraguay (artículo 40(a)(1).- "Una de las partes en el acuerdo de arbitraje

Por su parte, el inciso 1) del artículo 123° de la LGA peruana (aplicable a los arbitrajes internacionales), establece que el laudo arbitral será anulado, cuando la parte que alegue, pruebe que "...una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de las leyes de la República".<sup>54</sup>

Las normas contenidas en los artículos 129(1) de la LGA peruana y V(1)(a) de la Convención de Nueva York (aplicables a los laudos arbitrales extranjeros), son similares al artículo citado en el párrafo precedente y serán analizadas con mayor profundidad en los siguientes párrafos.

Ahora bien, el inciso aplicable al arbitraje nacional simplemente menciona que el laudo arbitral es nulo, si es que el convenio arbitral es nulo. Pues bien, ¿cuándo un convenio arbitral nacional es nulo para efectos de la aplicación de esta causal?

Mantilla-Serrano<sup>55</sup> explica al referirse a esta misma causal contenida en la Ley de Arbitraje de España, que "[b]ajo

---

estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación paraguaya"); Haití (artículo 767.1(1).- "*Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée*"); Brasil (artículo 32(I).- "*For nulo o compromisso*"); Bolivia (artículo 63(II)(1).- "Existencia de los casos de nulidad o anulabilidad del convenio arbitral, conforme a normas del Código Civil"); y, Colombia (artículo 163(1) del Decreto No. 1818.- "La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo"). Ver también artículo 41(1)(a) de la Ley española de Arbitraje.

<sup>54</sup> Panamá (artículo 41(1)(a).- "Que una de las partes en el convenio arbitral estaba sujeta a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); Honduras (artículo 92(1)(a) y (b).- "Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad" y "[q]ue el convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo sometieron o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); El Salvador (artículo 82(1)(a) y (b).- "Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad" y "[q]ue el convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo sometieron o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); y, Chile (artículo 34(2)(a)(i) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.- "Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado").

<sup>55</sup> Fernando Mantilla-Serrano, **Ley de Arbitraje**, ob. cit., p. 234.

este motivo queda cubierto cualquier defecto imputable al convenio arbitral, ya sea por no satisfacer los requisitos formales o sustanciales que le sean aplicables o por no concurrir en su formación los elementos necesarios para que se produzca el acuerdo de voluntades. A este último respecto, también este motivo cubre cualquier alegación en relación con la capacidad de quienes han celebrado el convenio arbitral, así como cualquier alegación de no ser parte a dicho convenio...".<sup>56</sup>

Por su parte, Lohmann<sup>57</sup> entiende que cabría solicitar la anulación del laudo arbitral afirmando que el convenio arbitral es nulo, en base a cualquiera de las causales de nulidad absoluta y relativa del acto jurídico.<sup>58</sup>

Si bien la opinión de ambos expertos parece lógica, ya que si se alega y prueba que, por ejemplo, el convenio arbitral se encuentra incurso en alguna causal de nulidad del acto jurídico, éste y el laudo arbitral deberían ser declarados nulos por el poder judicial.

Sin embargo, nosotros consideramos que estas afirmaciones deben ser ubicadas dentro del contexto de lo que significa el recurso de anulación de un laudo arbitral.

En efecto, mientras que un proceso judicial de nulidad de acto jurídico debe tramitarse en la vía de conocimiento (proceso lato), el trámite procedimental del recurso de anulación es muy rápido e incidental. Por tanto, el análisis de las causales de nulidad del convenio arbitral o de alegaciones acerca de una supuesta incapacidad de una de las partes o de que no se es parte de un convenio arbitral no podrá realizarse con la misma profundidad como se daría dentro de un proceso de conocimiento.

Esta situación, en nuestra opinión, necesariamente obligará a que el análisis que deba realizar el magistrado en el proceso de anulación sea superficial, salvo si el

---

<sup>56</sup> Rafael Hinojosa Segovia, "La impugnación del laudo en la Ley de Arbitraje Española de 2003. En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 3, Lima, 2006, p. 378. "En relación con las partes, serán motivo de anulación: la falta de aptitud, que comprende, a su vez, la falta de capacidad general para ejercer derechos y concluir actos jurídicos, así como la falta de aptitud específica para disponer del objeto de la controversia".

<sup>57</sup> Juan G. Lohmann Luca de Tena, "Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia". En: Informativo Legal Rodrigo, No. 80, Lima, 1993, p. 2.64. El convenio arbitral es nulo, cuando "...se encuentra incurso en alguno de los supuestos del artículo 219 del Código Civil o en otra norma".

<sup>58</sup> Como podrían ser las causales de anulación del acto jurídico (artículo 221° del Código Civil) o, como indica Fernando Vidal Ramírez, **Manual de Derecho Arbitral**, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 150, cuando "...el convenio arbitral se hubiera celebrado bajo condición suspensiva y ésta no se hubiere verificado, o por un plazo suspensivo y éste no hubiera vencido".

tema ha sido previamente alegado, analizado y resuelto por los árbitros.

Justamente por esta razón, la LGA peruana exige para la admisibilidad de esta causal, que previamente se haya reclamado ante los árbitros su falta de competencia debido a algún defecto del convenio arbitral, como puede ser su nulidad o anulabilidad, la falta de capacidad de alguna de las partes o que alguna de ellas en realidad no es "parte" del convenio arbitral.<sup>59</sup>

En ese sentido, si ante los árbitros se alegó alguna causal de nulidad del convenio arbitral, posibilitando de esa manera que fuera debidamente analizada y resuelta por el tribunal arbitral, entonces el poder judicial al momento de merituar esta causal, estará en aptitud de reconsiderar la decisión de los árbitros. De la misma manera, si alguna de las partes alegó ante el tribunal arbitral alguna supuesta incapacidad que no sea manifiesta, como puede ser la falta de poderes de sus representantes, ello posibilitará que los magistrados revisen si lo actuado y decidido en el proceso arbitral justifica tal alegación.

En cambio, si no se dedujo el vicio ante los árbitros, una parte no puede plantearlo recién ante el poder judicial, simplemente porque el proceso de anulación es una vía tan rápida, que no permite analizar como corresponde, por ejemplo, si existió simulación absoluta o vicio resultante

---

<sup>59</sup> Sobre este particular, destaca el fallo emitido por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en una sentencia de 2 de agosto de 2004, en el procedimiento acumulado de anulación de laudo arbitral seguido por Mota & Compahia Sociedad Anónima, Transportes Lei Sociedad Anónima y Engil Sociedade de Construcao Civil Sociedad Anónima c. T & T Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima y otro (Exp. 265-2003). En este caso, las empresas demandantes solicitaron la anulación del laudo arbitral basadas, entre otros, en una supuesta nulidad del convenio arbitral, debido a que si bien se hacía referencia al arbitraje, también se establecía que todo lo concerniente al laudo sería de competencia de la justicia ordinaria de Lima. La corte, además de desestimar el fondo de esta alegación, expresamente señaló que no cabía apelar a esta causal, porque las empresas demandantes no habían impugnado la competencia del tribunal arbitral por este hecho: "QUINTO: que de la revisión de los actuados en el procedimiento arbitral se advierte que las tres actoras se opusieron al arbitraje aceptando la validez del convenio arbitral contenido en la cláusula décimo noventa del subcontrato de obra... pero alegando que a quien vinculaba esa cláusula arbitral era al consorcio que conformaban las tres empresas actoras y no a cada una de ellas por separado, asunto que se ve reflejado de los escritos presentados en el expediente arbitral por Transportes Lei Sociedad Anónima... por Engil Sociedade de Construcao Civil Sociedad Anónima... y por Mota & Compahia Sociedad Anónima... es decir, que las posturas iniciales de la actora en la causa arbitral no se enderezaron a señalar que el convenio arbitral era nulo ya que le reconocían validez aunque no eficacia respecto de ellas, tema muy distinto, y además en ningún momento sostuvieron que la referida cláusula décimo novena del subcontrato de obra fuera ambigua o no señalara un sometimiento inequívoco al fuero arbitral; por lo que basado solamente en aspecto de forma se concluye que las actoras no cumplieron con denunciar la ahora sostenida nulidad del convenio arbitral en la causa arbitral como lo señala la ley y por lo tanto no pueden fundamentar la acción de nulidad de laudo en esa causal".

de error, dolo, violencia o intimidación, etc. Es más, en el caso de alegaciones referidas a la capacidad o a que el convenio arbitral no alcanzaría a una de las partes involucradas en el procedimiento arbitral, la falta de impugnación a la competencia de los árbitros en la generalidad de los casos curará cualquier defecto.

Sin embargo, entendemos que solo en un supuesto procedería apelar a esta causal aún cuando no se hubiere reclamado previamente ante los árbitros, y es cuando el vicio que invalida el convenio arbitral es manifiesto.<sup>60</sup>

Sobre este particular, imaginemos que un menor de edad pacta el arbitraje y durante el proceso arbitral no se opone a la competencia de los árbitros. ¿Acaso la falta de alegación saneará esta nulidad manifiesta del convenio arbitral? Creemos que no, aunque también somos conscientes que habrán casos en los que las partes pudiendo alegar la nulidad manifiesta ante los árbitros no lo hacen, por lo que permitirles esperar la etapa de anulación (luego de conocido el resultado del proceso) para recién alegar la nulidad, resultaría un premio inaceptable a la mala fe.

Por ello, somos de la opinión que el poder judicial tendrá que merituar caso por caso si la nulidad es manifiesta, así como la actitud de las partes durante el proceso arbitral, a fin de que sólo proceda la aplicación de esta causal cuando existan razones más que justificadas y no simplemente actitudes oportunistas de litigantes de mala fe.

Obviamente existirán otros casos en los que la nulidad será manifiesta. Así, por ejemplo, cuando el convenio arbitral no sea "por escrito";<sup>61</sup> o cuando no se haya determinado la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.<sup>62</sup> Además, cuando se haya pactado el arbitraje

---

<sup>60</sup> Es decir, cuando el vicio se desprenda directa y naturalmente del expediente, sin necesidad de mayor prueba.

<sup>61</sup> Situación difícil que se presente, ante el contenido tan amplio que la LGA peruana da al término "por escrito" (artículos 10° y 98° de la LGA peruana). Además, debemos de mencionar que el artículo 13° de la LGA permite que se instaure el arbitraje por la sola voluntad del testador, para solucionar las diferencias que pudieran surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas. Sobre el tema, recomendamos leer a: Juan G. Lohmann Luca de Tena, "Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia", ob. cit., pp. 2.14-2.15; Juan G. Lohmann Luca de Tena, **El Arbitraje**, Para leer el Código Civil, Vol. V, 2da Ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, pp. 72-73; y, Antonio María Lorca Navarrete y Joaquín Silguero Estagnan, **Derecho de Arbitraje Español**, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 193-198.

<sup>62</sup> María Paz García Rubio, "El Convenio Arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de Diciembre de 1988". En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. V, Civitas, Madrid, 1988- 1989, p. 74. "La exigencia de determinación conlleva la invalidez del acuerdo de arbitraje relativo a relaciones meramente materiales

en relaciones jurídicas estándares sin observar los requisitos exigidos por la ley.<sup>63</sup> Sin embargo, en todos estos casos, habrá que analizar si el intercambio de la demanda y la contestación dentro del proceso arbitral sin impugnar la competencia del tribunal arbitral, constituyó un convenio arbitral, según lo dispuesto por los artículos 10° y 98° de la LGA peruana.

Ahora bien, tratándose de arbitrajes internacionales (inciso 1 del artículo 123° de la LGA peruana), lo dicho hasta este momento resulta aplicable, con las siguientes precisiones:

a. Si bien no se exige que la parte haya impugnado la competencia de los árbitros, como sí lo hace la norma aplicable al Arbitraje Nacional, de una lectura conjunta de los artículos 95° y 106° de la LGA, rescatamos la misma exigencia.<sup>64</sup>

b. La capacidad de las personas naturales y jurídicas será analizada de conformidad con las disposiciones del Código Civil,<sup>65</sup> salvo que exista algún tratado aplicable.<sup>66</sup>

---

o económicas o el referido genéricamente a cualquier asunto que pueda surgir entre las partes en el futuro, por implicar, este último, una renuncia general a la acción judicial".

<sup>63</sup> Artículo 11° de la LGA peruana.

<sup>64</sup> Aunque sería conveniente que se incorporara expresamente esta obligación en una futura reforma legislativa. La Corte Suprema de Hong Kong, en el caso *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co.* (1994), hizo mención a un caso resuelto por la Corte Suprema de España, en el que "...a respondent was barred from objecting to the competence of arbitrators at the enforcement stage because they should have done so during the arbitral proceedings".

<sup>65</sup> Artículo 2070°.- "El estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero".

Artículo 2073°.- "La existencia y la capacidad de las personas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas".

Sobre este particular, leer a: Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 2da. Ed., ICC Publications, París, 1990, pp. 45-62 ; y, Andreas Reiner, "The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention". En: ICCA Congress series, No. 9, París, 1999, pp. 81-86.

<sup>66</sup> Entre los tratados internacionales aplicables tenemos: Tratado de Montevideo (1889), Tratado de La Habana (1928), Tratado sobre el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado (1979), la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (La Paz, 1984) y la "Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero" (Panamá, 1975). Sobre este tema, recomendamos leer a: Alejandro M. Garro, "Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades". En: Themis, Revista de Derecho, No. 24, Lima, 1993,

c. La forma del convenio arbitral será analizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98° de la LGA.<sup>67</sup>

d. La validez del convenio arbitral será determinada conforme a la ley elegida por las partes y, a falta de acuerdo expreso, de conformidad con la LGA peruana.

Aquí, sin embargo, existe al parecer una falta de concordancia entre la causal y lo que dispone el artículo 99° de la LGA, ya que esta última norma establece que si el convenio arbitral "...cumple con las formalidades y requisitos dispuestos en esta Sección...", no podrá objetarse su validez. Nosotros entendemos que esta disposición, aplicable al haber las partes aceptado arbitrar en el Perú,<sup>68</sup> tendrá que ser considerada al momento de decidirse este tema.<sup>69</sup>

Por último, cuando estemos ante un procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero regulado por la Convención de Nueva York, la parte contra quien se intente ejecutar el laudo podrá oponerse al reconocimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo V(1)(a), si "...las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia".

En virtud a esta norma, procederá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero, bajo las siguientes condiciones:

a. Que la causal sea alegada y probada por quién se opone al reconocimiento del laudo arbitral.

---

pp. 13 y ss.; y, Delia Revoredo, "Derecho Internacional Privado". En: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Vol. VI, Delia Revoredo (Comp.), Lima, 1985, pp. 873 y ss.

<sup>67</sup> Artículo 98°.- "...El convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá 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. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye convenio arbitral siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

<sup>68</sup> El artículo 108° de la LGA establece que las partes se sujetan a las disposiciones de la LGA, cuando deciden arbitrar en el Perú.

<sup>69</sup> Nuevamente una referencia expresa sería conveniente en una futura reforma legislativa.

b. La capacidad será analizada conforme a la ley personal de las partes, apelando para estos efectos a las normas de conflicto de leyes peruanas o a algún tratado existente sobre la materia.<sup>70</sup>

c. La forma del convenio arbitral estará determinada por lo que dispone el artículo II(2) de la Convención, que a letra dice: "La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas".<sup>71</sup>

d. La validez del convenio arbitral dependerá de la ley elegida por las partes y, a falta, por lo que disponga la ley del lugar donde se dictó el laudo arbitral.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> 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. 192. "En lo que se refiere a la incapacidad para concretar el acuerdo arbitral, la Convención no define bajo qué ley aplicable se determina dicha capacidad, sino que señala que este asunto tendrá que resolverse recurriendo a las reglas de conflicto del país en que se pide la ejecución del arbitraje". Konstantin Razumov, "The Law Governing the Capacity to Arbitrate". En: ICCA XII International Arbitration Congress, Viena, 1994, pp. 13-14. "Article V(1)(a) of the New York Convention makes clear that capacity is not to be determined by the law chosen by the parties or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made, but by the law applicable to them; it is accepted that this refers to their 'personal' law (that of their nationality or domicile). Thus, the Tribunal sitting in Stockholm in ICC Case No. 4381/1986, (a dispute between a French claimant and an Iranian public law company), stated that 'each party's capacity to agree to arbitration is governed by that party's personal law'. This approach has been confirmed by a Swiss judicial authority, which rendered a decision providing that 'all problems concerning the legal status of a legal entity are governed by the law of the State in which it has its seat (siège) and from which it derives its legal capacity'". Ver supra citas Nos. 65 y 66.

<sup>71</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., pp. 584-585. "Except for the Italian Supreme Court, no court has doubted that the words 'the agreement referred to in article II' in ground a of Art. V(1) imply that the lack of the written form of the arbitration agreement as required by Art. II(2) constitutes a ground for refusal of enforcement of an arbitral award". Sin embargo, esta postura de los tribunales italianos ha cambiado para bien, a partir del caso Mara Confezioni SpA c. International Alltex Corporation, en el que la Suprema Corte de Casaciones de Italia (1987), reconoció la aplicación del artículo II de este tratado: "[the New York Convention]... is an uniform law; hence, in order to ascertain whether a clause calling for arbitration abroad, contained in a contract to which an Italian individual or corporation is a party, is valid and operative, reference should be made exclusively to Art. II of the Convention". Ver supra punto No. X.1.2.2., acerca de la posibilidad de aplicar la legislación local en esta materia.

<sup>72</sup> Recordemos que es práctica generalizada, el reconocer que el convenio arbitral es independiente al contrato que lo contiene (ver artículos 14° y 106 de la LGA peruana). Por tanto, la ley elegida por las partes para resolver el fondo de la controversia no se aplicará necesariamente al convenio arbitral. Como indican W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era Ed., pp. 53-54, en la gran mayoría de los casos las partes no pactan la ley aplicable al convenio arbitral, por lo que resultará de aplicación la ley del lugar del arbitraje: "Under Article V(1)(a) of the New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, the agreement to arbitrate is examined

e. Si bien esta Convención como las normas de la LGA peruana sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, guardan silencio acerca de la necesidad de que previamente se haya impugnado la competencia de los árbitros, a diferencia de otras legislaciones que sí lo exigen de manera expresa, consideramos que este requisito al ser parte de las reglas de juego en materia arbitral conforme a la LGA,<sup>73</sup> necesariamente deberá ser tomado en consideración.<sup>74</sup>

---

*either by reference to the law stipulated by the parties or, failing such a stipulation, to the law of the place of arbitration. Given the fact that the law applicable to the arbitration clause is rarely the subject of a specific stipulation, it is hardly surprising to find that most national court decisions under the New York Convention have applied the law of the country where the award was rendered".*

Justamente este fue el temperamento en el caso seguido por Deutsche Schachtbau-Und Tiefbohrergesellschaft m.b.h. c. Kas Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd., ante una corte de apelaciones de Gran Bretaña (1987): Las partes en 1976 suscribieron un contrato de explotación de petróleo, incorporando una cláusula arbitral de sometimiento a la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Surgida la controversia, se designó como sede del arbitraje a Ginebra, laudándose a favor de una de las partes. Cuando se intentó el reconocimiento y ejecución del laudo en Gran Bretaña, el oponente argumentó, entre otros, que el convenio arbitral era nulo bajo las leyes de Ras Al Khaimah, ley que era la aplicable al fondo del litigio. Sin embargo, la corte indicó lo siguiente: "*Mr Stewart Boyd, Q.C., appearing for D.S.T. ... rightly points out that an arbitration agreement constitutes a self-contained contract collateral or ancillary to the substantive agreement... and that it need not be governed by the same law as that agreement... Looking at the arbitration agreement in isolation, there can only be one answer, namely, that it is governed by Swiss law...*". También recomendamos leer el fallo del Tribunal Supremo español de 16 de abril de 1996, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en Francia, seguido por Actival Internacional S.A. c. Conservas El Pilar S.A.

<sup>73</sup> En todo caso, una reforma legislativa futura debería prever la incorporación de una norma como la dispuesta en el artículo 1076° de la Ley de Arbitraje de Holanda (1986), referida justamente a la obligación de reclamar ante los árbitros la falta de competencia como requisito necesario para la procedencia de esta causal: "*2. The ground mentioned in paragraph (1)(A)(a) above shall not constitute a ground for refusal of recognition or enforcement if the party who invokes this ground has made an appearance in the arbitral proceedings and, before submitting a defense, has not raised the plea that the arbitral tribunal lacks jurisdiction on the ground that a valid arbitration agreement is lacking*".

<sup>74</sup> Justamente sobre este particular, 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 emitido en Londres, expresó lo siguiente: "*As an initial matter, the court notes that respondent had ample opportunity to raise its objection to arbitration on the ground that the agreement to arbitrate is unenforceable prior to and during the London arbitration proceeding. It chose not to do so, however. Thus, the court finds that this ground for dismissal of the petition to confirm 'is not properly raised at this time and therefore has been waived'. La Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures v. Shaheen Natural Resources Company, Inc., 585 F. Supp. 57, 62 (S.D.N.Y. 1983) (holding that respondent waived objection to confirmation of award on ground that it was not bound by the arbitration provision because such objection was not raised before the arbitration panel)...*".

Por último, si no resulta de aplicación la Convención de Nueva York,<sup>75</sup> habrá que tener presente lo que dispone el inciso 1) del artículo 129° de la LGA peruana.<sup>76</sup> En este caso deberán observarse los mismos supuestos indicados a

---

<sup>75</sup> Como indicamos en su momento (ver supra punto No. X.1.2.), podrá resultar de aplicación el artículo 109° de la LGA, cuando: 1) tratándose de laudos arbitrales extranjeros, no se cumpla con la forma escrita del convenio arbitral exigida por el artículo II de la Convención de Nueva York; y, 2) se haya renunciado total o parcialmente al recurso de anulación de un laudo arbitral internacional y se intente su ejecución en el Perú.

Sobre el primer supuesto, debe tenerse presente que mientras el Convenio de Nueva York exige siempre la existencia de un acuerdo de arbitraje "por escrito", el inciso 1) del artículo 129° de la LGA condiciona la forma del convenio arbitral a la ley elegida por las partes o, en su defecto, a la ley del país en el que se ha dictado el laudo arbitral. De esta manera, en aplicación de la LGA solo podrá denegarse el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, cuando el convenio arbitral no cumpla con la forma dispuesta por la ley elegida por las partes o, a falta de acuerdo, por la ley del lugar donde se dictó el laudo arbitral. Este razonamiento nos lleva a postular que nuestro poder judicial deberá reconocer la validez de convenios arbitrales orales, cuando ello sea admitido por la ley aplicable. Volveremos sobre este tema más adelante, al analizar la causal de orden público internacional.

En el segundo supuesto, si las partes han renunciado al recurso de anulación tratándose de un arbitraje internacional y se pretende la ejecución del laudo arbitral en el Perú, consideramos que siempre será de aplicación la ley peruana (artículo 98°).

<sup>76</sup> Nicaragua (artículo 63(1).- "Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, estaba afectada por alguna incapacidad que vició su voluntad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); Panamá (artículo 41(1)(a).- "Que una de las partes en el convenio arbitral estaba sujeta a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); Honduras (artículo 92(1)(a) y (b).- "Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad" y "[q]ue el convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo sometieron o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); El Salvador (artículo 82(1)(a) y (b).- "Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad" y "[q]ue el convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo sometieron o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); Guatemala (artículo 47(a)(i).- "Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo"); Venezuela (artículo 49(a) y (g).- "Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje" y "[q]ue el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo ha sometido"); Paraguay (artículo 46(a)(1).- "Una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a ese respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado el laudo"); Brasil (artículo 38(I) y (II).- "*As partes na convencao de arbitragem eram incapaces" y "a convecao de arbitragem nao era válida segundo a lei a qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicacao, em virtude da lei do país onde a sentenca arbitral foi proferida"*); y, Bolivia (artículo 81(1).- "Existencia de cualquiera de las causales de anulación establecidas en el artículo 63 de la presente ley...").

propósito del Tratado de Nueva York, salvo en lo referente a la forma del convenio arbitral, que será determinada por la ley elegida por las partes y, a falta de pacto, por la ley del lugar donde se dictó el laudo arbitral.<sup>77</sup>

### **XI.2.2. Violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y el procedimiento**

El inciso 3) del artículo 73° de la LGA peruana (aplicable al Arbitraje Nacional), sanciona con la nulidad del laudo cuando la parte que alegue, pruebe que "...la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una norma legal de las que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición...".

Por su parte, el inciso 4) del artículo 123° de la LGA peruana (aplicable al Arbitraje Internacional), dispone que el laudo arbitral es nulo si la parte interesada alega y prueba que "...la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio entre las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición".

Sobre este particular, las disposiciones contenidas en la LGA peruana reconocen en las partes plena libertad para determinar prácticamente todo lo relativo a los árbitros<sup>78</sup> y las reglas de procedimiento.<sup>79</sup>

Recordemos que la LGA peruana, como la mayoría de las leyes arbitrales que basan de manera correcta su articulado en el respeto a la autonomía de la voluntad, dejan en las partes y, en su defecto, en los árbitros, un amplio margen para construir el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus intereses.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Ver supra cita No. 75.

<sup>78</sup> Ver artículos 20°, 21°, 24°, 25° y 101° de la LGA peruana.

<sup>79</sup> Primer párrafo del artículo 33°.- "Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización". Artículo 108°.- "Con sujeción a las disposiciones de la presente Sección, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones...".

<sup>80</sup> Paraguay (artículo 22°), México (artículo 1435°), Chile (artículo 19° de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), Guatemala (artículo 24°), Panamá (artículo 18°), Nicaragua (artículo 45°) y España (artículo 25°).

Justamente con la finalidad de salvaguardar esta libertad, la causal bajo comentario autoriza la anulación del laudo arbitral, cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo de las partes, siempre y cuando las disposiciones contractuales no se opongan a las normas imperativas de la LGA.

¿Cuándo resultará de aplicación esta causal en relación con la composición del tribunal arbitral? Entendemos que, en especial, cuando el tribunal arbitral no se haya constituido de conformidad con los requisitos legales (por ejemplo, número legal de árbitros, incompatibilidad, capacidad plena y abogado tratándose del arbitraje de derecho en los arbitrajes nacionales)<sup>81</sup> o contractuales (por ejemplo, cuando no se haya cumplido con los requisitos de edad, de especialización u otros que hubieren acordado las partes).<sup>82</sup>

Con respecto al procedimiento, verifiquemos que en la LGA peruana sólo la norma aplicable al Arbitraje Internacional extiende de manera expresa su manto protector a la violación del pacto de las partes respecto al procedimiento arbitral, supuesto que no aparece mencionado en la norma aplicable al Arbitraje Nacional, lo que obviamente se trata de un grave error<sup>83</sup> que debe ser corregido a la brevedad.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Como las partes al acordar arbitrar en el foro se someten a las disposiciones imperativas de la ley de arbitraje, no cabe duda que cualquiera de estas normas aplicables a los árbitros forman parte integrante del acuerdo de las partes acerca de la composición del tribunal arbitral. Ver supra punto No. VII.2.

<sup>82</sup> Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral". En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. V, Civitas, Madrid, 1988-1989, pp. 121-122.

<sup>83</sup> En cambio, otras legislaciones no han cometido el mismo error: Panamá (artículo 34(1)(b).- "Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo, no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o de conformidad con lo establecido en el presente Decreto-Ley..."); Guatemala (artículo 43(2)(a)(iv).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley"); y, Nicaragua (artículo 61(1)(d).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley"). Además: Paraguay (artículo 40(a)(4)), Venezuela (artículo 44(c)), México (artículo 1457(I)(d)), Chile (artículo 34(2)(a)(iv)) y España (artículo 41(1)(d)).

<sup>84</sup> Nosotros entendemos que esta grave omisión requiere de una modificación legislativa del inciso 3) del artículo 73° de la LGA peruana, aunque también es posible esperar que el poder judicial vía la integración del mencionado inciso con el aplicable al arbitraje internacional que sí recoge de manera expresa este supuesto (inciso 4) del artículo 123° de la LGA), proceda jurisprudencialmente con esta tarea.

Ahora bien, alegada y probada esta causal ante el poder judicial, para su procedencia el inciso 3) del artículo 73° de la LGA (Arbitraje Nacional), la condiciona a que "...la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considera afectada, sin ser subsanado oportunamente".

Por su parte, conforme al artículo 95° de la LGA (aplicable al Arbitraje Internacional), la parte que considere que se ha violado algún pacto referido a los árbitros o al procedimiento, también deberá expresar su objeción ante los árbitros, bajo pena de considerarse que ha renunciado a su derecho.

De esta manera, ninguna de las partes puede guardarse hechos que configuren irregularidades en la composición del tribunal arbitral o el procedimiento, para deducirlos recién ante el poder judicial.

En ese sentido, entendemos que la vía idónea para reclamar una deficiente constitución del tribunal arbitral será la recusación;<sup>85</sup> mientras que respecto al procedimiento, procederá la solicitud de reconsideración (artículo 58° de la LGA peruana).<sup>86</sup>

Por último, al ser esta causal excepcional, el poder judicial deberá anular el laudo arbitral siempre y cuando la irregularidad alegada ante los árbitros sea en términos sustantivos y no formales de significativa importancia, como para justificar tal decisión.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> La Corte Suprema Federal de Alemania en un fallo de 1° de febrero de 2001, en los seguidos por una empresa naviera contra un comerciante de ganado, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Londres (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 700-714), fue de la opinión que no procedía plantear alguna alegación en contra del árbitro único, ya que la parte interesada, que conocía los hechos recién alegados en sede judicial, no cumplió con recusar al árbitro dentro del proceso arbitral: "...in regular civil proceedings the right to challenge is subject to time limits... Accordingly, in accordance with the jurisprudence of the Constitutional Court (RGZ 145, 171 et seq.; 148, 1), the Supreme Court decided, as to domestic arbitral awards, that arbitrators must be challenged in the course of the arbitration. After the arbitral award has been rendered (Sect. 1039(3) ZPO old version [Signing service and filing of the award]), there is no more room for challenge. In annulment and enforcement proceedings, grounds for challenge that became known before or during the arbitration can be relied on only if it was impossible or unreasonable for the interested party to commerce challenge proceedings according to Sect. 1045 ZPO old version...". De la misma manera, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones c. Telefónica del Perú S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. 598-2003), dispuso en resolución de 8 de agosto de 2005 no amparar la anulación del laudo arbitral por una supuesta parcialidad de uno de los árbitros porque, entre otros, "el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tampoco formuló recusación contra la indicada árbitro".

<sup>86</sup> Según reforma de la Ley No. 28519 de 24 de mayo de 2005.

<sup>87</sup> En el caso *Compagnie Des Bauxites de Guinee c. Hammermills, Inc.* (United Status District Court, District of Columbia, 1992 WL 122712), la corte identificó correctamente el estándar a aplicar: "...the Court relieves that a

Por otro lado, cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el inciso d) del artículo V(1) de la Convención de Nueva York como el inciso 4) del artículo 129° de la LGA peruana,<sup>88</sup> disponen que el laudo arbitral podrá ser anulado si la parte interesada alega y prueba que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado por las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

Montoya<sup>89</sup> explica que según "...el artículo [V(1)(4)] de la Convención de Nueva York, es la voluntad de las partes la que determina la composición del Tribunal y el procedimiento arbitral, y sólo en el caso que las partes no hayan señalado nada sobre este punto se aplica la ley del país donde el arbitraje tuvo lugar".

El razonamiento de Montoya aparece como correcto a partir de una lectura literal de la norma bajo estudio. Sin embargo, dicho punto de vista genera graves problemas prácticos, cuando el pacto de las partes viola normas imperativas de la ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje.

En efecto, van den Berg<sup>90</sup> informa acerca de problemas en arbitrajes llevados a cabo en Inglaterra, cuando una de las partes incumple con designar a su árbitro y, de conformidad con las leyes arbitrales inglesas de 1950, 1979 y 1996, respectivamente, el arbitraje debe llevarse a

---

more appropriate standard of review would be to set aside an award based on a procedural violation only if such violation worked substantial prejudice to the complaining party". El caso se ubica en: Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, ob. Cit., 2da. Ed., pp. 786-793.

<sup>88</sup> Panamá (artículo 41(1)(d).- "Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en su defecto, no se han ajustado a la ley del país donde se ha celebrado el arbitraje"); El Salvador (artículo 82(1)(e).- "Que la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en defecto de tal convenio, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje"); Honduras (artículo 92(1)(e).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en defecto de tal convenio, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje"); y, Guatemala (artículo 47(a)(iv).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje"). Además: Venezuela (artículo 49(c)), Paraguay (artículo 46(a)(4)) y Nicaragua (artículo 63(1)(4)).

<sup>89</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 195.

<sup>90</sup> Albert Jan van den Berg, "Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions". En: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 2, 1987, pp. 445-447.

cabo ante el único árbitro nombrado por la otra parte. Así, al momento en que la parte ganadora del laudo intenta reconocerlo y ejecutarlo en terceros países al amparo de la Convención de Nueva York, algunas cortes, como por ejemplo las de Italia,<sup>91</sup> han amparado la alegación de deficiente constitución del tribunal arbitral, por no haberse ajustado al acuerdo de las partes (aunque sí a la ley del lugar del arbitraje).

El problema con la interpretación de Montoya y de las cortes italianas, es que si se da primacía a la autonomía de la voluntad por sobre las normas imperativas de la ley del lugar del arbitraje, el poder judicial del país en el que se dictó el laudo arbitral podría anularlo por violación de las normas imperativas del foro y, de conformidad con el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, esa anulación podría tener efectos erga omnes.<sup>92</sup>

Por esta razón, compartimos la opinión de van den Berg,<sup>93</sup> en el sentido que el inciso V(1)(d) de la Convención de Nueva York, como el inciso d) del artículo 129° de la LGA peruana, deben ser interpretados de tal manera que las normas imperativas del lugar del arbitraje prevalecerán sobre el acuerdo de las partes respecto a la composición

---

<sup>91</sup> Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, pp. 72-75. Estos autores citan el caso Rederi Aktiebolaget Sally c. S.R.L. Termarea (Corte de Apelaciones de Florencia, 1978) sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Londres. Aquí las partes, una finlandesa y la otra italiana, habían pactado un convenio arbitral para someter sus conflictos a un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. Sin embargo, al presentarse el conflicto, una de las partes se negó a designar a un árbitro, lo que motivó que el caso fuera conocido solo por el árbitro designado por la otra, de conformidad con la ley arbitral inglesa vigente en ese momento. Cuando la parte vencedora intentó ejecutar el laudo en Italia, la otra parte se opuso alegando que se había constituido el tribunal arbitral en forma distinta al pacto de las partes, lo que fue aceptado por el tribunal italiano: "However, even if we should accept as proven said provision of the English law, same is insufficient to make enforceable in Italy the arbitral award which is the subject of the present suit. In the first place, in fact, we must bear in mind that, in accordance with... Article [V] of the New York Convention, the conformity of the composition of the arbitral tribunal with the law of the country where the arbitration takes place (England, in this case) must be observed for the enforcement of the award only if the parties have not provided for a different composition of the arbitral tribunal".

<sup>92</sup> Albert Jan van den Berg, "Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions", ob. cit., pp. 446-447. "...if the agreement of the parties on the composition of the arbitral tribunal is adhered to and hence the arbitration law of the place of arbitration is not complied with, the award can be set aside at the place of arbitration. The setting aside at the place of arbitration will have as a consequence that enforcement abroad can be refused under Article V(1)(e) of the Convention...". Ver infra punto No. XI.2.7.2.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 446. "...the mandatory rules of the arbitration law of the place of arbitration override an agreement of the parties on the composition of the arbitral tribunal (and the arbitral procedure) under Article V(1)(d) of the Convention as well".

del tribunal arbitral y las reglas de procedimiento,<sup>94</sup> por lo que, si son observadas, no podrá aplicarse esta causal.<sup>95</sup>

Por último, debemos indicar que si bien esta Convención, como el artículo 129° de la LGA peruana, guardan silencio acerca de la exigencia de que se hayan alegado los supuestos vicios ante el tribunal arbitral, como sí lo hacen otras legislaciones, consideramos que al ser esta exigencia parte de las reglas de juego en materia arbitral establecidas en la LGA, deberá ser tomada en consideración.<sup>96</sup>

### **XI.2.3. Violación del Debido Proceso y del Derecho de Defensa**

El inciso 2) de los artículos 73° (aplicable al Arbitraje Nacional), 123° (aplicable al Arbitraje Internacional)<sup>97</sup> y

---

<sup>94</sup> J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Vol. II, Oceana Publications, Nueva York, 1979, p. 177. Este importante autor entiende que el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, "...provides that recognition and enforcement of an award may be refused if the award has... set aside... by a competent authority of the country on which, or under the law of which, that award was made". En consecuencia, "[t]hat provision -self-evident as it may appear - evidently incorporates all mandatory national legislative and judicial standards and by that token establishes the supremacy of law over party autonomy in regard to the choice and application of procedural law".

<sup>95</sup> Ramona Martinez, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The 'refusal' provisions", ob. cit., p. 495. La autora hace referencia a una jurisprudencia norteamericana (*Al Haddad Bros. Enterprises Inc. c. M/S Agapi*, 635 F. Supp. 205, 1986), en la que se llega a esta solución: "Al Haddad invoked the article V(1)(d) defense. In particular, the arbitration provision called for an arbitration panel composed of one arbitrator appointed by each party, and if two arbitrators did not agree, an umpire appointed by the two arbitrators would render the decision. The award was made by a sole arbitrator. Regardless, the court reasoned that the fact that the award was not rendered in accordance with the parties' agreement was not fatal. The Convention allows recognition of an award that complies with the laws of the country where the arbitration occurred. Under British law a sole arbitrator may decide a dispute; therefore, the award was not invalidated by the defense".

<sup>96</sup> En ese sentido, consideramos pertinente citar el caso *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, resuelto por la Corte Suprema de Hong Kong en 1994 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XX, 1995, p. 671). Se trató de un arbitraje que se desarrolló en China ante el CIETAC (Centro de Arbitraje oficial chino) y en el que el tribunal arbitral se constituyó de forma distinta a lo pactado por las partes, aunque en momento alguno se impugnó este hecho o la imparcialidad e independencia de los árbitros. Cuando se intentó reconocer y ejecutar el laudo en Hong Kong, la parte perdedora solicitó aplicar el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, ante lo cual la corte consideró no aplicable esta causal, por cuanto no se había impugnado la incorrecta constitución del tribunal arbitral en el lugar del arbitraje.

<sup>97</sup> Panamá (artículo 34(1)(b).- "Que... no haya sido una de las partes notificada en debida forma de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento"); Honduras (artículo 74(3) y (4).- "No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en esta ley, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia" y "[c]uando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas

129° (aplicable a los laudos extranjeros) de la LGA peruana,<sup>98</sup> como el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York, disponen que procede la anulación del laudo arbitral o su no reconocimiento, según corresponda, cuando una de las partes alegue y pruebe que "...no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos...".<sup>99</sup>

Esta es otra causal que debe ser alegada y probada por quien la invoca<sup>100</sup> y tiene por finalidad el salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.<sup>101</sup>

---

oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos, salvo el caso contemplado en el artículo 62 párrafo quinto de esta ley"); Guatemala (artículo 43(2)(a)(ii).- "Que no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales"); y, Costa Rica (artículo 67(e).- "Se haya violado el principio del debido proceso"). Además: El Salvador (artículo 68(3) y (4)), Nicaragua (artículo 61(1)(b)), Paraguay (artículo 40(a)(2)), Venezuela (artículo 44(b)), México (artículo 1457(I)(b)), Chile (artículo 34(2)(a)(ii)), Ecuador (artículo 31(b)) y España (artículo 41(1)(b)).

<sup>98</sup> Panamá (artículo 41(1)(b).- "Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier razón hacer valer sus derechos de defensa"); Honduras (artículo 92(1)(c).- "Que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos"); El Salvador (artículo 82(1)(c).- "Que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos"); y, Guatemala (artículo 47(a)(ii).- "Que, la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales"). Además: Nicaragua (artículo 63(1)(2)), Paraguay (artículo 46(a)(2)) y Venezuela (artículo 49(b)).

<sup>99</sup> Se trata probablemente de la más importante causal para anular o para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral, según corresponda. En efecto, Jason Fry, "Enforcement of the Award", documento presentado en la "Conference on the Resolution of Disputes under International Construction Contracts", ICC-FIDIC, París, 2004, p. 15, cita sobre este particular a Redfern & Hunter, quienes señalan que se trata de: "...the most important ground for refusal under the [NYC] and the Model Law". Sin embargo, seguidamente Fry cita a Fouchard, Gaillard, Goldman, quienes afirman, como confirmaremos mas adelante, que esta causal difícilmente se aplicará en la práctica: "Although this claim is often relied on in actions resisting enforcement, it is rarely accepted as justifying the refusal of recognition or enforcement in practice".

<sup>100</sup> Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia comparada consideran que es posible que esta causal pueda ser invocada de oficio por el juez, en aplicación de la causal de orden público internacional (ver infra punto No. X.2.5.). Yearbook Commercial Arbitration, A.J. Van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 654. "Art. V(1)(b) cannot be considered as having the effect that a violation of due process would not also fall under the public policy provision of Art. V(2)(b) because due process generally is conceived as pertaining to public policy. Thus, a court may also on its own motion refuse enforcement of an award for violation of due process on the basis of Art. V(2)(b)".

<sup>101</sup> En 1998 la empresa DIST Corporation inició un procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado bajo los auspicios de The Korea Commercial Arbitration Board (Seúl, Corea), contra la firma Cosmos International Sociedad Anónima. La empresa emplazada se opuso a esta solicitud

Sin embargo, el primer problema con la causal bajo estudio, es el de determinar cuál debe ser la ley que establecerá los estándares mínimos que deberán observarse.

Nosotros entendemos que tratándose de arbitrajes nacionales e internacionales, la ley aplicable siempre será la del lugar del arbitraje.

En cambio, tratándose de arbitrajes extranjeros, surge la duda acerca de si se aplicarán los estándares del lugar donde se pretende reconocer y ejecutar el laudo arbitral, los correspondientes a la ley elegida por las partes o los del lugar donde se dictó el laudo arbitral.

Sobre esto último, Quigley<sup>102</sup> considera que es válido aplicar la ley elegida por las partes y, a falta, la ley del lugar donde se dictó el laudo arbitral, aunque a renglón seguido opina que el concepto de debido proceso está tan ligado al orden público, que es de esperar que las cortes que conozcan los procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros, apliquen sus propios estándares.

Esta ha sido justamente la actitud asumida por los tribunales norteamericanos que han aplicado sus propios estándares,<sup>103</sup> pero limitando al mismo tiempo la aplicación

---

argumentando, entre otros, la falta de notificación oportuna del inicio del proceso arbitral. Sin embargo, mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 1998, la Sala de Procesos Sumarísimos de la Corte Superior de Lima (Exp. No. 986-98), señaló sobre este particular: "Quinto.- Que... de conformidad con el literal b del artículo V de la... Convención [de Nueva York], sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa... por lo que siendo insuficiente su alegación al respecto sin probar de modo alguno tal afirmación, deviene sin asidero legal su contradicción por improbada".

<sup>102</sup> Leonard V. Quigley, "Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 70, No. 7, 1961, p. 1067. "It should be noted that there is no specification of the standards for judging the propriety of the notice or the adequacy of the opportunity to be heard. By reference to the preceding clause, it can be argued that the law chosen by the parties or the law of the rendering State should govern. On the other hand, the concept of due process is closely linked with the public policy of the forum, and it can be expected that the enforcing State will apply its own standards of due process".

<sup>103</sup> Robert S. Matlin, "The Federal Court and the Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: *Pace Law Review*, Vol. 5, No. 1, 1984, p. 164. Cita el caso *Iran Aircraft Industries c. Avco Corp* (980 F. 2d 141, 2d Cir., 1992): "We have recognized that the defense provided for in Article V(1)(b) essentially sanctions the application of the forum state's standards of due process...". Osamu Inoue, "The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: A Proposal for a Standard". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, 2000, p. 247. "This so-called due process defense has been interpreted to

de esta causal sólo a supuestos en los que se pruebe de manera fehaciente que una parte no ha recibido un trato justo en el arbitraje.<sup>104</sup>

Nosotros entendemos que los poderes judiciales latinoamericanos deberán seguir esta postura, aunque corresponde preguntarse: ¿cuáles son los estándares a ser aplicados?

Obviamente entendemos que no son los aplicables al poder judicial, ya que el arbitraje se construye a partir de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, el procedimiento arbitral no se encuentra encadenado a disposiciones formales de orden público, como sí lo está el proceso judicial.<sup>105</sup>

Por esta razón, compartimos plenamente el punto de vista de Caivano:<sup>106</sup> "Pero -como ha dicho la jurisprudencia española- 'debe tenerse en cuenta que el carácter antiformalista del procedimiento arbitral... obliga a configurar... [esta] causa de nulidad... con una perspectiva más sustancial que formal, pues lo que se garantiza no es la protección de un interés rituario, sino la de ciertos derechos subjetivos constitucionales, cuyo contenido mínimo o esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico".<sup>107</sup>

Este es justamente el temperamento de la LGA peruana, que exige no sólo la identificación de hechos, sino además, y fundamentalmente, que se "haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa",<sup>108</sup> lo que implica un

---

*'essentially sanction... the application of the forum state's standards of due process'".*

<sup>104</sup> Robert B. von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law", ob. cit., pp. 358-359. "As one court has noted, this provision 'essentially sanctions the application of the forum state's standard of due process'. The courts have not, however, demanded that all of the requirements of United States due process be met. So long as a party opposing confirmation of an award received a fair hearing, courts have generally upheld the award".

<sup>105</sup> Como dijo una corte norteamericana en el famoso caso Parsons & Whittermore Overseas Co. Inc. c. Société Générale de l'Industrie du Papier (508 F. 2d. 969 (2d Cir. 1974)): "Nevertheless, parties that have chosen to remedy their disputes through arbitration rather than litigation should not expect the same procedures they would find in the judicial arena".

<sup>106</sup> Roque J. Caivano, **Negociación, Conciliación y Arbitraje**, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación -APENAC, Lima, 1998, pp. 185-186.

<sup>107</sup> En el mismo sentido se pronunció una corte norteamericana, en el caso Transport Workers Union c. Philadelphia Transportation Co. (283 F. Supp. 597, 600 (E.D. Pa. 1968)): "Although arbitration hearings are of a quasi-judicial nature the prime virtue of arbitration is its informality, and it would be inappropriate for courts to mandate rigid compliance with procedural rules".

<sup>108</sup> Sentencia de 2 de agosto de 2004, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el procedimiento acumulado de anulación de laudo arbitral seguido por Mota & Compahia Sociedad Anónima, Transportes Lei

análisis sustancial<sup>109</sup> y al mismo tiempo restrictivo de esta causal,<sup>110</sup> procediendo su aplicación únicamente cuando se demuestre de manera fehaciente, que ha sido imposible presentar el caso y defenderse adecuadamente.<sup>111</sup>

---

Sociedad Anónima y Engil Sociedade de Construcao Civil Sociedad Anónima c. T & T Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima y otro (Exp. 265-2003): "OCTAVO: que el inciso segundo del artículo setenta y tres de la Ley número veintiséis mil quinientos setenta y dos prescribe que es nulo el laudo cuando, entre otras cosas, la parte actora no ha podido hacer valer sus derechos en el proceso arbitral, habiéndose perjudicado de manera manifiesta su derecho a la defensa; es decir, que solamente puede ampararse una demanda de nulidad de laudo sosteniéndose en esta causal cuando exista una evidente vulneración al derecho de defensa de la actora que haya impedido una defensa adecuada, pero no cualquier otro tipo de nulidad en el trámite que no sea trascendente respecto de lo que se ha laudado, lo cual debe ser estudiado caso por caso". Philip Clifford y Oliver Browne, *"International Arbitration: The Line between Court Support and Interference"*. En: Latham & Watkins, London Litigation Briefing, No. 1, 2006, p. 7. "Section 68 AA [de la Ley de Arbitraje de Inglaterra] allows a party to challenge an award on the grounds of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award... provided always that they have caused substantial injustice to the applicant".

<sup>109</sup> En el fallo de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal norteamericano de 10 de junio de 2002, en los seguidos por Glencore Ltd. c. Agrogen S.A. de C.V., los jueces justamente sometieron los hechos alegados por la impugnante del laudo arbitral (negación a posponer diligencias, a admitir pruebas en idioma extranjero y a no admitir una testimonial) a un análisis sustancial, llegando a la conclusión que no se configuraba esta causal. Javier Díez-Hochleitner, "La Nueva Ley Española de Arbitraje", documento presentado en el Second Annual Conference "International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective", International Chamber of Commerce, Miami, 2004, p. 33. "...según la doctrina del Tribunal Constitucional [español] la indefensión se configura como un concepto de naturaleza material -nunca formal- por lo que sólo puede ser apreciada cuando, además de haberse producido la vulneración del procedimiento legal o convencional, se haya consumado una efectiva lesión de los derechos de defensa de alguna de las partes. Para ello, debería constatarse que la parte que alega la supuesta vulneración de sus derechos: (i) no se haya colocado ella misma en una posición provocadora de la lesión; (ii) no haya sido negligente en el ejercicio de sus derechos; y (iii) haya denunciado en tiempo oportuno la infracción invocada".

<sup>110</sup> Albert Jan van den Berg, *"New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)"*, ob. cit., p. 587. "The courts appear to accept a violation of due process in serious cases only, thereby applying the general rule of interpretation of Art. V that the grounds for refusal of enforcement are to be construed narrowly". Beatriz Boza Dibós, "Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros", ob. cit., p. 63. "El inciso primero, literal b), debe... interpretarse de manera restrictiva". Si bien ambos autores se refieren a la Convención de Nueva York, el mismo estándar debe ser aplicado a los laudos arbitrales nacionales e internacionales.

<sup>111</sup> Peter D. Trooboff & Corinne A. Goldstein, *"Foreign Arbitral Awards and the 1958 New York Convention: Experience to date in the U.S. Courts"*. En: Virginia Journal of International Law, Vol. 17, No. 3, 1977, p. 475. "Awards will be denied enforcement only if the party resisting enforcement can show that it lacked adequate notice or an opportunity to be heard, or that the tribunal's actions violated fundamental notions of fairness".

Sobre este particular, consideramos importante citar algunos considerandos de la ejecutoria de 09 de julio de 2002, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por la Unidad de Coordinación del Proyecto Sub Sectorial de Irrigación -UCPSI- del Ministerio de Agricultura c. Asociación Codursa-Civitas S.A. (Exp. 545-2001): "Sexto: Que, del expediente arbitral que se tiene a la vista se encuentra acreditado que las partes han sido debidamente notificadas tanto de la designación del árbitro como de todas las actuaciones arbitrales, habiendo la actora hecho valer su derecho de defensa presentando los escritos y alegatos que aparecen del propio cuaderno

Ahora bien, Montoya<sup>112</sup> explica que el "...supuesto más común de falta de derechos de la defensa es el que se produce cuando el demandado no es citado o lo es incorrectamente, por la forma o el momento,<sup>113</sup> incluyendo dentro de este supuesto el de la rebeldía del demandado...";<sup>114</sup> agregando seguidamente que "...no toda situación de rebeldía puede ser causa de indefensión, siendo esta la circunstancia decisiva para denegar el reconocimiento y no la mera rebeldía que puede obedecer a la propia conveniencia o interés de la parte... [ya que la] causa de denegación no es la ausencia del demandado en el procedimiento, sino... es... [el] no haber sido debidamente notificada la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje".<sup>115</sup> Nosotros consideramos que este es el

---

acompañado; Séptimo: Que, en consecuencia, la actora no ha probado de modo alguno los fundamentos de su pretensión; por lo que constituyendo la carga de la prueba un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, su incumplimiento determina la absolución de la contraria".

<sup>112</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 194.

<sup>113</sup> Es muy raro que se presenten casos extremos, como la falta de citación del inicio del arbitraje. Sin embargo, de tanto en tanto se presentan este tipo de situaciones, como se verifica del fallo de una corte de apelaciones de Bavaria de 16 de marzo de 2000 (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVII, 2002, pp. 445-450), respecto a un arbitraje seguido ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, entre un comprador ruso y un vendedor alemán, cuyo laudo arbitral no fue reconocido y ejecutado en Alemania, debido a que se demostró que la empresa alemana no había sido notificada acerca del inicio del arbitraje. Domenico Di Pietro y Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, Cameron May, Londres, 2001, p. 150, identifican el caso Sesostris c. Transportes Navales (727 F. Supp. 737 (D. Mass. 1989)), en el que una corte norteamericana no aceptó reconocer y ejecutar un laudo arbitral emitido en España, por cuanto se demostró que la parte perdedora sólo había sido informada de la existencia del arbitraje hacia finales del proceso arbitral.

<sup>114</sup> Creemos importante hacer referencia al fallo de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República peruana, en el caso seguido por Guicón Sociedad Anónima Empresa Constructora c. Evinza Contratistas Generales S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. Casación No. 574-99). Si bien es cierto que la causal invocada fue una supuesta emisión tardía del laudo arbitral, también lo es que el tema central estuvo referido a los requisitos y condiciones que se deben observar para que se considere que una parte ha sido debidamente notificada. La Corte Suprema confirmó en dos considerandos la aplicación exclusiva y excluyente del artículo 8° de la LGA, que regula, salvo pacto en contrario de las partes, la recepción de toda comunicación: "Cuarto.- Que de acuerdo con el Artículo ocho de la Ley veintiséis mil quinientos setentidos, se considera recibida toda notificación que haya sido entregada al destinatario o que haya sido enviada a su domicilio señalado o real, mediante cualquier medio que deje constancia fehaciente de la entrega, lo que en el presente caso se satisface con la certificación del secretario en los autos sobre arbitraje y el informe razonado antes referido. Quinto.- Que la notificación mediante Cedulón alude a que la esquila de notificación fue adherida a la puerta de la oficina señalada como domicilio, por no encontrarse quién la reciba, y que el Código Procesal recoge en el Artículo ciento sesentiuno, el que contiene una norma de preaviso, la que no es aplicable, por existir la norma específica en la Ley de Arbitraje citada en el considerando anterior".

<sup>115</sup> Respecto a las formalidades de las notificaciones, Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York**

estándar que deberán tener presente los tribunales de justicia latinoamericanos, cuando analicen la rebeldía de una de las partes en el arbitraje.<sup>116</sup>

---

**Convention of 1958**, ob. cit., pp. 150-151, hacen referencia a un caso decidido por un tribunal de justicia de México, en los seguidos por Malden Mills Inc. c. Hilaturas Lourdes S.A., que vale la pena citar in extenso: *"The question as to when a notice can be considered as timely and appropriate, therefore, is mainly a matter of fact and should not be approached using the formal requirements for the serving of summons as provided by national legislation. That feature was rightly considered in a Mexican case between an American company and a Mexican counterpart which were parties to an agreement for the purchase of cotton. A dispute arose and in accordance with the arbitration clause in the contract which stipulated that such differences were to be settled by arbitration under the AAA [American Arbitration Association] Rules of Arbitration in New York. When the American party, which won the arbitration, sought enforcement in Mexico, the Court of First Instance rejected the application. The Mexican Court, in agreement with what was argued by the Mexican company, found that, since all notices including summons had been served by mail, the respondent had not been properly notified of the arbitration proceedings. The Court explained that service of notices by mail was not consistent with Mexican public policy provisions relating to procedural rights of the parties. The Mexican Court of Appeal overturned the lower Court's decision. In its judgment, the Court of Appeal gave paramount importance to the fact that even though it was clear that, in that case, the summons had not been served with the formalities established by Mexican law, it was also clear that the parties had agreed that any controversy arising from the purchase and sale agreement had to be resolved through arbitration under the existing rules of the AAA. Having underlined that the Court went on to state that:*

*'...it results that the summons was made in correct form since the parties waived the formalities established by the Mexican procedural legislation regarding notices, and submitted themselves to the Rules of the American Arbitration Association which permits notices by mail, and the lower Court judge was not just in considering that the defendant should have been summoned in a different manner'.* Este potencial problema ha sido resuelto, por ejemplo, en el artículo 8° de la LGA peruana, al establecer que: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, se considerará recibida toda comunicación que haya sido entregada al destinatario o que lo haya sido en el domicilio señalado en el contrato. De no haberse señalado uno, la entrega podrá hacerse en su domicilio real o residencia habitual. En el supuesto de que no pudiera determinarse ninguno de esos lugares, tras una indagación razonable, se considerará recibida toda notificación que haya sido enviada al último domicilio real o residencia habitual conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia fehaciente de la entrega.

Serán válidas las notificaciones por cable, télex, facsímil o medios similares que inequívocamente dejen constancia de la comunicación, salvo que lo contrario estuviera previsto en el convenio arbitral o en el reglamento de la institución arbitral.

Toda comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado su entrega". El artículo 94° de la LGA peruana, aplicable al Arbitraje Internacional, contiene una disposición similar.

<sup>116</sup> Javier Gorjón Gómez, "Apuntes sobre las causas de denegación del laudo extranjero de naturaleza privada". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, [www.servilex.com.pe/arbitraje/colabora.../causas\\_denegacion\\_laudo\\_extranjero.htm](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colabora.../causas_denegacion_laudo_extranjero.htm), pp. 4-5. "Existen dos tipos de rebeldía; la rebeldía a la fuerza y la rebeldía por voluntad, táctica o estratégica, la primera es provocada por la falta de citación o por no haberla recibido oportunamente; el segundo caso se produce, cuando a pesar de haber sido citados y emplazados debidamente, conocen la existencia del proceso y no acuden al llamamiento del tribunal arbitral.

El juez... constatará plenamente que las partes hayan sido notificadas, ya que, si se hizo correctamente, el demandado no estará en condiciones de hacer alegato alguno y no procederá la excepción, de igual manera sucederá, cuando la incomparecencia no tiene otro fundamento que la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos, y a reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente aceptó, identificándose un desprecio inadmisibles de los mas elementales principios del tráfico

Por su parte, en lo que se refiere a la imposibilidad de presentar el caso y de defenderse adecuadamente, Barona<sup>117</sup>

---

jurídico... por la demandada". Osamu Inoue, "The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: A Proposal for a Standard", ob. cit., pp. 249-250, identifica los casos Biotronik Mess-und Therapiegeraete GmbH & Co. c. Medford Medical Instrument Co. (415 F. Supp. 133, 140 (D.N.J. 1976)) y Geotech Lizenz AG c. Evergreen Systems, Inc. (697 F. Supp. 1248, 1253 (E.D.N.Y 1988)), en los que las dos empresas norteamericanas que perdieron sus respectivos arbitrajes llevados a cabo en Suiza, se opusieron al reconocimiento y ejecución, argumentando, entre otros, que no tuvieron oportunidad de defenderse, aunque constaba que habían sido debidamente emplazadas. Ante esta situación, en ambos casos las cortes norteamericanas no aceptaron esta alegación, simplemente porque la causal bajo análisis no ampara a aquellos que optan estratégicamente por no participar en un arbitraje. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 984. "...the requirements of due process are satisfied where each party has been given the opportunity to present and explain its claims and evidence, regardless of whether that opportunity is actually used, or whether the parties elect instead to default. A party's 'inability to present its case' cannot result from that party's own conduct".

En ese sentido, 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, expresó lo siguiente: "In light of the above facts, respondent cannot seriously contend that it lacked notice of the London arbitration so as to justify this court's refusal to confirm the award pursuant to Art. V(1)(b) of the Convention. Respondent's alleged lack of participation in the arbitration proceeding, even if true, could only be interpreted as intentional".

<sup>117</sup> Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral", ob. cit., p. 122. Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., pp. 152-153, citan el caso seguido por Generica Limited c. Pharmaceuticals Basics Inc., en el que la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito Federal norteamericano en su fallo de 29 de setiembre de 1997, estableció correctamente el estándar aplicable: "As the Second Circuit has noted that defense basically corresponds to the due process defense that a party was not given the opportunity to be heard at a meaningful time and in a meaningful manner... Therefore an arbitral award should be denied or vacated if the party challenging the award proves that he was not given a meaningful opportunity to be heard as our due process jurisprudence defines it... It is clear that an arbitrator must provide a fundamentally fair hearing... A fundamentally fair hearing is one that meets the minimal requirements of fairness -adequate notice, a hearing on the evidence and an impartial decision by the arbitrator".

Sobre este particular, consideramos de importancia citar algunos considerandos de la ejecutoria de 26 de agosto de 2002, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Wiese Aetna Compañía de Seguros y otro c. Aguaytía Energy del Perú S.A. (Exp. 454-2002), sobre anulación de laudo arbitral: "Primero: que debe tenerse presente que el sustento doctrinario de la institución arbitral desde sus antiguos antecedentes griegos reposa, fundamentalmente, en la libertad que tienen las partes para elegir a sus árbitros... esta libertad otorgada por el Estado da lugar a que los árbitros debidamente elegidos puedan formular a las partes, a la manera del antiguo pretor romano, las reglas de juego que han de seguirse en la tramitación de la causa... Cuarto: que en este proceso debe tenerse en cuenta que en el cuaderno acompañado aparece que el Tribunal puso en conocimiento de las partes las reglas que iba a aplicar... y si bien es cierto que las partes hicieron alguna modificación a esas reglas la misma estuvo referida al plazo inicial, por lo que al no haber solicitado variar el trámite que debía seguirse se concluye que ambas partes aceptaron que se tramitara el proceso arbitral en base a lo planteado por los árbitros... Sexto: que en cuanto al inciso segundo del artículo setenta y tres de la Ley de Arbitraje por el que alega haberse perjudicado la apelante sosteniendo que no se le dejó ejercitar su derecho de defensa, es dable señalar que de autos no aparece vulneración

considera que corresponde velar porque se respeten los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes, lo que en la práctica significa que ambas partes del arbitraje deberán tener "...la misma oportunidad de alegaciones, oposiciones o contraalegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica".<sup>118</sup>

Al momento de analizar si se han respetado estos principios, debe considerarse al mismo tiempo que son los árbitros los que tienen "...la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas".<sup>119</sup> Por lo tanto, se requiere demostrar de

---

alguna del derecho a la defensa puesto que habiéndosele puesto en conocimiento de la apelante las reglas a que se iban a ceñir los árbitros, las partes apelantes sabían que a su posición arbitral debían aunar todas sus pruebas... Noveno: que por el principio de igualdad que consagra la teoría general del proceso el juez o el árbitro deben dar a las partes las mismas oportunidades dentro de una causa en trámite, en el presente caso se haría mal en conceder un régimen de excepción para una de las partes cuando ambas expresamente se han sometido a un determinado trámite, el mismo que incluso ha sido concluido con el laudo correspondiente...". Para un análisis de los antecedentes de este caso, leer a: Alfredo Costa, "Importancia de la Autonomía de la Voluntad en la determinación del Procedimiento Arbitral". En: Laudo, No. 1, Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú, Lima, 2003, pp. 3-4.

<sup>118</sup> Uno de los pocos casos reportados, en el que se denegó el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral al amparo de esta causal contenida en la Convención de Nueva York, es el seguido por Iran Aircraft Industries c. Avco Corporation (980 F.2d 141 (2d Cir. 1992)). Este caso se trató de uno de los tantos reclamos iniciados por empresas norteamericanas contra Irán luego de la revolución, al amparo del Tratado Irán-Estados Unidos que creó tribunales arbitrales ah-hoc para estos efectos. Uno de los tribunales arbitrales designados decidió no amparar el reclamo de la empresa norteamericana debido a la falta de evidencia suficiente y, en cambio, reconoció la contrademanda del gobierno iraní. Los árbitros desestimaron la demanda, por cuanto el reclamo se basaba sólo en prueba producida por auditores y no en documentos originales. Sin embargo, en las reuniones previas al inicio del procedimiento arbitral, constaba la preocupación del tribunal arbitral de que se presentaran kilos de documentos y se recomendaba la presentación de prueba producida por auditores. Justamente esta situación fue identificada por uno de los miembros del colegiado arbitral, quién consideró que el laudo arbitral en mayoría violaba el derecho de defensa. Considerando estos antecedentes, cuando Irán pretendió la ejecución del laudo arbitral en los Estados Unidos de América, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal amparó esta causal, al considerar que Avco Corporation no tuvo la oportunidad de presentar su caso.

Lo paradójico del caso, es que luego el gobierno de Irán inició un procedimiento arbitral por daños contra el gobierno norteamericano al amparo del Tratado Irán-Estados Unidos de América, considerando que se habían violado estipulaciones contenidas en dicho acuerdo internacional; pretensión que fue amparada por el tribunal arbitral correspondiente. Sobre el particular, leer a: Lucy F. Reed, "*Experience of Practical Problems of Enforcement*". En: ICCA Congress series No. 9, Paris, 1999, p. 559.

<sup>119</sup> Artículo 37° de la LGA peruana. El artículo 108° de este dispositivo aplicable al Arbitraje Internacional es similar. También: Chile (artículo 19(2)), México (artículo 1435°), Paraguay (artículo 22°), Honduras (artículo 62°), El Salvador (artículo 55°), Guatemala (artículo 24(2)) y España (artículo 25(2)).

Sobre este particular, destacamos el fallo de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de 13 de junio de 2005, en los seguidos por la Fuerza Aérea del Perú c. Consorcio Planta de Reparaciones de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. 570-2005). En

manera fehaciente que los árbitros han cometido un flagrante abuso de sus prerrogativas.<sup>120</sup>

En consecuencia, como afirma von Mehren,<sup>121</sup> "mientras que la parte que se opone a la validez del laudo haya recibido un

---

este caso se alegó, entre otros, que se había violado el derecho de defensa y el debido proceso, porque se admitió como medio probatorio la declaración de representantes del consorcio, prueba que fue solicitada por esa misma parte. Sin embargo, la corte dijo correctamente lo siguiente: "Décimo Cuarto: ...[estos] medios probatorios que fueron ofrecidos por las empresas consorciadas, en su demanda... no fueron objeto de oposición por parte de la FAP; Décimo Quinto.- Que, de otro lado, dichas pruebas se actuaron de conformidad a lo dispuesto por el artículo 37° de la Ley General de Arbitraje, en cuya virtud, los árbitros tienen la facultad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Así... se actuaron las declaraciones de parte, procediendo posteriormente, ambas partes, a efectuar las preguntas respectivas".

<sup>120</sup> Osamu Inoue, "The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: A Proposal for a Standard", ob. cit., p. 262. "...once parties agree to submit a matter to arbitration, the arbitrator has discretion to decide the scope of the evidence. To attack an arbitrator's ruling with respect to evidentiary matters, a party must make a clear showing of abuse of discretion". Un ejemplo de abuso, lo constituye el caso Paklito Investment Ltd. c. Klockner East Asia Ltd (High Court of Hong Kong, 1993). Aquí, un tribunal arbitral constituido bajo la administración del CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission), dictó un laudo arbitral en favor del demandante. Cuando el ganador intentó el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral en Hong Kong al amparo de la Convención de Nueva York, el demandado se opuso alegando la causal bajo comentario. El contrato que dio origen a la controversia estaba referido a la venta de 2500 TM de acero galvanizado que sería exportado de Turquía a China. Cuando el material fue entregado, el comprador afirmó que existían defectos en el acero y se negó a aceptar la mercadería. Esto motivó el arbitraje. Durante el proceso arbitral, el tema en discusión fue obviamente si el acero era defectuoso. Para estos efectos, el tribunal arbitral decidió designar de oficio a un perito, cuyo informe fue entregado a las partes un 8 de noviembre. Cuatro días después una de las partes solicitó al tribunal arbitral el desarrollo de un interrogatorio al perito. Sin embargo, la respuesta de los árbitros fue la expedición de un laudo arbitral sobre la base de lo informado por el perito. Ante este hecho, la corte de Hong Kong no tuvo problemas para afirmar que: "I have no doubt whatsoever that a serious procedural irregularity occurred... The plaintiffs were perfectly happy for the tribunal to rule on the basis of this unseen evidence".

Un caso similar fue el resuelto por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional c. JJC Contratistas Generales S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. No. 1632-04). En efecto, aquí una de las partes presentó un peritaje de parte conjuntamente con su escrito final de alegatos. El tribunal arbitral sólo dispuso tener presente lo expuesto. Sin embargo, dicho colegiado hizo suyo el dictamen pericial al momento de merituar el fondo de la controversia. Ante esta situación, los magistrados en su fallo de 9 de agosto de 2005 anularon el laudo arbitral, por cuanto: "Cuarto: ...[el tribunal arbitral] debió admitirlo como medio probatorio extemporáneo y proceder a su actuación previo traslado a la contraparte, empero no lo hizo y no obstante el laudo en mayoría acogió íntegramente el cuestionado dictamen sin que la otra parte tenga la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción...".

<sup>121</sup> Traducción libre del autor. Robert B. von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law", ob. cit., p. 359. "So long as a party opposing confirmation of an award received a fair hearing, courts... generally upheld the award". El autor describe además un caso que debe servir de clara guía al momento de aplicar esta causal: "For example, in Parsons & Whittemore, the court held that a United States corporation's due process rights were not infringed by the tribunal's decision not to reschedule a hearing for the convenience of the corporation's witness. The court stated

trato justo durante el arbitraje, las cortes generalmente deberán amparar el laudo".<sup>122</sup>

Por último, cabe recordar que para la procedencia de esta causal, el inciso 2) del artículo 73° de la LGA peruana (aplicable al Arbitraje Nacional) la condiciona a que el incumplimiento u omisión haya sido "...objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente",<sup>123</sup> supuesto también aplicable al Arbitraje Internacional de

---

*that inability to produce the witness 'is a risk inherent in an agreement to submit to arbitration', since arbitration does not contain protections such as the right to subpoena witnesses which a litigant may have in court".*

<sup>122</sup> Cabe aquí puntualizar que, por ejemplo, el inciso 2) del artículo 73° de la LGA peruana exige que se "...haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa...". Es decir, no basta cualquier violación, ya que se requiere que sea manifiestamente grave. Así, por ejemplo, una corte de primera instancia de Yokohama, al momento de resolver una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en China en favor de un vendedor de esa nacionalidad frente a un comprador japonés, analizó la aplicación de esta causal ante el argumento del demandado de que la citación al arbitraje había sido realizada en idioma chino, lo que habría violado sus derechos. Sin embargo, en su fallo de 25 de agosto de 1999, la corte identificó que las partes habían sometido el arbitraje al CIETAC (Centro de Arbitraje oficial chino), cuyas reglas disponen que a falta de acuerdo, el arbitraje se desarrollará en idioma chino, por lo que: "*Absent evidence that the parties had expressly agreed to the language of arbitration other than Chinese... the Court decides that the parties had agreed to arbitral proceedings conducted in Chinese language. Accordingly, the Court not finds that there had been improper notice to the defendant as to the appointment of the arbitrator and/or procedures*" (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. Van den Berg (Ed.), Vol. XXVII, 2002, pp. 515-518).

<sup>123</sup> Joan Verger Grau, "¿Se puede impugnar el Laudo Arbitral Español? En: Revista Peruana de Derecho Procesal II, Lima, 1998, p. 273. "Sin embargo, si a lo largo del procedimiento arbitral, la parte comparece y no pide la nulidad de las actuaciones, hay que entender que el defecto queda subsanado, y no podrá después, a mi juicio, pedir con éxito la nulidad del laudo por tal motivo, pues en tal caso se abriría la puerta de la picaresca procesal que permitiría guardar silencio sobre el defecto y reservarse el pedir la anulación del laudo, según fuese o no favorable". Osamu Inoue, "*The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: A Proposal for a Standard*", ob. cit., p. 254. "*A party 'cannot remain silent, raising no objection during the arbitration proceedings, and when an award adverse to him has been handled down complain of the situation of which he had knowledge from the first'*" (International Standard Electric Corp. (ISEC) c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial).

Sobre este particular, debemos de destacar la ejecutoria de 30 de abril de 2002, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Noranda Exploración Perú S.A. c. Minas Solimana S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. 717-01). La demandante solicitó la anulación del laudo arbitral, argumentando, entre otros, que se había violado su derecho de defensa y el debido proceso, dado que el árbitro decidió prescindir de la pericia contable ordenada de oficio. Sin embargo, la corte señaló que: "...debe indicarse que la empresa demandante no ha efectuado en su oportunidad reclamo expreso respecto de la resolución del árbitro... que resuelve prescindir de la prueba pericial ordenada de oficio (...) además... la... resolución arbitral, solo se limitó a dar cumplimiento al apercibimiento expresamente decretado en la resolución del árbitro número veintidós... dado que las partes (incluida la propia demandante) no efectivizaron el pago de los honorarios de los peritos designados".

conformidad a lo dispuesto en el artículo 88° de la LGA,<sup>124</sup> y a los laudos arbitrales extranjeros, al tratarse de un requisito uniforme exigido por la legislación arbitral peruana.<sup>125</sup>

#### XI.2.4. Exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje

Los artículos 73(6) (aplicable al Arbitraje Nacional), 123(3) (aplicable al Arbitraje Internacional)<sup>126</sup> y 129(3)

---

<sup>124</sup> Tal vez en una futura reforma de la LGA peruana, sería útil que se incluya una disposición como la contenida en el artículo 34° de la Ley de Arbitraje de Suecia (1999), que permite anular el laudo arbitral solo cuando *"...through no fault of the party, an irregularity has occurred in the course of the proceedings which probably has influenced the outcome of the case"*. Como bien explica Kaj Hobér, *"Arbitration Reform in Sweden"*. En: *Arbitration International*, Vol. 17, No. 4, 2001, p. 382, con una norma como ésta, queda claro que solo procede que se ampare la anulación de un laudo arbitral por esta causal, cuando *"...the party who challenges an award... prove[s] that the procedural irregularity is in fact likely to have influenced the outcome of the case"*.

<sup>125</sup> La Corte Suprema de Hong Kong, en el caso *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co.* (1994), hace mención a un fallo de la Corte Suprema Federal suiza, en el que se denegó la aplicación de la causal contenida en el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York, aun cuando el tribunal arbitral había escuchado a un experto sin la presencia de las partes, justamente porque *"...the respondent had failed to object when it was informed by the president of the tribunal shortly after the consultation had taken place. According to the Court the raising of this objection at the enforcement stage only manifested bad faith and constituted an abuse of rights"*. En el mismo sentido, una corte de apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong en un fallo de 9 de febrero de 1999, en los seguidos por *Hebei Import & Export Corporation c. Polytek Engineering Company Limited* (ICCA Yearbook Commercial Arbitration, T. XXIVa, 1999, pp. 652-677), declaró que no cabía alegar la existencia de una supuesta violación al debido proceso generada por la falta de comunicación a una de las partes acerca del desarrollo de una inspección ocular de una carga, debido a que esa parte participó activamente en el arbitraje sin que en momento alguno reclamara al respecto. Sobre el tema, leer a: Carolyn B. Lamm y Frank Spoorenberg, *"The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention, Recent Developments"*, ob. cit., pp. 9-10.

<sup>126</sup> Panamá (artículo 34(1)(c).- "Que el laudo se refiere a una controversia no contenida en el convenio arbitral, o que contiene decisiones que exceden de su ámbito o alcance"); El Salvador (artículo 68(8).- "Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido"); Honduras (artículo 74(8).- "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido"); Guatemala (artículo 43(2)(a)(iii).- "Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas"); y, Costa Rica (artículo 67(c).- "Se haya resuelto sobre asuntos no sometidos a arbitraje; la nulidad se decretará en cuanto a los puntos resueltos que no habían sido sometidos al arbitraje y se preservará lo resuelto, si fuere posible"). Además: Bolivia (artículo 63(II)(4)), Ecuador (artículo 31(d)), Uruguay (artículo 499(2)), Nicaragua (artículo 61(1)(c)), Paraguay (artículo 40(a)(3)), Venezuela (artículo 44(d)), México (artículo 1457(I)(c)), Colombia (artículo 163(8) del Decreto No. 1818), Chile (artículo 34(2)(a)(iii) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional) y España (artículo 41(1)(c)).

(aplicable a los laudos arbitrales extranjeros)<sup>127</sup> de la LGA peruana, como el artículo V(1)(c) de la Convención de Nueva York, disponen la procedencia de anular o de no reconocer un laudo arbitral, según corresponda, cuando los árbitros han excedido sus facultades al fallar sobre materia no sometida por las partes a su conocimiento.<sup>128</sup>

Caivano<sup>129</sup> explica el fundamento de esta causal: "El contenido del laudo está delimitado por los puntos litigiosos que las partes sometieron a los árbitros, quienes deben pronunciarse sobre todas las cuestiones comprometidas, sin poder extenderse a otras que las partes no han consentido en someterlas. El fundamento reside en el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros. Si las partes convinieron el arbitraje para resolver determinadas controversias, los árbitros deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites marcados por ellas. Para las cuestiones respecto de las cuales no existe pacto arbitral, queda subsistente la jurisdicción de los tribunales estatales que a ese pacto no ha sido renunciada, careciendo los árbitros de facultades para resolverlas. Un laudo arbitral que recaiga sobre ellas

---

<sup>127</sup> Panamá (artículo 41(1)(c).- "Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o no comprendidas en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá conceder el reconocimiento y ejecución a las primeras"); Honduras (artículo 92(1)(d).- "Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contenga decisiones que excedan los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras"); El Salvador (artículo 82(1)(d).- "Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contenga decisiones que excedan los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras"); y, Guatemala (artículo 47(a)(iii).- "Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras"). Además: Nicaragua (artículo 63(3)), Paraguay (artículo 46(a)(3)) y Venezuela (artículo 49(d)).

<sup>128</sup> Antes de continuar, conviene precisar que esta causal no está referida a la falta de competencia absoluta de los árbitros debido a la inexistencia o nulidad del convenio arbitral, sino a la falta de competencia relativa debido al exceso en la materia resuelta por los árbitros. Albert Jan van den Berg, *New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)*, ob. cit., p. 589: "Art. V(1)(c) does not relate to the case where the arbitrator had no competence at all because of lack of a valid arbitration agreement. This case is to be determined under ground a of Art. V(1). Ground c concerns the case where the arbitration agreement may be valid as such, but the arbitrator has given decisions which are not contemplated by or do not fall within the scope of the arbitration agreement and the questions submitted to him by the parties...".

<sup>129</sup> Roque J. Caivano, "Los Laudos Arbitrales y su Impugnación por Nulidad", ob. cit., p. 8.

importaría violentar la intención de las partes, dando a la renuncia a los jueces del Estado una extensión no deseada".

Esta es una causal que es alegada con frecuencia por quienes intentan anular o impedir el reconocimiento de un laudo arbitral, ya que para verificar si ha existido exceso en lo resuelto en el laudo arbitral las cortes tienen que entrar a analizar el ámbito de autoridad de los árbitros, lo que es aprovechado para intentar que el poder judicial revise los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyaron los árbitros al momento de expedir el laudo arbitral.<sup>130</sup>

Sin embargo, como bien explica Barona<sup>131</sup> citando una jurisprudencia española, el "...fin de la anulación por este motivo es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, sin posibilidad por tanto de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto reduciéndose a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional traspasando los límites objetivos del compromiso, no atendiéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias sino procurando inducir la voluntad de las partes".<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> William W. Park, "Judicial Controls in the Arbitral Process". En: *Arbitration International*, Vol. 5, No. 3, 1989, p. 251. "It is not always easy to trace the line separating mere error of law from an excess of adjudicatory authority. Indeed, there may be no intellectually satisfactory test for distinguishing between an arbitrator's excess of authority and an arbitrator's mere mistake in making a 'bad award'".

<sup>131</sup> Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral", ob. cit., p. 125. Antonio María Lorca Navarrete y Joaquín Silguero Estagnan, **Derecho de Arbitraje Español**, ob. cit., p. 56. Los autores citan una jurisprudencia española de 1993, en la que se reconoció que "...la Misión de los Tribunales consiste... en dejar sin efecto lo que constituya extralimitación del fallo arbitral, más no corregir sus deficiencias y omisiones, si las hubiere, ni complicar o crear dificultades, a ese móvil de paz y cordialidad que a los árbitros se confía, pues la naturaleza de este recurso no permite el examen total del fondo del asunto, siquiera la congruencia con el 'thema decidendi' no implica que los árbitros estén coactados en su misión decisoria, ni restringidos en la interpretación de las cuestiones a decidir, que deben apreciarse de modo conjunto, no aisladamente, y en relación a los antecedentes y finalidad, pudiendo reputarse la cuestión a resolver cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada...".

<sup>132</sup> Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, p. 506. El autor cita el caso *United Paperworkers Int'l Union c. Misco Inc.* (484 U.S. 29, 38 (1987)), en el que una corte norteamericana dispuso lo siguiente: "Because the parties have contracted to have disputes settled by an arbitrator chosen by them rather than by a judge, it is the arbitrator's view of the facts and the meaning of the contract that they have agreed to accept... as long as the arbitrator is even arguably construing or applying the contract and acting within the scope of his authority, that a court is convinced he committed serious error does not suffice to overturn his decision". Es más, la corte aclaró que no es su función "...to hear claims of factual or legal error by an arbitrator as an appellate court does in reviewing decisions of lower courts". Marianella Ledesma Narváez, "Laudos arbitrales y medios impugnatorios", ob. cit., p. 17. "Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los

Esto significa que el poder judicial no puede entrar a revisar si los árbitros interpretaron los hechos o el derecho aplicable en forma errónea, ya que esa función compete, única y exclusivamente, a los miembros del tribunal arbitral.<sup>133</sup>

---

árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales, de intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse. Por eso si el recurso se admite se limita a anular, nunca a considerar lo justo o injusto de una decisión”.

El mismo principio es aplicable al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros al amparo de la Convención de Nueva York, como se verifica en varios fallos judiciales identificados por Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, ob. cit., pp. 809-810. “...*Judgment of 8 January 1995... (Swiss Federal Tribunal) (1997) ('The appellant forgets that the enforcement court does not decide as an appellate instance; the merits of an award cannot be reviewed under the cover of public policy')*; *Judgment of 24 November 1993... (Luxembourg Cour Supérieure de Justice) (1996) ('The New York Convention does not provide for any control on the manner in which the arbitrators decide the merits, with as the only reservation, the respect of international public policy. Even if blatant, a mistake of fact or law, if made by the arbitral tribunal is not a ground for refusal of enforcement of the tribunal's award')*; *Inter-Arab Investment Guarantee Corp. v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements... (Belgian Cour d'Appeal 1997) (1997) ('The Court shall not examine the reasoning [of the arbitrators] as an appellate court. The examination of incoherent and contradictory reasoning belongs to an appellate jurisdiction...')*; *Judgment No. 8469 of 11 July 1992... (Italian Supreme Court 1992) (1997) ('The New York Convention does not take into consideration a review of the merits in case of default')...*”.

<sup>133</sup> Esto fue justamente lo solicitado por el Consorcio M.P.M.-APU S.R.L. en el proceso de anulación de laudo arbitral seguido contra el Seguro Social de Salud -ESSALUD ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. 462-2002), ya que solicitó la anulación del laudo arbitral y de su aclaración e integración, alegando que los árbitros habían fallado considerando actos inexistentes y en violación al texto expreso de un documento. En otras palabras, esta empresa pretendía que el poder judicial analizara el fondo de la controversia. Sin embargo, la corte mediante fallo de 16 de septiembre de 2002 no amparó esta solicitud, sobre la base del siguiente considerando: “Sétimo: que con respecto al punto d) se debe señalar que el accionante mediante su escrito... ha solicitado por los mismos argumentos la aclaración del laudo, pronunciándose el Tribunal Arbitral mediante la resolución de fecha quince de febrero del año en curso denominada aclaración e integración de laudo arbitral de derecho... por lo que no es función de este órgano jurisdiccional entrar al fondo de la controversia, según lo dispone el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje”.

De manera similar, la Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC Sociedad Anónima solicitó a la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la anulación del laudo arbitral emitido a favor de la Compañía Importadora y Exportadora del Perú S.A., argumentando, entre otros, que el laudo arbitral no se ajustaba al mérito de lo actuado y al derecho, solicitud que fue amparada en una primera instancia, al considerar los magistrados que “...el Tribunal Arbitral no puede afirmar que la empresa CIMEX ha cumplido con su obligación de obtención de las cesiones de posesión contractual de todos los contratos con los terceros adquirentes de los locales del Mercado Arriola, si no se han tenido a la vista todos esos contratos, por lo que concluye que el laudo no se sujeta al mérito de lo actuado” (citado en el cuarto considerando de la sentencia en casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. CAS No. 3590-02 LIMA, de 5 de mayo de 2003). Sin embargo, el supremo tribunal de justicia del país declaró fundado el recurso de casación, al considerar correctamente que el inferior jerárquico había ingresado a analizar el fondo de la controversia, lo que está expresamente vedado (ver supra cita No. 26).

Justamente sobre este particular, destaca el caso seguido por *Mobil Oil Indonesia Inc. c. Asamera Oil (Indonesia) Ltd. y Benedum-Trees Oil Company*, ante una corte federal de Nueva York.<sup>134</sup>

En 1968 las partes suscribieron un contrato de concesión, mediante el cual los demandados autorizaron a Mobil Oil la explotación de hidrocarburos en una zona determinada de Sumatra, Indonesia, a cambio del pago de una cantidad de dinero y royalties por la producción de "crudo". En el contrato se pactó la sumisión a arbitraje.

En 1971, al descubrir Mobil Oil un rico depósito de gas natural, surgió un conflicto acerca de si los royalties debían ser pagados también por la explotación del gas o solo por el petróleo, por lo que de conformidad con el pacto arbitral, las partes acudieron al arbitraje, y, en un laudo en mayoría, el tribunal arbitral interpretó que la palabra "crudo" incluía al gas natural y no solo al petróleo.

Cuando se inició el proceso de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en los Estados Unidos de América, Mobil Oil se opuso argumentando que los árbitros habían excedido sus facultades, ya que el contrato de concesión era claro al establecer que los royalties sólo debían ser honrados por la explotación del petróleo. Sin embargo, la corte federal norteamericana decidió no amparar la alegación de Mobil Oil, ya que la interpretación de los hechos y el derecho correspondía de manera exclusiva a los árbitros, y, por lo tanto, era cosa juzgada.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> 487 F. Supp. 63 (1980).

<sup>135</sup> En el mismo sentido se pronunció otra corte norteamericana en *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Societe Generale de L'Industrie Du Papier* (508 F.2d 969 (2d. Cir. 1974)): "*The appellant's attack on... \$60,000 awarded for start-up expenses... cannot withstand the most cursory scrutiny. In characterizing the \$60,000 as 'consequential damage' (and thus proscribed by the arbitration agreement), Overseas is again attempting to secure a reconstruction in this court of the contract- an activity wholly inconsistent with the deference due arbitral decisions on law and fact... Although the Convention recognizes that an award may not be enforced where predicated on a subject matter outside the arbitrator's jurisdiction, it does not sanction second-guessing the arbitrator's construction of the parties' agreement*".

También debemos destacar la sentencia expedida por la Sala de Procesos Sumarísimos de la Corte Superior de Lima (Exp. No. 986-98), en los seguidos por DIST Corporation c. Cosmos International Sociedad Anónima, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en Corea. En este caso, la empresa emplazada se opuso al trámite de reconocimiento argumentando, entre otros, que DIST Corporation habría incumplido sus obligaciones contraídas en los contratos que dieron mérito al arbitraje. Sin embargo, los magistrados se pronunciaron de la siguiente manera. "Cuarto.- Que de los fundamentos esgrimidos por la empresa emplazada en el sentido de alegar deficiencias en el envío de la mercadería acordada en los contratos antes referidos resulta irrelevante, pues no constituye causal de denegación establecida por la Convención [de Nueva York] no importando en este tipo de procesos la revisión sobre el fondo de la controversia que fue materia de arbitraje".

Pero, ¿qué pasa cuando una de las partes alega no que hubo una mala interpretación de los hechos o el derecho, sino simplemente que los árbitros fallaron más allá de lo permitido en el acuerdo de arbitraje? ¿Hasta donde debe alcanzar la revisión del poder judicial?

Barona<sup>136</sup> nuevamente sirve de ayuda, cuando explica que "...en determinados supuestos la cuestión principal lleva aparejada la resolución de temas accesorios; lo que significa que, aunque los árbitros resuelvan dichas cuestiones accesorias, necesarias para resolver el asunto principal, no debe entenderse que se han extralimitado en su ámbito de competencia, y, por tanto, habrá que entender que respecto a estas cuestiones accesorias no tendría cabida la posibilidad de plantear la anulación por este motivo".

Este es justamente el temperamento de la LGA peruana, la que en su artículo 44° dispone que los árbitros son "...competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso".<sup>137</sup>

Al no tener el poder judicial facultades para revisar el fondo de la controversia, su función debe ser interpretada de manera restrictiva;<sup>138</sup> y, al poseer el tribunal arbitral

---

<sup>136</sup> Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral", ob. cit., p. 125.

<sup>137</sup> Debemos destacar el fallo pronunciado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República de fecha 15 de abril de 2002, en el caso No. 3406-2001-LIMA, seguido por La Positiva Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. c. Triplay Enchapes S.A.-TRENSA y otro, sobre anulación de laudo arbitral. En este caso, la compañía de seguros interpuso recurso de anulación contra un laudo arbitral referido al pago de una póliza de seguros, argumentando que se habría laudado sobre una materia no sometida a arbitraje, "...causal que la aseguradora entiende presente por el hecho de que al establecerse el monto correspondiente al lucro cesante el Tribunal reajustó el valor de la obligación en función a la inflación utilizando el Resultado por Exposición a la Inflación (REI) para determinar el resultado operativo de la empresa TRENSA en el año 1994 (que era uno de los factores de la fórmula establecida en la póliza de seguro para determinar la cobertura por lucro cesante); reajuste que conlleva a que la obligación de lucro cesante también se vea reajustada y al que se encontraba imposibilitado el Tribunal por falta de pacto en la póliza de dicho reajuste y por no ser objeto de controversia...". Aun cuando como bien identifica el fallo supremo, este tema fue expresamente alegado en la demanda, observado por la compañía de seguros en su contestación a la demanda y discutido y resuelto expresamente por los árbitros, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima anuló el laudo arbitral, lo que en opinión correcta de los vocales supremos "...ataca la decisión del árbitro respecto a su apreciación de derecho, más no así, resuelven la causal de Anulabilidad, la que por lo demás... no se ha presentado". En consecuencia, la Corte Suprema de la República declaró fundado el recurso de casación interpuesto.

<sup>138</sup> *Fertilizer Corporation of India c. IDI Management, Inc.* (517 F.Supp. 948 S.D. Ohio 1981): IDI afirmó que el tribunal arbitral había excedido su

amplias facultades para interpretar los hechos y el derecho, así como para resolver cualquier cuestión subsidiaria, accesoria o incidental y, en general, cualquier pretensión que hubiera sido sometida y sustanciada por las partes dentro del procedimiento arbitral,<sup>139</sup> el contenido del convenio y del laudo arbitral necesariamente deben ser interpretados de manera extensiva;<sup>140</sup> lo que significa que, además, ante la duda, necesariamente deberá resolverse en favor del arbitraje.<sup>141</sup>

---

autoridad, al haber otorgado una indemnización de daños y perjuicios a la otra parte, en contra de un supuesto pacto expreso. Sin embargo, la corte señaló que: *"We therefore agree with FCI that this Court, acting under the narrow judicial review of arbitral awards granted to American courts, may not substitute its judgment for that of the arbitrators"*.

<sup>139</sup> Recordemos que el intercambio de demanda y contestación dentro de un arbitraje, sin que se impugne la competencia de los árbitros, es un supuesto de convenio arbitral (artículos 10° y 98° de la LGA peruana). Esto significa que, como explica van den Berg, *Yearbook Commercial Arbitration*, A. J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 656, algunas veces la materia sometida a conocimiento del tribunal arbitral puede ser válidamente mayor a la contenida en el convenio arbitral original: *"...the tribunal's mandate may be broadened by the parties' submissions beyond the scope of the arbitration clause if during the arbitration both parties explicitly or tacitly agreed to such an extension"*.

En ese sentido, destacamos la sentencia de 19 de junio de 2004, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. 384-2003), en los seguidos por la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (Edelnor) c. Estación de Servicios El Obelisco S.A., sobre anulación de laudo arbitral. Según consta de los considerandos del fallo, Edelnor y su contraparte suscribieron a finales del año 1996 un contrato para la reubicación de unas líneas de alta tensión que pasaban muy cerca de la estación de servicios. Dicho contrato contaba con un convenio arbitral, en el que las partes pactaron que cualquier discrepancia respecto a la interpretación y/o ejecución del contrato se sometería a un arbitraje administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Surgida una controversia, El Obelisco demandó en sede arbitral una indemnización por daños y perjuicios, sustentando su pretensión en las disposiciones sobre responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil. En el laudo arbitral, los árbitros ampararon la demanda de El Obelisco conforme a las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. Ante esto, Edelnor demandó la anulación del laudo arbitral, alegando que se había fallado sobre una materia no sometida a arbitraje en el convenio arbitral, ya que las partes únicamente habían acordado someter a arbitraje controversias contractuales. Sin embargo, la corte correctamente afirmó lo siguiente: "Quinto: ...debe destacarse que Edelnor conforme al derecho que le otorga la ley, no formuló oposición total o parcial al arbitraje... por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, conforme al artículo treintinueve de la Ley General de Arbitraje; SEXTO: El artículo diez de la Ley de la materia acotada... en el último párrafo, preceptúa que se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención; SEPTIMO: Siendo esto así, no habiendo Edelnor cuestionado en la forma prevista en la ley, la petición efectuada por la Estación de Servicios El Obelisco Sociedad Anónima de someter a arbitraje y por tanto a la decisión del Tribunal Arbitral el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización por responsabilidad extracontractual y en atención a que la referida petición (responsabilidad extracontractual) si fue materia sometida al conocimiento de los Árbitros, el pedido de anulación de Laudo por la causal referida en el inciso sexto del artículo setentitrés de la Ley General de Arbitraje número 26572, debe desestimarse".

<sup>140</sup> En *Management & Technical Consultants S.A. c. Parsons-Jurden International Corp.* (820 F. 2d 1531, 1534 (9<sup>th</sup> Cir. 1987)), la corte dijo: *"...we construe*

Siguiendo estas condiciones, cuando no exista de manera manifiesta exceso por parte de los árbitros y "...en la medida que hay[a] algún sustento (aunque sea aparente) para sostener que el árbitro evaluó si era o no competente, debe ordenarse el reconocimiento del laudo arbitral. Es decir, basta que el árbitro de buena fe haya considerado que el punto cae bajo su jurisdicción para que el laudo sea irrevisable".<sup>142</sup>

En consecuencia, sólo será procedente aplicar esta causal cuando se pruebe de manera fehaciente que, de una superficial lectura del convenio y del laudo arbitral, los árbitros han excedido manifiestamente sus facultades.<sup>143</sup>

Sin embargo, aún probada la causal, su procedencia necesariamente estará condicionada a que previamente haya sido alegada de forma expresa por la parte interesada ante los árbitros, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39° y 106° de la LGA peruana, referidos a la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia.

En efecto, si bien no existe en la LGA peruana una exigencia expresa a que la parte impugne la competencia del tribunal arbitral como requisito indispensable para plantear esta causal,<sup>144</sup> el artículo 95° de la LGA aplicable al arbitraje internacional la recoge

---

*arbitral authority broadly to comport with the enforcement-facilitating thrust of the Convention and the policy favoring arbitration".*

<sup>141</sup> Peter D. Trooboff & Corinne A. Goldstein, "Foreign Arbitral Awards and the 1958 New York Convention: Experience to date in the U.S. Courts", ob. cit., pp. 477-478.

<sup>142</sup> Beatriz Boza Dibós, "Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros", ob. cit., p. 64.

<sup>143</sup> Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. c. Societe Generale De L'Industrie Du Papier (508 F. 2d. 969 (1974)). La corte norteamericana expresamente indicó que: "...the court may be satisfied that the arbitrator premised the award on a construction of the contract and that it is 'not apparent'... that the scope of the submission to arbitration has been exceeded". Como bien indica Robert B. von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law", ob. cit., p. 359, "[t]he defense that an award exceeds the arbitrator's authority has also not proved very useful for parties opposing enforcement of awards. Courts have held that the Convention 'does not sanction second-guessing the arbitrator's construction of the parties' agreement' nor would it be proper for a court 'to usurp the arbitrator's role'. Thus they will not permit parties to relitigate matters already decided by the arbitrators, and will confirm awards even where there may be errors of fact or of law".

<sup>144</sup> Sería conveniente que, en una próxima reforma de la LGA peruana, se incluya una norma como la contenida en el artículo 817° del Código Procesal Civil italiano (según reforma de 1994).- "A party who, during the arbitration proceedings, fails to raise the objection that the pleadings of the other party exceed the limits of the arbitration agreement or clause, may not file a recourse for setting aside the award on this ground".

indirectamente<sup>145</sup> y, además, se desprende inequívocamente del hecho de que estamos ante materia de libre disposición de las partes, por lo que si una de ellas no impugnó en su oportunidad la competencia de los árbitros, habrá necesariamente que entender que sometió la controversia a conocimiento de los árbitros.<sup>146</sup>

En ese sentido, resulta ilustrativo el caso seguido por Westland Helicopters Ltd. c. Sheikh Salah Al-Hejailan, en el que una de las partes solicitó la anulación del laudo arbitral, afirmando que el tribunal arbitral no tenía competencia según el convenio arbitral para sancionar el pago de intereses. Sin embargo, la *High Court, Queen's Bench Division* en su fallo de 9 de julio de 2004, consideró que como la solicitante no había impugnado ante los árbitros su competencia para condenar el pago de una suma de dinero, ya no cabía alegarla recién en sede judicial.

También corresponde precisar que los artículos citados de la LGA peruana y de la Convención de Nueva York, expresamente establecen que la anulación o el no reconocimiento, según corresponda, sólo afectará los puntos no sometidos a decisión, siempre y cuando tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Artículo 95°.- "Se considerará que renuncia a su derecho a objetar el arbitraje la parte que lo prosiga conociendo que no se han cumplido alguna disposición de la presente Sección de las que las partes puedan apartarse, o algún requisito del convenio arbitral, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o dentro de un plazo pactado". En ese mismo sentido se pronuncia Christian Herrera Petrus, "Spanish perspectives on the doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability: A comparative analysis of Spain's 1988 Arbitration Act". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, No. 3, 2000, p. 405. "In our view, the answer to this question must be found in Article 4... [o, en nuestro caso, en el artículo 95° de la LGA] which provides a broad interpretation of party waiver of rights. A party who does not timely contest jurisdiction during the arbitral proceedings also loses its right to contest this question at a later stage in court proceedings".

<sup>146</sup> También en el capítulo referente al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de la LGA peruana, sería conveniente incluir en una próxima reforma legislativa, una norma como la contenida en el artículo 1076(4) de la Ley de Arbitraje de Holanda (1986).- "4. The ground mentioned in paragraph (1)(A)(c) above ["the arbitral tribunal has not complied with its mandate"] shall not constitute a ground for refusal of recognition or enforcement if the party who invokes this ground has participated in the arbitral proceedings without raising it, although it was known to him that the arbitral tribunal did not comply with its mandate".

<sup>147</sup> Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral", ob. cit. p. 141. "Si la anulación del laudo proviene de la estimación de la 1.a Parte del n. 4 del art. 45 (cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión) siempre que éstos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal, el laudo seguirá teniendo eficacia en lo restante. [En este caso] ...se permite la anulación parcial del laudo, lo que significaría la anulación de aquellos puntos no sometidos a la decisión del árbitro... pero se considerarán como plenamente eficaces aquellos otros puntos que tengan sustantividad propia y que no aparezcan como indisolublemente

Esto significa que la causal bajo comentario afectará esencialmente a los laudos arbitrales que contengan excesos en la materia (extra petita o ultra petita),<sup>148</sup> pero no cuando los árbitros fallen omitiendo resolver sobre alguna materia sometida a su conocimiento (infra petita).

Es más, en aquéllos estados en los que se sanciona con la anulación del laudo el fallo infra petita,<sup>149</sup> debe tenerse presente que no debe ampararse esta causal, salvo que la parte interesada haya solicitado la integración del laudo arbitral ante los árbitros,<sup>150</sup> sin que hubieran corregido la omisión.<sup>151</sup>

En ese sentido, destaca el caso Torch Offshore LLC c. Cable Shipping Inc., en el que la High Court, Queen's Bench Division decidió en un fallo de 4 de abril de 2004, que no procedía anular un laudo arbitral debido a que los árbitros habían dejado de resolver uno de los extremos demandados, por cuanto, entre otras razones, el interesado no había agotado los remedios dispuestos en la Ley de Arbitraje inglesa. Más precisamente, el impugnante no solicitó al tribunal arbitral la emisión de un laudo arbitral adicional.<sup>152</sup>

Por último, en lo que respecta a los artículos 129° de la LGA peruana y V(1)(c) de la Convención de Nueva York, compartimos la opinión de Montoya,<sup>153</sup> en el sentido que "...la incongruencia por defecto (infra petita) no constituye una causal para la denegación de la ejecución,

---

unidos a los anulados". Ver: Yearbook Commercial Arbitration, A. J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, pp. 657-658, acerca de los casos en los que se han reconocido y ejecutado parcialmente laudos arbitrales.

<sup>148</sup> Ver supra cita No. 126, en la que se identifican las legislaciones arbitrales latinoamericanas que sólo sancionan con la anulación los fallos arbitrales extra o ultra petita.

<sup>149</sup> Uruguay (artículo 499(3)), Costa Rica (artículo 67(b)) y Brasil (artículo 32(V)).

<sup>150</sup> Ver supra punto No. VIII.9.

<sup>151</sup> Juan G. Lohmann Luca de Tena, "Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia", ob. cit., p. 2.65. "...si alguna de las partes cree que los árbitros olvidaron algo, debe procurar que el defecto se remedie prontamente... No es correcto que dejen pasar la oportunidad para luego pretender la nulidad".

<sup>152</sup> En: *ITA Monthly Report*, Vol. III, No. 1, July 2004, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/july2004/](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/july2004/). Sin embargo, la legislación arbitral de Costa Rica parece establecer, al menos en parte, una solución diferente: artículo 57(b) de la Ley No. 7727.- "Se haya omitido pronunciamiento sobre asuntos sometidos al arbitraje, sin cuya resolución resulte imposible la eficacia y validez de lo resuelto".

<sup>153</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 195.

ya que... la Convención de Nueva York [ha]... omitido toda referencia a él, y por consiguiente, un laudo arbitral en estas condiciones puede ser ejecutado... ya que no se incluye este hecho como una de las causas de denegación".<sup>154</sup>

#### **XI.2.5. Materia no susceptible de arbitraje y orden público internacional**

El inciso 7) del artículo 73° de la LGA peruana (aplicable al Arbitraje Nacional), establece que el poder judicial, de oficio o a pedido de parte, podrá anular el laudo arbitral, total o parcialmente, "...si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1°...".<sup>155</sup>

Por su parte, el inciso 5) del artículo 123° de la LGA peruana (aplicable al Arbitraje Internacional), la última parte del artículo 129° del mismo cuerpo normativo y el Artículo V(2)(a) y (b) de la Convención de Nueva York (aplicables estos últimos a los laudos extranjeros),<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Yearbook Commercial Arbitration, A. J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 657. "Ground c (or any other ground for refusal of enforcement listed in Art. V of the Convention) does not mention an arbitral award in which not all (counter) claims submitted to the arbitral tribunal have been disposed of (the so-called award *infra petita*). Considering that one of the main features of Art. V is that it lists the grounds for refusal exhaustively, an award *infra petita* does not qualify for refusal of enforcement. It is to be pointed out that most modern arbitration laws provide for the possibility of obtaining an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the arbitral award (see, e.g., UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Art. 33(3)). The additional award can in turn be enforced under the Convention. The courts in Luxembourg confirmed that an award *infra petita* does not lead to a refusal of enforcement under the Convention...".

<sup>155</sup> Panamá (artículo 34(2).- "Que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a la ley panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño"); Guatemala (artículo 43(3)(i) y (ii).- "Que según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje" y "[q]ue el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala"); y, Costa Rica (artículo 67(d) y (f).- "La controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje" y que "[s]e haya resuelto en contra de normas imperativas o de orden público". Además: Chile (artículo 34(b) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), México (artículo 1457(II)), Venezuela (artículo 44(f)), Paraguay (artículo 40(b)), Nicaragua (artículo 61(2)), Honduras (artículo 74(9)), El Salvador (artículo 68(9)), Bolivia (artículo 63(I)) y España (artículo 40(e) y (f)).

<sup>156</sup> Panamá (artículo 41(2).- "a) Que según el presente Decreto-Ley, el objeto de la controversia no es arbitraje; b) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de Panamá); El Salvador (artículo 82(2).- "La Corte Suprema de Justicia, de oficio, podrá denegar el reconocimiento o la ejecución cuando compruebe que según las leyes de la República el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o el laudo es contrario al orden público internacional"); Honduras (artículo 92(2).- "La Corte Suprema de Justicia, de oficio, podrá denegar el reconocimiento o la ejecución cuando compruebe que según las leyes de la república el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional"); y, Guatemala (artículo

disponen que procede anular o no reconocer un laudo, según corresponda, cuando el poder judicial compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional.

Antes de continuar, conviene aclarar que hemos decidido analizar ambas causales (materia legalmente no arbitraje y orden público internacional) conjuntamente, ya que la doctrina mayoritaria considera (creemos con razón) que "...la arbitrabilidad forma parte del concepto general de orden público".<sup>157</sup>

Esta inclusión de la materia controvertida dentro del orden público tiene, como veremos al final de este apartado, una consecuencia fundamental, cual es la de que no deben aplicarse mecánicamente a los arbitrajes extranjeros (y tampoco a los internacionales), todos los supuestos de prohibición en razón de la materia controvertida establecidos para los arbitrajes nacionales o domésticos.

Ahora bien, ¿qué se entiende por orden público?<sup>158</sup> Lo primero que debemos indicar, es que en nuestros

---

47(b)(i) y (ii).- "Que según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o [q]ue el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público del Estado de Guatemala"). Además: Chile (artículo 36(b) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), México (artículo 1462(II)), Venezuela (artículo 49(f)), Paraguay (artículo 46(b)) y Nicaragua (artículo 63°).

<sup>157</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 198. Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: *International Lawyer*, Vol. 13, No. 2, 1979, p. 270. El autor al referirse a las causales establecidas en el artículo (V)(b) de la Convención de Nueva York, indica que: "*These last two contain the inevitable exception of public order: if the judge finds that recognition and enforcement of the foreign award would be contrary to the public policy of his country, he may refuse recognition and enforcement; the same is true when the subject matter of the dispute would not be capable of settlement by arbitration in his country, which is merely another way of saying that recognition and enforcement would be against public policy*". Frank Griffith Dawson, "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?", ob. cit., p. 204. "Los conceptos de arbitrabilidad y orden público están estrechamente vinculados o son posiblemente idénticos, en especial cuando la legislación excluye expresamente del arbitraje algunos tipos de conflicto. Decidir que un conflicto no puede ser solucionado mediante arbitraje es simplemente otra forma de decir que el reconocimiento o la ejecución discreparía con el orden público, según se estipula en la legislación, con decisiones judiciales previas, o en general con principios de derecho". Andrew I. Okekeifere, "Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law". En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 2, No. 2, 1999, p. 70. "*Arbitrability in international arbitration is closely linked to public policy considerations. When a nation holds a particular class of disputes as unarbitrable it is normally based on public policy considerations*".

<sup>158</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 205. "El concepto de orden público es elástico, difícil de aprehender y definido inadecuadamente, aunque aparece en la mayoría de legislaciones

ordenamientos jurídicos se diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional. En efecto, Silva y Sancho<sup>159</sup> entienden que el orden público "...puede tener una doble interpretación según sea el ámbito donde se desarrolla el Derecho Interno o el Derecho Internacional, el primero que se desenvuelve dentro del Derecho Privado de cada país, en relación con aquellas normas que no pueden ser derogadas por acuerdos de los particulares...<sup>160</sup> [y el] segundo se refiere a la inaplicación de las normas extranjeras que siendo originariamente aplicables produjeran una violación de los principales principios inspiradores del ordenamiento jurídico del Foro".<sup>161</sup>

Siguiendo esta línea de razonamiento, los hermanos Tovar<sup>162</sup> consideran que es "...evidente que toda norma de orden público internacional es a su vez norma de orden público interno, pero... no toda norma de orden público interno es de orden público internacional... [con lo que puede

---

nacionales de arbitraje y en convenios internacionales, incluyendo la Convención de Nueva York". Marta Gonzalo Quiroga, **Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la globalización comercial**, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 52-53. "Autores de la talla de Savigny se han referido al estudio de la categoría del orden público como una de las más difíciles, sino la más, dentro de todas las construcciones teóricas del derecho. De manera similar, en nuestros días, E. Jayme alude a su dificultad expresando literalmente que: 'No hace falta decirlo para saberlo, basta con experimentarlo: el orden público constituye el tema más angustiante de la teoría general del DIPr'. Nos encontramos, pues, ante la parte más desconocida y menos acabada en este ámbito jurídico".

<sup>159</sup> Citados por María del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, **Derecho Internacional Privado**, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987, p. 121.

<sup>160</sup> Marta Gonzalo Quiroga, **Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la globalización comercial**, ob. cit., p. 67. "Existe un primer nivel interno, dentro de cada Estado, donde el orden público se entiende en sentido amplio como el conjunto de normas imperativas y criterios locales que se encuentran por encima de los límites a la libertad de la que gozan las partes en la caracterización del contrato sin que éstas puedan alterarlo ni derogarlos".

<sup>161</sup> William Laurence Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards". En: *Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, 1988, p. 197. "Many countries make a distinction between *ordre public interne* and *ordre public international*. This distinction means that international arbitration awards are to be tested only against principles of public policy which have international import. In distinguishing between public policy and international public policy, Pieter Sanders has commented, 'The notion of the latter is more restricted than the former. International public policy, according to a generally accepted doctrine, is confined to violation of really fundamental conceptions of the legal order in the country concerned. International public policy has principles both of substance and of procedure, but in either case it is less burdensome than its domestic counterpart'".

<sup>162</sup> María del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, **Derecho Internacional Privado**, ob. cit., p. 122. Hakeem Seriki, "Enforcement of foreign arbitral awards and public policy -a note of caution". En: *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Part 3, 2000, p. 196. "Public policy may be divided in two broad headings -domestic public policy and international public policy. It follows that what is considered to pertain to public policy in domestic cases does not necessarily pertain to public policy in international cases".

afirmarse] que no toda norma de orden público interno tiene el efecto de impedir la aplicación de una norma jurídica extranjera competente conforme a la norma conflictual, aún cuando sea contraria a su contenido".<sup>163</sup>

De esta manera, como bien explica Lew,<sup>164</sup> la función fundamental del orden público internacional es la de proporcionar "...una barrera que impide el pase de una ley extranjera, antes que una corte nacional aplique una ley extranjera o reconozca una sentencia extranjera..." y sólo debe aplicarse "...cuando la ley o la sentencia extranjera es inconsistente con los principios fundamentales del orden público o viole el sentido de la justicia y decencia u ofenda los conceptos legales o sociales del forum".<sup>165</sup>

Obviamente, el principal problema que se presenta en la aplicación del orden público internacional, es el de determinar su contenido,<sup>166</sup> ya que una "...utilización

---

<sup>163</sup> Marta Gonzalo Quiroga, **Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la globalización comercial**, ob. cit., p. 69. "Todas las normas de orden público internacional se incluyen dentro de la noción de orden público interno, pero no todas las normas de orden público interno forman parte del orden público internacional. Por ello, el orden público internacional selecciona únicamente aquellos modelos de normas, pertenecientes al orden público interno de cada Estado, que estrictamente deben ser aplicadas a las situaciones de tráfico privado externo".

<sup>164</sup> Citado por Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, Cultural Cuzco, Lima, 1988, pp. 195-196. 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, Paris, 2004, p. 7. "In classical conflict of laws of Private International Law, the idea was that the normal conflict of laws rules lead to the application of a particular law, but when the application of that particular law would result in a decision fundamentally repugnant to fundamental concepts of the legal system, by way of exception, the court would be required not to apply the law designated by the conflict of laws rule after all, but instead would have to apply the substantive law of the forum, the *lex fori*. This classic concept still applies, and it is now known as negative decision international public policy".

<sup>165</sup> Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., p. 100. "...la noción de orden público internacional señala Bethold Goldman es esencialmente interno; él impide la aplicación de leyes extranjeras que sean contrarias a los fundamentos morales, políticos y sociales de una colectividad nacional determinada o a la eficacia de ciertas normas legislativas del Estado que el juez encarna. El contenido del orden público interno de uso internacional es más restringido que el orden público relativo a las relaciones de derecho interno". Hakeem Seriki, "Enforcement of foreign arbitral awards and public policy -a note of caution", ob. cit., pp. 195-196. "The role of public policy is to serve as the guardian of the fundamental moral convictions or policies of the forum".

<sup>166</sup> Magnus Eriksson, "Arbitration and Contracts involving Corrupt Practices: The Arbitrator's Dilemma". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 4, No. 4, 1993, pp. 378-379. "Public policy -or ordre public- is an ambiguous concept and its content is inherently difficult to define since it inevitably varies from one country to another and changes over time. Such ambiguity 'is one of the essential characteristics of public policy'. Public policy is usually considered to reflect the fundamental social, economic, legal and political norms of a society and covers those standards which 'are so sacrosanct as to require [their] maintenance at all costs and without exception'. Such standards in one state may obviously not be seen as fundamental in another state with a different legal system, based on

irrestringida de la excepción de orden público llevaría inexorablemente a la negación del Derecho Internacional Privado... [pero al mismo tiempo] una jurisprudencia excesivamente permisiva podría llevar a la corrosión de nuestro sistema jurídico al contravenir sus principios rectores".<sup>167</sup>

Sobre este particular, la doctrina internacional considera como normas de orden público internacional, "...las referentes al derecho de familia, como aquellas que prohíben la poligamia, que prohíben o autorizan, según las legislaciones respectivas, el divorcio vincular o la investigación de la paternidad, las que organizan el régimen monetario del país... etc.".<sup>168</sup>

En los países latinoamericanos no existe disposición legal alguna que identifique las normas que deben considerarse como parte del orden público internacional de cada uno de los estados,<sup>169</sup> por lo que el tema quedará en manos de los respectivos poderes judiciales para ser resuelto caso por caso.

Esta situación nos lleva a considerar de suma importancia el análisis de la práctica de los tribunales extranjeros. Según Sanders,<sup>170</sup> sólo en tres de los cien casos que ha tenido conocimiento acerca de la aplicación de la Convención de Nueva York, se ha denegado el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero conforme a la causal de orden público.<sup>171</sup> Esto demuestra que esta causal solo

---

*different values and norms. Similarly, the values embodied by public policy in a given system develop and change over time". Vesselina Shaleva, "The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia". En: Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 67. "Difficulties arise...when an attempt is made to define those principles and values that constitute the public policy of a particular state".*

<sup>167</sup> María del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, **Derecho Internacional Privado**, ob. cit., pp. 119-120.

<sup>168</sup> Yron Luossouarn y Pierre, citado por Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., p. 195.

<sup>169</sup> María del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, **Derecho Internacional Privado**, ob. cit., p. 124. Los autores consideran correctamente que "...elaborar una suerte de lista que indique taxativamente aquellas normas que deben considerarse como parte del orden público internacional resulta... una pretensión ingenua que incluso ha sido calificada como de imposible o irrealizable por tratadistas de renombre".

<sup>170</sup> Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., p. 271.

<sup>171</sup> Fouchard, Gaillard, **Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 999. "In fact, although parties often base their actions resisting enforcement on Article V, paragraph 2(b) of the Convention, that ground is rarely accepted by the courts as justifying a refusal of recognition or enforcement".

procede en muy contados casos:<sup>172</sup> cuando se violen disposiciones fundamentales del foro.

Así, en los Estados Unidos de América la defensa del orden público ha sido interpretada de manera restrictiva, procediendo su aplicación únicamente cuando la ejecución del laudo signifique violar nociones básicas de justicia y moralidad.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Stuart I. Silverman, "Towards a Uniform Code of Ethical Norms for Commercial Arbitrators". En: American Bar Association, Section on International Law and Practice, International Commercial Arbitration Committee, Newsletter, 1994, Vol. 1, p. 7. "The drafters of the New York Convention intended the public policy defense under Article V.2(b) to be construed narrowly". Saul Perloff, "The ties that bind: The limits of autonomy and uniformity in International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 4. "...the decisional law of signatory states demonstrates that national courts almost uniformly interpret the public policy exception... narrowly and by reference to the underlying intent of the Convention". Philip J. Mc Connaughay, "The risks and virtues of Lawlessness: A "Second Look" at International Commercial Arbitration". En: Northwestern University Law Review, Vol. 93, No. 2, 1999, pp. 469-470. "...in nations that have confronted the issue, public policy uniformly has been interpreted narrowly to foreclose review for errors of law or fact".

<sup>173</sup> Decisión de la Corte Suprema Federal norteamericana, en el caso *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Societe Generale de L' Industrie du Papier* (508 F. 2d 969 (2d Cir 1974)). "We conclude, therefore, that the Convention's public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice". Beatriz Boza Dibós, "Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros", ob. cit., p. 65. La autora describe este caso, en el que la empresa norteamericana que fue obligada por un laudo arbitral a pagar una indemnización, solicitó a su poder judicial que denegara el reconocimiento y la ejecución del laudo, amparada en la causal de orden público. Para justificar dicha causal, alegó que abandonó la obra que estaba construyendo en Egipto, debido al rompimiento de relaciones diplomáticas entre los Estados Unidos de América y Egipto, días antes del inicio de la guerra de los seis días. Sin embargo, la corte norteamericana se negó a amparar el pedido, ya que consideró correctamente que la acción de la empresa norteamericana era un típico incumplimiento contractual, que nada tenía que hacer con el orden público internacional.

Georges R. Delaume, "Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement". En: The American Journal of International Law, Vol. 91, 1997, p. 480, identifica otro caso reciente muy parecido al anterior, seguido por *National Oil Corporation of Libya (NOC) c. Libyan Sun Oil Company*. Aquí una empresa norteamericana dejó de ejecutar sus obligaciones emanadas de un contrato de concesión petrolera, bajo el argumento de que el estado norteamericano había prohibido a los ciudadanos de ese país viajar a Libia. Sin embargo, el tribunal arbitral no aceptó esta alegación y condenó a la empresa a pagar una suma de dinero a favor de su contraparte. A su vez, cuando Libia pretendió ejecutar el fallo arbitral en los Estados Unidos de América, la empresa alegó la causal de orden público. Sin embargo, la corte, amparada en el caso *Parsons*, declaró sin lugar esta defensa.

Por su parte, en *MGM Productions Group, Inc. c. Aeroflot Russian Airlines*, una corte federal del Southern District of New York se enfrentó a una oposición por parte de Aeroflot a que se reconociera y ejecutara un laudo arbitral dictado en su contra en Suecia, argumentando, entre otros, que se había violado el orden público, ya que el contrato violaba, valga la redundancia, regulaciones federales norteamericanas que prohibían a las empresas de ese país comerciar con Irán. Sin embargo, el juez consideró que el contrato de consultoría celebrado no violaba ninguna orden ejecutiva y, aunque así hubiera sido, dijo: "Assuming arguendo that the Agreement did violate the Executive Orders and OFAC Regulations, Aeroflot has not convinced the Court that the public policy defense supports its cause. The public policy defense to enforcement of an arbitral award applies only where enforcement would violate

En aplicación de este estándar, se han denegado en dicho país la mayoría de las alegaciones basadas en esta causal.<sup>174</sup> El mismo comportamiento se observa en otros estados, como Alemania,<sup>175</sup> Suiza,<sup>176</sup> Inglaterra,<sup>177</sup> Hong

---

*the forum state's 'most basic notions of morality and justice'... Here, Aeroflot unconvincingly alleges that the Agreement violates the United State's foreign policy respecting Iran. It has not persuaded the Court that the Agreement violates our country's 'most basic notions of morality and justice'".* El fallo se ubica en: [www.kluwerarbitration.com/arbitration/abr/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=80256](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/abr/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=80256).

<sup>174</sup> Alexis Moure y Luca G. Radicati di Brozolo, "Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, No. 2, 2006, p. 188. "...annulments and refusals of enforcement on grounds of public policy are now only rare exceptions...". Algunos casos pueden ubicarse en: William Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding procedural integrity in International Arbitration". En: *Tulane Law Review*, Vol. 63, No. 3, 1989, pp. 701-702; y, Robert S. Matlin, "The Federal Court and the Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., pp. 172-175. Por su parte, Albert Jan van den Berg, "Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few. Arbitration in the next decade". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 1999, identifica que hasta 1999, en sólo once casos esta defensa ha sido exitosa.

<sup>175</sup> Kenneth Ungar, "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration". En: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 25, No. 3, 1987, p. 751. "States parties to the New York Convention have interpreted this section narrowly... the courts of the Federal Republic of Germany have 'repeatedly held that in the case of a foreign award not every infringement of mandatory (Zwingend) provisions of German law constitutes a violation of public policy; that accept a violation of policy in 'extreme cases only'...". Hakeem Seriki, "Enforcement of foreign arbitral awards and public policy -a note of caution", ob. cit., pp. 196-197. "In Germany the courts apply international and not domestic public policy. The courts have repeatedly held that in the case of a foreign award not every infringement of mandatory provisions of German law constitutes a violation of public policy; they accept a violation of public policy in extreme cases only". Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 599. "The Court of Appeal in Hamm stated that a violation of public policy 'only exists under German law if the arbitral award violates a rule which regulates the basic principles of public or economic life or if it plainly contradicts, in an intolerable way, the German concepts of justice'".

<sup>176</sup> Kenneth Ungar, "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 751. "Swiss courts will refuse enforcement, 'where the innate feeling of justice is hurt in an intolerable manner, where fundamental provisions of Swiss legal order have been disregarded, or where Swiss legal thinking compels prevalence over the applicable or applied law". Hakeem Seriki, "Enforcement of foreign arbitral awards and public policy -a note of caution", ob. cit., p. 197. "...the Swiss courts have also maintained that a violation of Swiss public policy will be deemed to be present only where the innate feeling of justice is hurt in an intolerable manner, where fundamental provisions of Swiss legal order have been disregarded, or where Swiss legal thinking compels prevalence over the applicable or applied law. Hence, the scope of public policy is narrower than in the case of a direct application of Swiss law".

<sup>177</sup> ICC Commission on International Arbitration, "Final Report on Intellectual Property Disputes". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, No. 1, 1998, p. 63. "The English courts have developed a narrow view of public policy. In *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Company*, Sir John Donaldson MR stated: 'Considerations of public policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution... It has to be shown that there is some element of illegality or that enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or,

Kong,<sup>178</sup> España,<sup>179</sup> Canadá,<sup>180</sup> Corea del Sur,<sup>181</sup> Suecia,<sup>182</sup> Irlanda,<sup>183</sup> Nueva Zelanda,<sup>184</sup> entre otros.<sup>185</sup>

---

*possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public on whose behalf the powers of the State are exercised".*

<sup>178</sup> La High Court of Hong Kong Special Administrative Region, en un fallo de enero de 1998, en el caso Hebei Import and Export Corporation c. Polytek Engineering Company Ltd., siguió el criterio norteamericano, al establecer que: *"The test we would... adopt is whether, in all the circumstances of the case, it would violate the most basic notions of morality and justice of the Hong Kong system if the foreign award in question is to be enforced"*.

<sup>179</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de junio de 1985: "...ya esta misma Sala, en sentencia de 28 de Noviembre de 1994, precisó lo que debía entenderse por orden público a los efectos del artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje, que tal y como se manifiesta en su propia Exposición de Motivos habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución cuyo intérprete máximo no puede ser otro que el Tribunal Constitucional, con arreglo a cuyas declaraciones debe entenderse que para que un laudo arbitral sea contrario al orden público, será preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Norma Suprema, garantizados a través de la misma (Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 Abril de 1986), siendo éste el parecer mayoritario de las Audiencias Provinciales (así, Zaragoza de 6 de Septiembre de 1991, Madrid de 26 de Noviembre de 1991, 15 de Abril de 1992, 22 de Septiembre de 1992, 18 de Octubre de 1993), sin que en el Laudo discutido pueda admitirse atisbo alguno de haberse conculcado tal concepto".

<sup>180</sup> En el caso Arcata Graphics Bufallo Ltd. c. Movie (Magazine) Corp., una corte de Ontario "...adoptó el principio de que, para poder rehusarse a ejecutar un laudo de conformidad con el apartado ii) del inciso b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Ley Modelo [de UNCITRAL] el laudo debía ser contrario a la moralidad sustancial del Estado...". (citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, de 04 de noviembre de 1993). Por su parte, en el caso Estados Unidos de México c. Marvin Roy Feldman Karpa, la Corte Superior de Justicia de Ontario en su fallo de 3 de diciembre de 2003, dijo: *"The courts of this province have consistently held that for an arbitral award to be interfered with as being against public policy, it 'must fundamentally offend the most basic and explicit principles of justice and fairness in Ontario... The Applicant must establish that the awards are contrary to the essential morality of Ontario"*. Ver también el caso seguido por Re Corporation Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. c. STET International, S.p.A. (CLOUT Case 391: Superior Court of Justice (Lax J.), 22 September 1999).

<sup>181</sup> La Corte Suprema de Corea del Sur, en el fallo No. 93Da 53054 de 14 de febrero de 1995, dispuso que la excepción de orden público internacional debía ser interpretada de manera restrictiva y que sólo procedía cuando el laudo *"...is contrary to the good morality and other social order of Korea..."*.

<sup>182</sup> En el caso Dirland Télécom S.A. c. Viking Telecom AB, una corte de apelaciones dispuso el 29 de diciembre de 2003, que solo cabe apelar al orden público cuando se violan principios fundamentales. En este caso, Viking vendió a Dirland 150,000 unidades de un router especial creado para el mercado de telecomunicaciones de Francia. Dirland reclamó la existencia de defectos en el producto y resolvió el contrato, a lo que Viking respondió iniciando un arbitraje exigiendo el pago por los bienes y una indemnización. Los árbitros finalmente fallaron en favor de Viking. Seguidamente, Dirland inició un procedimiento de anulación del laudo arbitral, argumentando que se había violado el orden público sueco, ya que se habrían infringido disposiciones mandatorias que regulan este tipo de contrato. Sin embargo, la corte no amparó las alegaciones de Dirland, estableciendo expresamente que la causal de orden público debe ser aplicada de manera restrictiva.

<sup>183</sup> En Brostrom Tankers AB c. Factorías Vulcano S.A., el conflicto se presentó luego de que la segunda de las nombradas informara que no iba a poder cumplir a tiempo con el contrato para la construcción de un buque. El tribunal arbitral falló en favor de Brostrom quién luego solicitó el reconocimiento y la

Nosotros consideramos que este estándar debe ser el aplicable en nuestra región para los laudos arbitrales extranjeros que se pretendan ejecutar al amparo de la Convención de Nueva York. En consecuencia, por ejemplo, la exigencia de que los laudos nacionales sean motivados (norma de orden público interno), no deberá ser exigida a los laudos extranjeros,<sup>186</sup> porque su falta de observancia no viola principio fundamental alguno del foro.<sup>187</sup>

---

ejecución del laudo ante los tribunales de Irlanda. En su fallo de 19 de mayo de 2004, la High Court de Irlanda fue de la opinión que "orden público" comprende únicamente los casos de violación de las más importantes nociones de moralidad y justicia. La referencia del caso se ubica en: ITA Monthly Report, October 2004, Vol. III, No. 4, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/october2004/](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/october2004/).

<sup>184</sup> El 11 de marzo de 2004, una corte de apelaciones de Nueva Zelanda, en los seguidos por Amaltal Corp. Ltd. c. Maruha (NZ) Corp. Ltd. sobre anulación de laudo arbitral, expresamente indicó que "orden público" está referido a principios fundamentales de derecho y justicia. La referencia del caso se ubica en: ITA Monthly Report, January 2005, Vol. III, No. 7, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/january2005/](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/january2005/).

<sup>185</sup> En Pulsarr Industrial Research B.V. c. Nils H. Nilsen A.S., una corte de Vardo (Noruega), señaló lo siguiente en su fallo de 10 de julio de 2002, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo CCI dictado en París: "*The court does not deem that enforcement of the present award would be contrary to public policy... and it would be contrary to Norwegian international law to overrule such an award in the absence of extraordinary circumstances*". Sobre este particular, leer a Vesselina Shaleva, "*The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia*", ob. cit., pp. 68-70, que identifica antecedentes similares en Luxemburgo.

Pierre Mayer y Audley Sheppard, "Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 1, Bogotá, 2004, pp. 215-216, identifican el caso Krombach c. Bamberski seguido ante el Tribunal de Justicia Europeo (2000), en el que se afirmó lo siguiente: "El recurso a la cláusula de orden público... puede concebirse únicamente cuando el reconocimiento o la ejecución de la sentencia en otro Estado contratante pudiese discrepar en grado inaceptable del orden jurídico del Estado en el cual se pretenda la ejecución, en cuanto que viole un principio fundamental (...) La violación tendría que constituir una violación manifiesta de una norma del derecho considerada fundamental en el orden jurídico del Estado en el cual se pretenda la ejecución o de un derecho reconocido como fundamental dentro de dicho orden jurídico".

<sup>186</sup> Dominique T. Hascher, "*Enforcement of Arbitral Awards -The New York, Panama and Montevideo Conventions*". En: The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement, 1997, p. 111. "*The term 'public policy' means the international public policy of the country where enforcement is sought, as the aim of paragraph 2 (b) is merely to ensure that the fundamental legal interests of the state in question are respected. The mere fact that it contravenes the... state's domestic public policy does not justify refusal to recognize and enforce an award. Hence, the fact that the award is not reasoned or that there is an even number of arbitrators should not constitute a reason for refusal solely on the ground that this is not permitted by the law of the place where enforcement is sought*". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era Ed., p. 367. "*...on one occasion, the courts of France recognized an English award which was not reasoned... The Court of Appeals stated that: '...the failure to give reasons, although contrary in principle to French procedure is not contrary to French international public policy, if it is permitted by the foreign law', Cour d'appel of Nancy, 29 January 1958... To the same effect, see also Cour de cassation, 22 November 1966... and Provenda S.A. v. Alimenta S.A. decision of the Swiss Federal Tribunal, 12 December 1975...*". En el mismo sentido se

Es más, en líneas generales resulta difícil encontrar supuestos en los que procederá la aplicación de esta causal, cuando se esté ante la presencia de laudos arbitrales extranjeros dictados respecto de asuntos netamente comerciales.<sup>188</sup>

Entendemos también que el mismo estándar deberá ser aplicado en caso se pretenda la anulación de un laudo arbitral internacional.<sup>189</sup>

---

pronunció una corte de Vardo (Noruega), en los seguidos por Pulsarr Industrial Research B.V. c. Nils H. Nilsen A.S., sobre reconocimiento y ejecución de un laudo CCI dictado en París (fallo de 10 de julio de 2002). También cabe citar el fallo de un tribunal de primera instancia de Bruselas de 25 de enero de 1996, en los seguidos por Inter-Arab Investment Guarantee Corporation c. Banque Arabe et Internationale d'Investissements (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXII, 1997, pp. 643-668), sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Amman, en el que se afirmó lo siguiente: "...the duty to render a reasoned decision is not a principle of public policy in Belgian private international law". Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., p. 190, identifican el caso seguido por Bobbie Brooks Inc. c. Walter Banci S.a.s., en el que una corte de apelaciones de Florencia en un fallo de 8 de octubre de 1977, reconoció y ejecutó un laudo arbitral emitido en Londres que carecía de motivación.

<sup>187</sup> Otro supuesto que creemos debería ser amparado por el poder judicial, es el siguiente: A y B domiciliados en norteamérica, pactan someter a arbitraje su divorcio. Asumamos que de conformidad con la ley del estado en el que domicilian, es posible recurrir al arbitraje para solucionar este conflicto (como de hecho está permitido en algunos estados de norteamérica). Pues bien, si luego alguna de las partes intenta ejecutar el laudo en el Perú, consideramos que debe ser reconocido y ejecutado, aún cuando, por la materia, si el laudo fuera nacional sería anulado. La razón es muy sencilla: De conformidad con el artículo 2081° del Código Civil, el derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal. Si de conformidad con la ley de dicho domicilio es posible acudir al arbitraje, no se viola norma alguna de orden público internacional peruana, si se pretende ejecutar el laudo arbitral en el país.

<sup>188</sup> Por esta razón, Lucy F. Reed, "Experience of Practical Problems of Enforcement", ob. cit., p. 568, identifica que solo en muy contados casos ha procedido el amparo de esta causal. Es más, aclara que jamás ha sido aplicada por las cortes inglesas: "Despite steady, and occasionally desperate, attempts by respondents to exploit the public policy exception to enforcement under Art. V(2)(b) of the New York Convention, the ramparts rarely fall. The English courts, for example, have not applied this exception once". En todo caso, uno de los posibles casos en los que resultaría de aplicación esta causal en temas comerciales privados, podría ser cuando existan actos de corrupción, como el que nos describe a continuación Bernardo M. Cremades, "Corrupción y arbitraje de inversión". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 3, Bogotá, 2005, p. 57. "El primero, y tal vez el laudo más renombrado que trata directamente la corrupción, fue dictado en 1963, en el Caso CCI n.º 1110. El arbitraje versaba sobre una reclamación de comisiones por parte de un agente argentino, respecto a contratos de obras públicas adjudicados por el régimen del presidente Juan Domingo Perón en Argentina. El contrato tenía por objeto que el demandante llevara a cabo un tráfico de influencias con antiguos miembros del régimen y parte importante de su comisión se le pagaría con los sobornos a funcionarios públicos". En casos como éste, la aplicación de la causal bajo estudio parece del todo pertinente.

<sup>189</sup> William Park, "Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration". En: Brooklyn Journal of International Law, Vol. 12, 1986, p. 647. "Non-American cases likewise restrict the scope of the public policy defense, distinguishing between domestic public policy, ordre public interne, and international public policy, ordre public international. The demands of the latter are fewer than those of the former. The adjectives 'domestic' and 'international' apply not to the source of the

Recordemos que según la LGA peruana, un arbitraje llevado a cabo en el país es nacional, cuando ambas partes domicilian en el Perú y, además, la materia controvertida está relacionada directamente con el foro.<sup>190</sup> En estos casos, la aplicación de las disposiciones de orden público interno respecto de las materias que localmente no pueden ser sometidas a arbitraje, no requiere en este momento de mayor explicación.

En cambio, cuando estamos ante un arbitraje internacional,<sup>191</sup> lo más probable es que ninguna de las partes domicilie en el país, o, aún domiciliando, el "...lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha" (inciso b) del artículo 91° de la LGA) se encuentre fuera del territorio nacional, por lo que, salvo contadas excepciones, la ley aplicable a estas controversias será extranjera.

En estos casos, siguiendo a Mayer,<sup>192</sup> consideramos que el estándar de orden público internacional que hemos desarrollado necesariamente deberá aplicarse.<sup>193</sup> De lo contrario, reduciremos a su mínima expresión la práctica del Arbitraje Internacional en el Perú, no por una deficiente legislación arbitral, sino por una indebida aplicación del orden público interno a relaciones jurídicas extranjeras,<sup>194</sup> cuyo único factor de conexión con

---

*policy but rather to their field of application. Both are creatures of the forum's national legal system. For example, an award without reasons might violate French or Swiss public policy in a domestic context but not in an international context".*

<sup>190</sup> Ver supra punto No. V.2.3.

<sup>191</sup> Ver supra punto No. V.2.2.

<sup>192</sup> Pierre Mayer, "Mandatory rules of law in International Arbitration". En: *Arbitration International*, Vol. 2, 1986, p. 289. "...a declaration of non-arbitrability... is connected with the substantive law. Non-arbitrability is the consequence of the law's mandatory nature; it is so mandatory that not only the parties are legally incapable of avoiding it by stipulating their contract to be subject to another governing law, but that the parties may not waive the right to invoke it before a national judge of the State in question. One is therefore hard put to understand why a judge would refuse to recognize an award dealing with, for example, foreign competition law on the grounds that under his own law such a dispute is not arbitrable".

<sup>193</sup> El artículo 99° de la LGA peruana aplicable a la excepción de convenio arbitral, establece que el juez peruano deberá amparar la excepción, "a menos que la materia sea de competencia exclusiva de los tribunales de la República o viole el orden público internacional". No hay razón alguna para que en la etapa de anulación de un laudo arbitral internacional, el poder judicial aplique un estándar diferente.

<sup>194</sup> Por ejemplo, dos personas extranjeras que no domicilian en el Perú, deciden arbitrar en Lima un conflicto derivado de la ejecución de un contrato internacional, al amparo de las normas sobre Arbitraje Internacional contenidas en la LGA peruana y bajo la aplicación de una ley sustantiva

el Perú estará constituido la mayoría de las veces por la decisión soberana de las partes de arbitrar en nuestro país, en vez de hacerlo en cualquier otra parte del mundo.<sup>195</sup>

Por último, deberá tenerse presente que los artículos citados de la LGA y de la Convención de Nueva York, expresamente establecen que la anulación solo afectará los puntos no susceptibles de ser sometidos a arbitraje, siempre y cuando tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

#### XI.2.6. **Otras causales aplicables solo a los laudos arbitrales nacionales en el Perú**

En adición a las causales de anulación de laudos arbitrales analizadas hasta el momento, los incisos 4) y 5) del artículo 73° de la LGA peruana hacen referencia a las causales de: a) falta de mayoría en la expedición del laudo; y, b) laudo dictado fuera de plazo;<sup>196</sup> aplicables a los laudos arbitrales nacionales.

La primera causal es muy difícil que se presente en la práctica, si tenemos en cuenta que de conformidad con el artículo 47° de la LGA peruana, salvo que exista acuerdo en contrario de las partes, resolverá el presidente del tribunal arbitral en caso hubiera empate o cuando no exista acuerdo mayoritario.<sup>197</sup> En todo caso, de presentarse

---

extranjera. Pues bien, resultaría absurdo que el poder judicial peruano anulara el laudo, bajo el simple argumento de que domésticamente no se pueden arbitrar cuestiones referidas a ese tipo de contratos, ya que esa transacción comercial sólo tendría como contacto con el Perú la libre decisión de las partes de venir a arbitrar a este país.

Por ello, como explican Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., p. 182, "[i]n the United States the matter was first clarified in *Fritz Scherk v. Alberto Culver* [417 U.S. 506 (1974)] where the Supreme Court stated that an international contract involves considerations and policies considerably different from contracts only dealing with domestic matters".

<sup>195</sup> Sobre el tema del *forum-shopping*, ver supra punto No. II.2.

<sup>196</sup> Honduras (artículo 74(5).- "Haberse pronunciado el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o sus prórrogas"); El Salvador (artículo 68(5).- "Haberse pronunciado el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o sus prórrogas"); Costa Rica (artículo 67(a).- "Haya sido dictado fuera del plazo, salvo si las partes lo han ampliado"); Bolivia (artículo 63(II)(7).- "Emisión del laudo fuera de plazo..."); Uruguay (artículo 499(1).- "Por haberse expedido fuera de término"); Brasil (artículo 32(VII).- "proferida fora de prazo..."); y, Colombia (artículo 163(5) del Decreto No. 1818.- "Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga").

<sup>197</sup> Ver supra punto No. VIII.3. Sobre este particular, destacamos la jurisprudencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Exp. 95-01), en los seguidos por Compañía Minera Yuracmayo S.A. c. Centromín Perú S.A., sobre anulación de laudo arbitral. En este proceso judicial, la demandante alegó, entre otros, que se había laudado sin las mayorías requeridas, "...toda vez que el voto de los tres árbitros no discrepan del

esta situación, estaría ya cubierta por la causal indicada en supra punto No. XI.2.2., por lo que resulta redundante.

En lo que se refiere al plazo para laudar, debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 48° de la LGA peruana (aplicable al Arbitraje Nacional),<sup>198</sup> los árbitros necesariamente deben observar el plazo dispuesto en el convenio arbitral, en las reglas del proceso o, a falta, en la LGA, para dictar el laudo arbitral, bajo sanción de anulación del laudo respectivo.<sup>199</sup>

Sobre este particular, Barona<sup>200</sup> afirma que la causal se explica en el hecho de que "...el plazo vincula a los árbitros, de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral, dado que, al aceptar el árbitro su nombramiento, se somete a la voluntad de los comprometidos, que son, por la índole sustancialmente contractual de la institución, los que establecen el término en que los árbitros han de desempeñar su cometido,

---

sentido del fallo, solo en parte de los fundamentos sobre un extremo". En otras palabras, se afirmaba que como cada uno de los votos de los árbitros constaba en documento independiente, no existía fallo en mayoría. Sin embargo, la corte correctamente dictaminó que "...el hecho de que la decisión recaída se encuentre en tres documentos y no en uno solo no implica la transgresión al derecho fundamental de la tutela judicial, nótese que la regulación del recurso de anulación del laudo es para efectos de garantizar que el nacimiento, el desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley, y... no existe una norma prohibitiva para efectos de que un laudo se plasme en más de un documento, no es contrario al orden público... [Además] ...que el laudo arbitral no conste en un solo documento escrito suscrito por los tres árbitros al mismo momento, no importa la ausencia de mayorías requeridas máxime si de los votos en mención se advierten los fundamentos particulares de cada uno de los árbitros, los mismos que se encuentran debidamente firmados pronunciándose cada uno de ellos en un mismo sentido...".

<sup>198</sup> Ver supra punto No. VIII.7.

<sup>199</sup> En la jurisprudencia peruana destaca el fallo emitido por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, sobre anulación de laudo arbitral, en los seguidos por Compañía Minera Yuracmayo S.A. c. Empresa Minera del Centro del Perú S.A. (Exp. No. 95-01). En este caso, una de las causales de anulación propuesta por la Compañía Minera Yuracmayo S.A. contra el laudo arbitral emitido bajo la administración del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, fue que el laudo había sido dictado fuera del plazo para laudar dispuesto por el entonces artículo 33° del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del mencionado centro ("Salvo pacto en contrario entre las partes, la duración del arbitraje no excederá de noventa días hábiles, contados desde la fecha de notificación a las partes con la resolución que declara abierto el proceso arbitral"). Sin embargo, la corte correctamente hizo mención a la regla 19 del acta de instalación del tribunal arbitral ("Una vez presentados por alegatos escritos y efectuados los informes orales de ser el caso, el Tribunal Arbitral procederá a fijar el plazo para laudar, reservándose el derecho de prorrogarlo discrecionalmente"), que fue suscrito en señal de conformidad por ambas partes, lo que fue debidamente interpretado como "...un pacto en contrario a lo establecido por el citado artículo 33 del Reglamento de la Cámara de Comercio, lo que era permisible, estando a lo acordado por las partes en el acápite Aplicación de Normas, acuerdo éste que se cumplió conforme a sus propios términos, no importando el mismo afectación del orden público...", desestimando así esta causal.

<sup>200</sup> Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral", ob. cit., p. 123.

y a los mismos les obliga por la eficacia contractual del pacto".

Sin embargo, como hemos afirmado, esta causal sólo se encuentra recogida en las normas sobre Arbitraje Nacional. ¿Acaso esto significa que no resulta relevante en los arbitrajes internacionales y extranjeros?

Obviamente que si resulta relevante. Lo que pasa es que este supuesto (vencimiento del plazo para laudar), ya se encuentra incluido dentro de la causal a la que hemos hecho referencia en supra punto No. XI.2.2.

En efecto, como bien explica Mantilla-Serrano,<sup>201</sup> "...contra el laudo dictado fuera de plazo, cabe la acción de anulación por el motivo expresado en el artículo 41.1(d), pues, al laudar fuera de plazo, los árbitros no se han ajustado al procedimiento acordado por las partes, el cual, por elemental lógica, presupone el proferir un laudo dentro de plazo". El autor se refiere al artículo 41.1(d) de la reciente Ley de Arbitraje española, que dispone que el laudo arbitral podrá ser anulado cuando "la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo de las partes...".

En todo caso, cabe rescatar la exigencia de que para que proceda esta causal, "...la parte que [la] invoque... [debe haberlo] manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo".<sup>202</sup>

Esto significa que mientras que una de las partes no reclame expresamente a los árbitros el vencimiento del plazo para laudar, la LGA entiende que las partes han prorrogado tácitamente dicho término.

Tratándose de un requisito indispensable para la procedencia de esta causal, necesariamente la parte interesada deberá remitir un escrito a los árbitros, en el que inequívocamente les haga saber que el plazo para laudar ha vencido y que, en consecuencia, se reserva el derecho a interponer el recurso de anulación conforme a esta causal. No bastará, por tanto, que simplemente se

---

<sup>201</sup> Fernando Mantilla-Serrano, **Ley de Arbitraje**, ob. cit., p. 213.

<sup>202</sup> Esta norma tiene como antecedente al artículo 26(c) de la Ley de Arbitraje de Israel (1974), que dispone.- "*The plea of a party that the award was made out of time shall not be heard unless he had, by written notice to the arbitrator before the award was made, reserved the right to make that plea*".

El mismo principio ha sido recogido por el artículo 821° del Código Procesal Civil italiano (según reforma de 1994).- "*The expiry of the time limit... may not be raised as a ground for setting aside the award if, before deliberation of the award... the party failed to notify to the other parties and to the arbitrators his intention to invoke the fact that the arbitrator's authority had thus been terminated*".

alegue de manera indirecta el vencimiento del plazo para laudar, que se haga una referencia genérica a tal vencimiento, o que luego de ser formulada, la parte que la opuso se comporte normalmente en el procedimiento (por ejemplo, presentando alegatos, nuevas pruebas o actuando en un informe oral).<sup>203</sup>

De esta manera, entendemos que cuando el escrito no sea expreso y exclusivamente referido al tema del vencimiento del plazo para laudar o ante la duda debido a la falta de una conducta procesal idónea dirigida a ese fin, necesariamente el poder judicial deberá declarar sin lugar esta causal.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Por ello, preocupa sobremanera los siguientes fallos judiciales: (a) El fallo de 18 de octubre de 2002, emitido por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Hica Inversiones S.A. c. Empresa Eléctrica del Perú -Electroperú S.A. y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado -FONAFE, sobre anulación de laudo arbitral (Exp. No. 1440-02). La controversia estuvo referida a la interpretación de lo acordado entre las partes y los árbitros en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos acerca del plazo para laudar y la validez de una resolución del tribunal arbitral, en la que se interpretaba el momento desde el cuál corría el plazo para laudar. Pero, además, las entidades demandadas afirmaron, entre otros, que la contraparte nunca manifestó por escrito a los árbitros su intención de no acatar el laudo antes de que fuera notificada con el mismo, como lo exige la norma legal.

Sobre esto último, la corte afirmó que Hica Inversiones S.A. sí anunció su negativa a aceptar el laudo, "...toda vez que de autos aparece... cuestionándola con el único recurso admisible de reposición, expresando literalmente la Nulidad que conlleva la actitud asumida por el Tribunal...". Este considerando de la corte hace referencia al recurso de reposición que planteó Hica Inversiones S.A. contra la resolución del tribunal arbitral que interpretó el momento desde el cuál corría el plazo para laudar. Si bien es cierto que en este recurso se observó la decisión de los árbitros sobre este particular, se pidió una reconsideración y se hizo referencia a una posible anulación del laudo por vencimiento de plazo, los magistrados no consideraron la actitud procesal de la demandante de introducir seguidamente un escrito con alegatos y nueva prueba documental. Además, la corte cometió un craso error al considerar que lo que cabía en este caso era un recurso de reposición, cuando la LGA obliga a que una parte manifiesta inequívocamente por escrito su negativa a continuar con el arbitraje por el vencimiento del plazo, lo que, además, exige que esa declaración vaya de la mano con un comportamiento procesal idóneo a tal declaración.

(b) El fallo de 14 de junio de 2002, emitido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los seguidos en casación por B&B-GESSA-PROIME Asociados c. Electricidad del Perú S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. No. 4418-01 LIMA). En este caso, la Corte Suprema afirmó textualmente lo siguiente: "...habiéndose levantado la suspensión el cuatro de abril del dos mil uno en el caso sub exámine, era al día siguiente cuando debió emitirse el laudo arbitral y no el día seis de abril como efectivamente sucedió, en tanto que, conforme a lo indicado, sólo restaba un día para su emisión". Si bien el fallo supremo al parecer correctamente identificó que el laudo había sido dictado fuera de plazo, no hay referencia alguna a que el impugnante del laudo hubiera manifestado por escrito su oposición al mismo entre el cinco y el seis de abril de 2001.

<sup>204</sup> En ese sentido, destacamos el fallo de 22 de julio de 2005, emitido por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en los seguidos por el Gobierno Regional de Piura c. Construction Corporation S.A.C., sobre anulación de laudo arbitral (Exp. No. 60-2005): "Sexto.- ...para la procedencia de la causal invocada, no basta la simple alegación en el procedimiento arbitral de que el plazo para laudar ha vencido, sino que el mismo deberá efectuarse de manera oportuna y en correspondencia con las reglas del proceso acordadas, para lo cual se deberá

Ahora bien, ¿este requisito deberá ser exigido dentro de un proceso de anulación de un laudo arbitral internacional e, inclusive, en uno de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, aún cuando la LGA peruana y la Convención de Nueva York no lo dispongan expresamente? Estimamos que la respuesta debe ser contestada en sentido afirmativo.

En efecto, Verger<sup>205</sup> afirma que a "...pesar de las previsiones legales y de que el respetar el plazo influye... sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas... el dictar el laudo fuera de plazo no lo convierte en radicalmente nulo, sólo en anulable, pues no se trata de una cuestión de orden público. Las partes pueden seguir prefiriendo este laudo extemporáneo, tardío...".

El citado autor identifica correctamente que el vencimiento del plazo es una causal establecida en favor de las partes y no es un supuesto de orden público.<sup>206</sup> Por lo tanto, si ninguna de las partes dentro de un arbitraje internacional alega el vencimiento del plazo para laudar y recién lo hace al momento de plantear el recurso de anulación (cuando ya conoce el fallo), esta falta de manifestación oportuna deberá ser sancionada conforme a lo dispuesto en el artículo 95° de la LGA peruana.<sup>207</sup>

Por las mismas razones, este requisito deberá ser exigido en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, iniciados al amparo de la Convención de Nueva York.<sup>208</sup>

---

tener en cuenta las incidencias procesales surgidas al interior del proceso arbitral dentro de un margen de razonabilidad...".

<sup>205</sup> Joan Verger Grau, "¿Se puede impugnar el Laudo Arbitral Español?", ob. cit., p. 276.

<sup>206</sup> Recordemos que el artículo 73° de la LGA peruana establece que esta causal debe ser expresamente alegada y probada por la parte interesada. Si fuera de orden público, podría tramitarse de oficio por el juez.

<sup>207</sup> Ver supra punto No. XI.1.7.

<sup>208</sup> Como lo demuestra el caso seguido por Laminoirs -Trefileries- Cableries de LENS S.A. c. Southwire Company (484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980), en el que una corte norteamericana expresamente indicó que: "...there is nothing to indicate that Southwire lodged any protest once the initial six-month period had elapsed. In order to preserve one's rights, it is essential to protest against continuance of the arbitration proceedings after the stipulated time has elapsed".

### **XI.2.7. Causales exclusivamente aplicables a los laudos arbitrales extranjeros**

El artículo V de la Convención de Nueva York y el numeral 129° de la LGA peruana, agregan dos causales más exclusivamente aplicables a los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: 1) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes; y, 2) Que el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que o conforme a cuya ley ha sido dictado ese laudo.<sup>209</sup>

En efecto, el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York establece que procede denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, si la parte interesada alega y prueba, que "...la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia". El inciso 5) del artículo 129° de la LGA contiene idéntica disposición.

Analicemos cada supuesto por separado.

#### **XI.2.7.1. El laudo no es aún obligatorio para las partes**

Si revisamos los tratados latinoamericanos aplicables al reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros de los que el Perú es parte,<sup>210</sup> verificaremos que todos exigen como requisito que se pruebe que el laudo es final o, lo que es lo mismo, que tenga la calidad de ejecutoriado con arreglo a la ley del lugar donde se expidió.<sup>211</sup> Lo mismo sucedía con la

---

<sup>209</sup> Panamá (artículo 41(1)(e).- "Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a su ley, haya sido dictado"); El Salvador (artículo 82(1)(g).- "Que el laudo aún no es obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal cuya legislación fue aplicada para dictar el laudo"); Honduras (artículo 92(1)(f).- "Que el laudo aún no es obligatorio para las partes o haya sido anulado o suspendido por un tribunal cuya legislación fue aplicada para dictar el laudo"); y, Guatemala (artículo 47(a)(v).- "Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo"). Además: Nicaragua (artículo 63(5)), Paraguay (artículo 46(5)), Venezuela (artículo 49(e)), México (artículo 1462(I)(e)), Chile (artículo 36(1)(v) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional) y Brasil (artículo 38(VI)).

<sup>210</sup> Ver supra punto No. II.1.1.1.

<sup>211</sup> Artículo 42(3) de la Convención de Lima de 1888.- "Si la sentencia o resolución estuviese ejecutoriada con arreglo a la ley del país donde se haya expedido"; artículo 5(b) de las Convenciones de Montevideo de 1899 y de Caracas de 1911.- "Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, en el Estado en que se ha expedido"; artículo 5(b) de la Convención de Montevideo de 1940.- "Que tengan el carácter de ejecutoriados o pasados en autoridad de cosa juzgada en el Estado en donde hayan sido pronunciados"; y, artículo 2(g) de la Convención de Montevideo de 1979.- " Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados".

Convención referida a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, adoptada en Ginebra en 1927.<sup>212</sup>

El problema con el requisito de probar que el laudo es firme o ejecutoriado, es que en la práctica ello obliga a que muchas veces el vencedor de un laudo arbitral tenga que solicitar la ejecución del laudo ante el poder judicial del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje, ya que es la mejor forma de demostrar que el laudo es firme o final.<sup>213</sup>

Desgraciadamente este trámite que se denomina "doble exequátur",<sup>214</sup> hace que el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero sea un proceso lento, costoso y de incierto resultado.<sup>215</sup>

En razón de los inconvenientes suscitados con la exigencia de que se pruebe la firmeza de los laudos, la Convención de Nueva York simplemente dispone que el laudo debe ser "obligatorio para las partes".<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 592. "...the Geneva Convention of 1927, required that the award had become 'final' in the country of origin. The word 'final' was interpreted by many courts at the time as requiring a leave for enforcement (exequatur and the like) from the court in the country of origin. Since the country where enforcement was sought also required a leave for enforcement, the interpretation amounted in practice to the system of the so-called 'double-exequatur'". El texto de la Convención puede encontrarse en Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., pp. 305-306.

<sup>213</sup> Ver supra punto No. II.1.1.2.

<sup>214</sup> Ramona Martinez, "Recognition and Enforcement of International Arbitration Awards under the NU Convention of 1958", ob. cit., p. 495. "The usual commercial treaty language is 'final and enforceable'. Either 'final' or 'enforceable' can cause interpretation problems. 'Final' implies completion of all permitted appeals. 'Enforceable' means some kind of court action, because arbitral awards are not self-executing".

<sup>215</sup> En la gran mayoría de los casos en los que se arbitran controversias referidas a contratos comerciales internacionales, las partes no tienen interés alguno en ejecutar el laudo en el lugar del arbitraje, ya que generalmente eligen dicho lugar por su neutralidad (ver supra punto No. I.2.1.). Por esta razón, exigirles que ejecuten el laudo ante los tribunales del lugar del arbitraje, es hacerles perder tiempo y dinero. W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 3, No. 3, 1987, p. 211. "This requirement not only imposed an undue burden on the party seeking to enforce an award, but also worked the absurd result of an enforcement proceeding in a country where the other party might not even have assets or where the prospects for successful enforcement were otherwise in doubt". Sobre el tema, leer a: Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 196; y, Jan Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its origin". En: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, p. 373.

<sup>216</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 592. "The drafters of the New York Convention, considering this system as too cumbersome, abolished it by providing the word 'binding' instead of the word

El problema, sin embargo, es el de precisar qué debe entenderse por "obligatorio para las partes".

Sobre este particular, van den Berg<sup>217</sup> informa que la actitud de las cortes de justicia ha sido, por un lado, la de investigar si de conformidad con la ley del lugar del arbitraje el laudo es "obligatorio"<sup>218</sup> (no lo será, por ejemplo, si debe cumplirse con algún requisito formal, como puede ser el depósito del laudo ante el poder judicial, o cuando, de acuerdo con dicha ley local, proceda necesariamente algún recurso sobre el fondo);<sup>219</sup> y, por otro lado, la de aplicar un criterio autónomo,<sup>220</sup> "...es

---

*'final'*". W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", ob. cit., pp. 211-212. "It is well established that the drafters of the Convention deliberately substituted 'binding' for the term 'final' used in the predecessor Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards ('Geneva Convention'). The intent was to eliminate the so-called 'double-exequatur' -the requirement, for all practical purposes, that a party must first seek leave to enforce the award in the country of origin in order to prove to a court in another country that the award was 'final'... In using the term 'binding' instead of final the New York Convention permits enforcement once an award is rendered even though it might potentially, or in fact, be subject to judicial recourse".

<sup>217</sup> Yearbook Commercial Arbitration, A. J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 660. "...a number of courts investigate the applicable law in order to find out whether the award has become binding under that law...".

<sup>218</sup> **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 969. "The French courts clearly assess the binding nature of an award by reference to the law of the country of origin. The Swiss Federal Tribunal has also decided in favor of examining the binding nature of awards in the light of the law of the country of origin, which it defines as the law governing the arbitral proceedings... There are also a number of Italian decisions...".

<sup>219</sup> Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 494. "Some commentators have concluded that only the availability of judicial review on the merits in its country of origin prevents an award from being binding". William L. Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards", ob. cit., p. 187. "...an enforceable award does not have to be final in some absolute sense. It need only have obligatory force between the parties under the local procedural law where it was rendered. In most cases, an award can be deemed binding and enforceable under the Convention as soon as it is rendered. Those cases where it would not be binding would include specific cases where the law of the home jurisdiction permits appeal on the merits or the rules of the arbitral institution permits review within the institution". Este fue justamente el temperamento de la Corte Suprema de Suecia, en el caso seguido entre *AB Gotaverken c. General National Maritime Transport Co.* (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. VI, 1981, pp. 237-242), en el que se señaló que la posibilidad de recurrir en recurso de anulación no significa que el laudo arbitral no sea obligatorio entre las partes, ya que aquí solo interesa analizar si el fondo de la controversia puede ser objeto de apelación: "The possibility of an action for setting aside the award shall not mean that the award is not considered as not being binding... A case in which a foreign award is not binding is when its merits are open to appeal to a higher jurisdiction". Idéntica posición fue asumida por una corte de *Amsterdam*, en el caso seguido por *Southern Pacific Properties (Middle East), Limited c. The Arab Republic of Egypt* (1984). Sobre el tema, leer a: Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", ob. cit., pp. 212 y ss.

<sup>220</sup> Bernardo M. Cremades, "Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York", ob. cit., p. 198. "Estados Unidos... Alemania y Bélgica parece que se decantan por una definición autónoma...".

decir, independiente de la ley que sería aplicable, planteándose que la sentencia se convertiría en obligatoria... en el momento que ésta no sea susceptible [conforme al acuerdo de las partes] de un recurso ordinario basado en sus méritos ante una segunda instancia judicial o arbitral".<sup>221</sup>

Nosotros consideramos que debe aplicarse el criterio autónomo,<sup>222</sup> ya que se ajusta mejor al texto y al espíritu de la Convención bajo estudio, por lo que la parte que alegue esta causal tendrá que demostrar, de manera fehaciente, que contra el laudo arbitral las partes han pactado algún recurso sobre el fondo ante otra instancia judicial o arbitral.<sup>223</sup> De lo contrario, esta causal no será aplicable.

---

<sup>221</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 196.

<sup>222</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 592. "An argument in support of the autonomous interpretation is that if the applicable law provides that an award becomes binding only after a leave of enforcement is granted by the court, the 'double-exequatur' is in fact reintroduced into the Convention, thus defeating the Convention's drafters attempt to abolish this requirement. Further, the autonomous interpretation has the advantage that it dispenses with compliance with local requirements imposed on awards, such as deposit with a court or even a leave for enforcement from the court of origin, which requirements are for enforcement abroad unnecessary and cumbersome".

<sup>223</sup> Así, por ejemplo, en *Fertilizer Corporation of India c. IDI Management Inc.* (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. VII, 1982, pp. 382-392), el perdedor había iniciado el procedimiento de anulación del laudo arbitral en el lugar del arbitraje (en este caso en la India). Sin embargo, una corte norteamericana consideró sin lugar esta causal, por cuanto: "We note the comment of Professor Gerald Asken, General Counsel of the American Arbitration Association: The award will be considered 'binding' for the purposes of the Convention if no further recourse may be had to another arbitral tribunal (that is, an appeals tribunal). The fact that recourse may be had to a court of law does not prevent the award from being 'binding'. This provision should make it more difficult for an obstructive loser to postpone or prevent enforcement by bringing, or threatening to bring, proceedings to have an award set aside or suspended".

Por su parte, una corte de apelaciones de Bruselas en su fallo de 24 de enero de 1997, en los seguidos por *Inter-Arab Investment Guarantee Corporation c. Banque Arabe et Internationale d'Investissements* (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXII, 1997, pp. 643-668), sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Amman, afirmó lo siguiente: "The agreement of the parties provides that the award of the arbitral tribunal shall be final and binding, and thus immediately enforceable upon being rendered. It does not provide for an appeal. According to the agreement of the parties, the award has become binding upon being rendered. In fact, the arbitral award states that it 'is effective as of the date hereof'. Further, the award has been neither annulled nor suspended by a competent authority of Jordan or of a country under the law of which it was made".

También cabe citar el fallo de una corte de apelaciones de Luxemburgo de 28 de enero de 1999, en los seguidos por *Sovereign Participations International S.A. c. Chadmore Developments Ltd.* (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIVa, 1999, pp. 714-723), sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Ginebra: "We must also consider that the

**XI.2.7.2. El laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que o conforme a cuya ley ha sido dictado**<sup>224</sup>

Como explica Montoya,<sup>225</sup> la causal bajo estudio "...se aplica sólo si la sentencia ha sido efectivamente anulada en el país de origen, ya que en el supuesto que una parte haya simplemente efectuado una petición de anulación sólo puede producir la posibilidad de aplazamiento de la decisión sobre la ejecución de la sentencia que señala el artículo VI, pero no la denegación".<sup>226</sup>

Adicionalmente, esta causal resulta aplicable, si la autoridad competente identificada en la norma de manera expresa suspende los efectos del laudo arbitral, no bastando, por lo tanto, la mera aplicación de la ley arbitral local que así lo disponga.<sup>227</sup>

---

*parties agreed that 'the arbitral award shall not be open to appeal' (see... the arbitration agreement of 24 February 1995), so that the award is final and can no longer be attacked before the arbitrators as far as the arbitral procedure is concerned, the parties themselves having decided implicitly, by requesting the arbitrators to decide 'without appeal', and thus finally, that their award must be considered binding in the sense of the Convention".* Un fallo similar fue emitido por una corte de primera instancia de la Región Administrativa Especial de Hong Kong con fecha 20 de diciembre de 2001, en los seguidos por Société Nationale d'Operations P toli res de la Cote d'Ivoire - Honding c. Keen Lloyd Resources Limited (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 776-783).

<sup>224</sup> Recordemos que conforme a la Convención de Nueva York, solo la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral, puede anularlo, mientras que el poder judicial de los demás países solo pueden dejar de reconocerlo (ver supra punto No. XI.1.2.). Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 642. El autor cita varios fallos de tribunales de justicia que confirman esta afirmación: "S.A. Mines, Minerais et Metaux v. Mechema, Ltd.,... (Brussels Court of Appeal Oct. 14, 1980); Maatschappij voor Industrielle Research en Ontwikkeling BV v. Henri Lievremont and M. Cominassi... (French Supreme Court May 25, 1983)... Cominco France v. Soguiber SL... (Spanish Supreme Court March 24, 1982); Laconian Maritime Enterprises Ltd. v. Agromai Lineas Ltd.,... (South African Supreme Court August 27, 1985)".

<sup>225</sup> Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 196.

<sup>226</sup> Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., p. 273. "Under the New York Convention, it is no longer enough to commence an action. The Convention requires proof that the award has been set aside in the country where it was made before enforcement may be refused".

<sup>227</sup> En ese sentido, Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 597, explica que: "Art. V(1)(e) provides that the award 'has been... suspended by a competent authority of the country in which... that award was made'. Automatic suspension by operation of law in the country where the award was made -as happens in France- does not fall under the wording of Art. V(1)(e). Furthermore, if an automatic suspension by operation of law in the country of origin were sufficient for 'has been suspended' as provided in Art. V(1)(e), it would defeat the system of the Convention. It would mean that by a mere application for setting aside in the country of origin, enforcement would have to be refused under the Convention in other Contracting States. This would run counter to the reasons behind the term 'binding' in Art. V(1)(e) and

De esta manera, resulta bastante remoto que proceda esta causal porque, como hemos indicado, no basta alegar que se puede recurrir o ya se ha acudido en anulación de laudo arbitral ante la autoridad competente del país en que o conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral,<sup>228</sup> sino que,

---

*the adjournment provisions in Art. VI". Gerold Herrmann, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? -The 1998 Freshfields Lecture". En: Arbitration International, Vol. 15, No. 3, 1999, p. 236. "Suspension counts only if ordered by a court, not if an automatic consequence imposed by law (as in France)".*

<sup>228</sup> Recordemos que la autoridad competente del país conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral, es aquella bajo cuyas normas arbitrales se emitió el laudo. Philip J. Mc Connaughay, "The risks and virtues of Lawlessness: A "Second Look" at International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 518. "The interpretative difficulty with the reading of Article V(1)(e)... arises from the word 'law' in the phrase, 'the country in which, or under the law of which, [the] award was made'. The courts and commentators to consider the issue uniformly have concluded that 'law' in Article V(1)(e) refers to the procedural law governing the conduct of the arbitration, not to the substantive law governing the claims that were resolved in the arbitration".

En ese sentido, la posibilidad de que existan dos autoridades competentes (la del lugar del arbitraje y la de la ley arbitral aplicable), se presentará solo en aquellos contados casos en los que las partes acuerden, por ejemplo, arbitrar en Suiza bajo las normas arbitrales de Francia, posibilidad permitida, hasta donde tenemos conocimiento, solo por las leyes arbitrales de estos dos países. Sobre este particular, leer a: W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 8.; y, **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 185.

Por ello, el caso International Standard Electric Corporation (ISEC) c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera Industrial y Comercial (BRIDAS) (United States District Court S.D. New York) resuelto en 1990, es digno de destacar: Las partes suscribieron un contrato que contenía una cláusula arbitral mediante la cual se obligaban a arbitrar según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La ley aplicable al fondo de la controversia era la de Nueva York. Como no se había pactado el lugar del arbitraje, la CCI designó a la ciudad de México. Dictado el laudo arbitral en su contra, ISEC inició un proceso ante el poder judicial norteamericano, solicitando que declarara nulo el laudo arbitral, bajo el entendido que al ser la ley de Nueva York la ley aplicable, de conformidad con la Convención de Nueva York le correspondía intervenir. Sin embargo, la corte indicó correctamente, lo siguiente: "The 'competent authority' as mentioned in Article V(1)(e) for entertaining the action of setting aside the award is virtually always the court of the country in which the award was made. The phrase 'or under the law of which' the award was made refers to the theoretical case that on the basis of an agreement of the parties the award is governed by an arbitration law which is different from the arbitration law of the country in which the award was made. (...)

*Decisions of foreign courts deciding cases under the Convention uniformly support the view that the clause in question means procedural and not substantive... law... Supreme Court of India (Oil and Natural Gas Commission v. The Western Company of North America, decision of January 16, 1987,... the Brussels Court of Appeals (S.A. Mines, Minerais et Metaux v. Mechema, Ltd., decision of October 14, 1980... the Supreme Court of France (Cour de Cassation) (Maatschappij voor Industriële Research en Ontwikkeling B.V. v. Henri Lievreumont and M. Cominassi, decision of May 25, 1983... the West German Supreme Court (Bundesgerichtshof, decision of February 12, 1976...); the Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo) (Cominco France S.A. v. Soguiber S.L., decision of March 24, 1982...); and the Supreme Court of South Africa (Laconian Maritime Enterprises Ltd. v. Agromai Lines Ltd., decision of August 27, 1985...).* (...)

Accordingly, we hold that the contested language in Article V(1)(e) of the Convention, 'the competent authority of the country under the law of which, [the] award was made' refers exclusively to procedural and not substantive law, and more precisely, to the regimen or scheme of arbitral procedural law under which the arbitration was conducted, and not the substantive law of

además, debe probarse que el laudo ya ha sido anulado o suspendido.<sup>229</sup>

Si ese no es el caso, la única opción, como analizaremos enseguida, será apelar al artículo VI de la Convención de Nueva York.

En efecto, el artículo VI de la Convención de Nueva York dispone que si se "...ha pedido a la autoridad competente<sup>230</sup> ...la anulación o la suspensión de la sentencia [arbitral], la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas".<sup>231</sup>

---

*contract which was applied in the case*". Como el laudo había sido dictado en México (lugar del arbitraje), bajo la ley procesal arbitral mexicana, conforme a la Convención de Nueva York solo el poder judicial de México podía anular el laudo arbitral, razón por la cual se desestimó el pedido de ISEC.

También destaca el famoso caso seguido por Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara -Pertamina. Aquí la demandante celebró con Pertamina (empresa estatal de petróleo y gas natural de Indonesia), sendos contratos para la operación, construcción y explotación de centrales hidroeléctricas geotermales en Java. Los contratos contenían un pacto arbitral ad hoc en Suiza, bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL.

Cuando el gobierno de Indonesia suspendió el proyecto por decreto, se inició el arbitraje en Ginebra, cuyo laudo arbitral en favor de la demandante fue recurrido en anulación ante el poder judicial Suizo, quien lo denegó. Seguidamente, la empresa demandante inició un procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral ante las cortes federales de Texas, mientras que Pertamina solicitó y consiguió que las cortes indonesias se declararan competentes para conocer la anulación del laudo arbitral dictado en Suiza, bajo el argumento que la ley aplicable al fondo de la controversia era la de ese país. Sin embargo, las cortes norteamericanas correctamente consideraron que sus pares de Indonesia no eran un fórum válido para anular un laudo arbitral de conformidad con las reglas de juego de la Convención de Nueva York y, en consecuencia, procedieron a reconocer y ejecutar el laudo arbitral, aún cuando Pertamina había solicitado la aplicación del artículo VI del mencionado tratado, mientras que se resolvía el caso en Indonesia (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, pp. 927-932).

<sup>229</sup> Es más, como veremos más adelante (infra punto No. XI.2.7.3.), aún cuando se haya anulado el laudo, en algunos estados es posible ejecutar el laudo arbitral.

<sup>230</sup> Si la anulación del laudo arbitral no se ha solicitado a una autoridad competente, entonces no cabe aplicar este artículo (ver por ejemplo, el caso Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, supra cita No. 228). Andrea Giardina, "The Practical Application of Multilateral Conventions". En: ICCAPublications.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17643, p. 6. "In this regard, the reference can be made to the interesting decision of the UK High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court) of 14 December 1995. In that case, the suspension of the execution of the award in England was not granted also due to the fact that the procedure for the annulment of an award had been introduced in a country (Tunisia) other than that in which the award was rendered (France)".

<sup>231</sup> John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act". En: The American Review International Arbitration, Vol. 11, 2000, p. 114. El autor, apoyándose en la opinión de Contini, considera que esta última parte del artículo VI tiene como propósito el de

Esta disposición confirma nuestra afirmación, en el sentido que la causal contenida en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York solo es aplicable si el laudo ha sido anulado o suspendido por la autoridad competente,<sup>232</sup> ya que si simplemente está en trámite la solicitud, el poder judicial que conoce de un pedido de reconocimiento de un laudo extranjero puede reconocer y ejecutar el laudo arbitral, salvo cuando considere pertinente o prudente suspender el trámite hasta que recaiga una sentencia definitiva en el lugar de origen.<sup>233</sup>

Sobre este particular, Tupman<sup>234</sup> informa que hasta 1987 se habían reportado cinco fallos judiciales en los que se hacía referencia al artículo VI de la Convención de Nueva York, habiéndose denegado la suspensión en tres de ellos<sup>235</sup> y otorgado en los otros dos.<sup>236</sup>

En el primero de los casos reportados en el que se denegó el ejercicio de la prerrogativa de suspensión, la corte consideró que solo cabía apelar a esta facultad cuando la anulación o suspensión se encontrara en trámite ante la autoridad competente del país de origen y no simplemente cuando se estuviera en término para interponer el recurso.<sup>237</sup>

---

*"...discourage applications to set aside or suspend awards merely as an obstructionist measure".*

<sup>232</sup> Pieter Sanders, "Exposición en la Clausura del Seminario de Arbitraje Comercial Internacional". En: El Arbitraje Comercial en Iberoamérica, Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, p. 380. "El cumplimiento solamente se rechazará cuando la sentencia 'haya sido invalidada', es decir, después de haber sido llevado un procedimiento de invalidación con éxito en el país nativo".

<sup>233</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 605. "The words 'may adjourn' and 'if it considers it proper' indicate that the court has discretionary power to adjourn its decision on enforcement of the award and to order the respondent to provide security, pending the setting aside or suspension proceedings in the country of origin".

<sup>234</sup> Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", ob. cit., pp. 212 y ss.

<sup>235</sup> Los casos son los siguientes: a) Compagnie de Saint-Gobain c. Fertilizer Corporation of India, Ltd. (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1970); b) AB Gotaverken c. General National Maritime Transport Co. (Corte Suprema de Suecia, 1979); y, c) Southern Pacific Properties Ltd. c. República de Egipto (Corte de Primera Instancia de Amsterdam, 1984).

<sup>236</sup> Los dos casos son los siguientes: a) Fertilizer Corporation of India c. IDI Management Inc (Corte de Primera Instancia Federal de los Estados Unidos de América, 1981); y, b) Sociétés Norsolor c. Sociétés Pabalk Tikaret Ltd. Sirketi (Corte de Apelaciones de París, 1981).

<sup>237</sup> Compagnie de Saint-Gobain c. Fertilizer Corporation of India, Ltd. (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1970). El laudo arbitral se dictó en Nueva Delhi a favor de la empresa nacional. Cuando esta última intentó la ejecución del laudo en Francia al amparo de la Convención de Nueva York, la perdedora se opuso aduciendo, entre otros, que todavía se podía recurrir en

En los otros dos casos denegados, tanto la Corte Suprema de Suecia,<sup>238</sup> como una corte de primera instancia de Amsterdam,<sup>239</sup> consideraron que en aplicación del artículo VI de la Convención de Nueva York, la suspensión debía ser expresamente ordenada por la autoridad competente del país de origen, no bastando la simple disposición legal en tal sentido.<sup>240</sup>

Por su parte, en los dos casos reportados en los que se decidió suspender el proceso de reconocimiento, las cortes de los Estados Unidos de América y de Francia,<sup>241</sup> hicieron

---

anulación de laudo ante el poder judicial del lugar del arbitraje. Sin embargo, como bien señala Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention" ob. cit., p. 212, "[a]rticle VI of the New York Convention might be applicable only if such an application were already pending. The French court accordingly held that a stay was not 'an appropriate step'".

<sup>238</sup> AB Gotaverken c. General National Maritime Transport Co. (Corte Suprema de Suecia, 1979). El laudo se dictó en París en contra de una empresa libia, luego de lo cual la perdedora solicitó su anulación ante el poder judicial francés. Sin embargo, la Corte Suprema de Suecia no amparó esta pretensión. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention" ob. cit., p. 213. "The Supreme Court of Sweden... refused to stay enforcement of a foreign arbitral award despite a parallel French court proceeding challenging its validity... The Swedish Supreme Court [established that]... the possibility of an action setting aside the award shall not mean that the award is not considered as not being binding... The choice of the term binding [in the New York Convention] was provided for the party relying on the award. The intent was, *inter alia*, to avoid the necessity of a double exequatur, or the need for the party relying on the award to prove that the award is enforceable according to the authorities of the country in which it was rendered".

<sup>239</sup> Southern Pacific Properties Ltd. c. República de Egipto (Corte de Primera Instancia de Amsterdam, 1984). El laudo fue dictado en París a favor de una empresa de Hong Kong. El gobierno egipcio solicitó su anulación ante el poder judicial francés. Sin embargo, como bien indica Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention" ob. cit., pp. 214-215, la corte no amparó la suspensión del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo, por cuanto: "...the award was binding because it was not 'open to appeal on the merits' before a judge or an appeal arbitral tribunal. [T]he mere initiation of an action for setting aside... does not have as its consequence that the arbitral award must be considered as not binding. Otherwise the award would have to be confirmed by a court in the country of origin, 'a reintroduction of the double-exequatur' which the New York Convention clearly had eliminated".

<sup>240</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., pp. 597-598. Explica el autor, que las cortes de Gran Caimán y Suecia han interpretado correctamente que no basta probar que en aplicación de la ley del lugar en que o conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral, se ha suspendido legalmente su ejecución, sino que hay que demostrar que, efectivamente, la suspensión ha sido dictada por la autoridad competente.

<sup>241</sup> Fertilizer Corporation of India c. IDI Management Inc. (Corte de Primera Instancia Federal de los Estados Unidos de América): "Nevertheless, in order to avoid the possibility of an inconsistent result, this Court has determined to adjourn its decision on enforcement of the Nitrophosphate Award until the Indian courts decide with finality whether the award is correct under Indian law. FIC, of course, may apply to this Court for suitable security, as provided by Article VI". En ese mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de París en 1981, en los seguidos por Sociétés Norsolor c. Sociétés Pabalk Tikaret Ltd. Sirketi. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention" ob. cit., pp. 215-217.

expresa mención de su facultad discrecional para apelar al artículo VI de la Convención de Nueva York, cuando el laudo se encontrara en trámite de anulación ante la autoridad competente del país de origen.<sup>242</sup>

¿Cuándo corresponderá a nuestros tribunales apelar al artículo VI de la Convención de Nueva York? Si bien hemos afirmado que la facultad es discrecional,<sup>243</sup> entendemos que solo deberá disponerse la suspensión del reconocimiento solicitado,<sup>244</sup> cuando a criterio del juez<sup>245</sup> el proceso seguido ante los tribunales del país de origen pueda derivar en una más que probable anulación del laudo

---

<sup>242</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, ob. cit., p. 496. "...many U.S. courts... have granted Article VI stays. *Caribbean Trading and Fidelity Corp. v. Nigerian National Petroleum Corp.*, 1990 U.S. Dist. Lexis 17198 (S.D.N.Y. Dec. 18 1990) (staying enforcement proceedings, but requiring security); *Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*, 663 F.Supp. 871, 874 (S.D.N.Y. 1987) (staying enforcement proceedings, but requiring security);... *Hugo Marom Aviation Consultants, Ltd. v. Recon/Optical, Inc.*, 1991 U.S. Dist. Lexis 8877 (E.D. Ill. May 20, 1991) (refusing to confirm award made in Israel because applications were pending in Israeli courts to vacate and confirm award)". Es el caso también de *Nedagro B.V. c. Zao Konversbak*, resuelto el 21 de enero de 2003 por Corte Distrital Federal de la Southern District of New York. El fallo se ubica en: [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=80273](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/print.asp?print=1&ipn=80273).

<sup>243</sup> Diversas legislaciones arbitrales han recreado el artículo VI de la Convención de Nueva York, insistiendo en la facultad discrecional del juez. Así, por ejemplo, el artículo 103(5) de la Ley de Arbitraje de Inglaterra (1996), señala que: "Where an application for the setting aside or suspension of the award has been made to such a competent authority... the court before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the recognition or enforcement of the award. It may also on the application of the party claiming recognition and enforcement of the award order the other party to give suitable security". En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4° de las Regulaciones para la Ejecución de la Convención de Nueva York de Israel (1978): "When an application to set aside an award or to suspend it has been brought before the competent authority of the place in which it was made or according to the law of which it was made, the court may postpone the proceedings to another date and, upon the request of the party seeking to confirm the award, it may also order the other party to provide an appropriate security". Encontramos el mismo contenido en: México (artículo 1463°), Chile (artículo 35°), Paraguay (artículo 47°), Nicaragua (artículo 63°) y Panamá (artículo 41).

<sup>244</sup> En cuyo caso el juez deberá exigir las garantías apropiadas. Matthew Secomb, "Suspension of the Enforcement of Awards under Article VI of the New York Convention -Proof and LSAS". En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2002, p. 5. "The most obvious order in this regard would be to order the party seeking to suspend enforcement of the award to provide security for the amount ordered in the award".

<sup>245</sup> Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., p. 273. "Commencing an action to set aside an award in the country where the award was made may nevertheless have some influence on the enforcement of the award abroad. If an application to set aside an award has been made in the award's 'home country', the enforcement judge may, if he considers it proper, postpone his decision on enforcement in order to protect the losing party. At the same time, the judge may order that suitable security be given by the party against whom enforcement is sought in order to protect the winning party".

arbitral,<sup>246</sup> correspondiendo además la carga de la prueba en quién solicita la suspensión.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Tal vez el más claro ejemplo de este requisito, lo podemos hallar en el artículo 1066(2) de la Ley de Arbitraje de Holanda (1986), que dispone que: "2. ...the court... may, if there are grounds, at the request of the most appropriate party, suspend the enforcement until a final decision shall have been rendered with respect to the claim for setting aside". De manera similar se ha pronunciado una corte norteamericana, en los seguidos por Spier Calzaturificio c. Tecnica S.p.A. (633 F.Supp. 871,874-976 S.D.N.Y. 1987): "The Court in which enforcement of a foreign arbitral award is sought should not countenance manifestly frivolous attacks upon the award in the country where it was made. I would deny Art. VI adjournment of the enforcement proceedings here only if I were satisfied that Tecnica's litigation position in Italy was transparently frivolous".

Por su parte, en *Europcar Italia, S.p.A c. Maiellano Tours, Inc.* (156 F.3d 310, 317 (2d Cir. 1998)), el Segundo Circuito Federal norteamericano propuso una lista de factores que un juez debe considerar al momento de analizar un pedido de suspensión: "(1) the general objectives of arbitration -the expeditious resolution of disputes and the avoidance of protracted and expensive litigation;  
(2) the status of the foreign proceedings and the estimated time for those proceedings to be resolved;  
(3) whether the award sought to be enforced will receive greater scrutiny in the foreign proceedings under a less deferential standard of review;  
(4) the characteristics of the foreign proceedings including  
(i) whether they were brought to enforce an award (which would tend to weigh in favor of a stay) or to set the award aside (which would tend to weigh in favor of enforcement);  
(ii) whether they were initiated before the underlying enforcement proceedings so as to raise concerns of international comity;  
(iii) whether they were initiated by the party now seeking to enforce the award in federal court; and  
(iv) whether they were initiated under circumstances indicating an intent to hinder or delay resolution of the dispute;  
(5) a balance of the possible hardships to each of the parties, keeping in mind that if enforcement is postponed under Article VI of the Convention, the party seeking enforcement may receive 'suitable security' and that, under Article V of the Convention, an award should not be enforced if it is set aside or suspended in the originating country..  
(6) any other circumstances that could tend to shift the balance in favor of or against adjournment".

Gerald W. Ghikas, "A Principled Approach to Adjourning the Decision to Enforce under the Model Law and the New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1, 2006, p. 58. "The *Europcar* criteria have been applied by several American courts since 1998. In *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, an award was enforced despite pending proceedings in Egypt. In *MGM Productions Group Inc. v. Aeroflot Russian Airlines*, an award was enforced despite pending proceedings in Sweden".

<sup>247</sup> Matthew Secomb, "Suspension of the Enforcement of Awards under Article VI of the New York Convention -Proof and LSAS", ob. cit., pp. 2-3. El autor hace referencia al caso *Lars Hallen y Sten Unnerstedt c. Sven-Olov Angledal y Margaretha Irene Angredal*, resuelto por la Corte Suprema de *New South Wales* (Australia) el 10 de junio de 1999 (*Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 520-532). Aquí se trató de ejecutar un laudo arbitral dictado en Suecia, contra el cual se había iniciado una acción de anulación ante el poder judicial de ese país. Los demandados solicitaron que se suspendiera la ejecución hasta que se resolviera el recurso de anulación. Sin embargo, el tribunal australiano dispuso no aplicar el artículo VI de la Convención de Nueva York, por cuanto, como explica el autor, "...he [the judge] was not satisfied that the application in the Swedish Court had a genuine chance of success. He quoted from the *Hong Kong case of Hebei Import & Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Limited* in which Leonard J. stated: 'The burden must be on the defendant in this case to show that the application has been made to the Chinese Court and that it is a bona fide application, not made only with a view to delaying payment. If it appears that the application is hopeless and bound to fail, this Court will not grant an adjournment'".

Entendemos que este debe ser el estándar de análisis, a fin de no incumplir con la finalidad última de la Convención de Nueva York, cual es la de posibilitar una rápida y segura ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

### **XI.2.7.3. Efecto de la anulación según la Convención de Nueva York**

Según van den Berg si un laudo arbitral ha sido anulado por la autoridad competente del país en que o conforme cuya ley se dictó el laudo arbitral, ningún estado podrá reconocer y ejecutar dicho fallo al amparo de la Convención de Nueva York.<sup>248</sup> En otras palabras, según su autorizada opinión, la anulación tendría efectos erga omnes.<sup>249</sup>

Sin embargo, autores de la talla de William Park,<sup>250</sup> Jan Paulsson,<sup>251</sup> Gary Born,<sup>252</sup> Roy Goode<sup>253</sup> y Hans Smit,<sup>254</sup> entre

---

<sup>248</sup> Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 595. "The setting aside of an award has extra-territorial effect as it precludes enforcement in the other Contracting States by virtue of ground e of Art. V(1) of the Convention". Kenneth R. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: Texas International Law Journal, Vol. 37, 2002, p. 57. El autor cita a Gharavi, quien señala que "...the drafters of the Convention 'did not want another country to enforce an award after it had been set aside by a competent authority in the rendering country,' and therefore that 'the setting aside of the award has been accorded extraterritorial effect insofar as Article V(1)(e) precludes enforcement of an award in other contracting states'".

<sup>249</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional", nota de la Secretaría (A/CN.9/309), Anuario, Vol. XIX, 1988, pp. 130-131. "...la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York y al apartado v) del inciso a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo".

<sup>250</sup> William W. Park, "Arbitration of International Contract Disputes". En: The Business Lawyer, Vol. 39, 1984, p. 1790. "The Convention permits, but does not require, refusal of recognition to awards annulled where rendered. Despite the permissive, rather than mandatory nature of the provision, courts do not in practice enforce foreign awards set aside in their country of origin".

<sup>251</sup> Jan Paulsson, "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters". En: International and Comparative Law Quarterly, Vol. 32, 1983, p. 60. "In *Berardi v. Clair*, the award rendered in Geneva was refused recognition by the French court on the grounds that it had been set aside in Geneva. In Geneva, an award may be set aside if the judge decides that the arbitrator's decision was 'arbitrary'. This is in fact what happened. (...) 1. Whilst it is true that the court behaved as if it had no option but to refuse to enforce the award under the terms of the New York Convention, this simply means that the court erred. Its error may be traced to a specific sentence: the court affirmed that Article V(1)(e) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards provides that 'la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale doit être refusée' upon proof that the award has been set aside in the country where it was rendered. The Convention does not say this. The refusal is discretionary".

otros, opinan que la Convención de Nueva York permite, mas no obliga, a no reconocer un laudo arbitral extranjero cuando ha sido anulado en el lugar de origen.

Estas dos posiciones encontradas parecerían sustentarse en una diferente interpretación del texto de la Convención de Nueva York. Así, mientras van den Berg entiende que la Convención obliga a no reconocer un laudo arbitral anulado en el lugar de origen ("shall"), Park, Paulsson, Born, Goode y Smit consideran que el tratado es permisivo ("may").

Es más, Reisman<sup>255</sup> explica que esta diferente interpretación de la Convención se genera simplemente porque en el texto en inglés de la Convención se utiliza la palabra "may" (podrá), mientras que en los textos en castellano y en francés (igualmente válidos) existiría la obligación de aplicar esta causal,<sup>256</sup> aunque nosotros

---

<sup>252</sup> Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 649. "...the Convention facilitates the recognition of foreign arbitral awards and does nothing to prevent nations from recognizing awards even if they are not obliged to and even if other countries choose not to. Note, among other things, that Article V's exceptions permit, but do not require, non-recognition".

<sup>253</sup> Roy Goode, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration". En: *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, 2001, p. 22. "It is clear that Article V is mandatory only in precluding refusal of enforcement on grounds other than those set out in it. Proof of the existence of one of those grounds entitles the courts of a Convention state to refuse recognition and enforcement but does not oblige them to do so. Refusal is discretionary".

<sup>254</sup> Hans Smit, "Proper choice of law and the Lex Mercatoria Arbitralis". En: *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. Carbonneau (ed.), Juris Publishing, 1998, p. 105. "The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards... provides only that a court in a Convention state 'may' refuse to enforce an award if it 'has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made. Accordingly, the Convention does not... impose an obligation to refuse enforcement; on the contrary, it leaves the court in the second state free to grant recognition".

<sup>255</sup> W. Michael Reisman, **Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair-**, ob. cit., p. 115. "Because of the language in the English text of the convention, the control system has appeared to some to be optional rather than imperative: 'recognition and enforcement of the award may be refused' but may be refused 'only' if there is proof of a defect, as detailed by the convention. The French text of the convention, which is equally authentic, suggests that the control system is mandatory. The Spanish text is even more clearly mandatory". Dyalá Jiménez Figueres, "La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales". En: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 4, Bogotá, 2006, p. 185. "El lenguaje del artículo V de la Convención de Nueva York se presta para diferentes interpretaciones".

<sup>256</sup> Sin embargo, Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards -Chromalloy Revisited". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 3, 1997, p. 150, opina de manera diferente: "A number of commentators have pointed to the French language version of Article V (which under Article XVI of the Convention is deemed to be as equally authentic as the English version), and note that in French Article V provides that 'enforcement will not be refused... unless...'. This phrase, they note, suggests the inference that enforcement must be refused if one of the Article V defenses applies... Yet this version can be read to have the same meaning as the English language version-

verificamos que el texto en castellano utiliza la palabra "podrá".

Sin embargo, nosotros entendemos que la discusión, si bien tiene como excusa la aparente falta de uniformidad entre los textos oficiales de la Convención,<sup>257</sup> en el fondo esconde un problema mayor.

En efecto, si leemos con cuidado la cita de Paulsson acerca del caso Berardi c. Clair,<sup>258</sup> verificaremos que el autor muestra su preocupación porque el fallo arbitral dictado en Ginebra había sido anulado conforme a una causal doméstica bastante particular ("decisión arbitraria"), ajena a las causales reconocidas y aceptadas por la Convención de Nueva York.

Como informamos en su momento,<sup>259</sup> la Convención de Nueva York solo establece las causales que serán de aplicación para que no proceda el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero, pero deja en absoluta libertad a las leyes domésticas de cada estado para determinar las causales de anulación de un laudo arbitral.<sup>260</sup>

---

*i.e. that courts must enforce foreign arbitral awards if the Article V defenses have not been proven, but that they may choose not to enforce such award is an Article V defense applies". De manera similar se pronuncia Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)". En: The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 1, 1998, p. 17. "I do not, however, agree that the French text excludes discretion under Article V. Moreover, the three other texts of the Convention (Chinese, Spanish, and Russian) are congruent with the English, and principles applicable to plurilingual treaties militate against one exception française".*

<sup>257</sup> Gerold Herrmann, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? -The 1998 Freshfields Lecture", ob. cit., p. 235, inclusive considera que la Convención guarda silencio acerca de si la anulación tiene efectos erga omnes: "The Convention is silent on whether, if a ground exists, enforcement shall be refused or whether there remains discretion to enforce the award nevertheless. Based on a recent statement by Pieter Sanders, the author of the so-called utch proposal launched at the 1958 Conference, and the fact that even the extremely liberal and internationally minded previous draft said 'shall be refused if...', I suspect that the drafters saw no room for discretion. Yet the legislative history is sufficiently unclear to allow us today to use the Convention's silence on the point".

<sup>258</sup> Ver supra cita No. 251.

<sup>259</sup> Ver supra punto No. II.I.2.4.

<sup>260</sup> Christopher R. Drahozal, "Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach". En: The American Review of International Arbitration, Vol. 11, 2000, p. 451. "A court in the arbitral situs... has the authority to vacate the award under standards set out in its national arbitration law". William W. Park, "Finality and Fairness in Tax Arbitration". En: Journal of International Arbitration, Vol. 11, No. 2, 1994, pp. 25-26. "Under the New York Convention, for example, annulment of awards is left to the national law of the arbitral situs. If an award rendered in Paris is annulled by a French court, the Convention permits courts in New York to refuse recognition of the award. However, the grounds on which the award might be set aside would be determined by French arbitration law, not the New York Convention". John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 104, cita a William Park, quien en otro artículo afirma que: "The [New York] Convention therefore

Y esta libertad tiene un claro efecto sobre la Convención de Nueva York. En efecto, si la causal contemplada en el artículo V(1)(e) "debe" ser siempre aplicada, entonces los estados miembros de este tratado se verán en la obligación de no reconocer y ejecutar laudos arbitrales anulados por el poder judicial del lugar del arbitraje, muchas veces en base a causales particulares e, inclusive, arbitrarias,<sup>261</sup> causando con ello graves perjuicios al arbitraje internacional.<sup>262</sup>

Sin embargo, van den Berg<sup>263</sup> insiste en que no es posible reconocer y ejecutar un laudo anulado en el lugar del arbitraje, por cuanto: *"The disregard of annulment of the award... involves basic legal concepts. When an award has been annulled in the country of origin, it has become non-existent in that country. The fact that the award has been annulled implies that the award was legally rooted in the arbitration law of the country of origin. How then is it possible that courts in another country can consider the same award as still valid? Perhaps some theories of legal philosophy may provide an answer to this question, but for a legal practitioner this phenomenon is inexplicable. It seems that only an international treaty can give a special legal status to an award notwithstanding its annulment in the country of origin"*.

---

*entrusts the place of arbitration with significant power to enhance, or to impair, the international effectiveness of an award rendered within its territory. The way courts at the arbitral seat exercise, or fail to exercise, their power to set an award aside generally will determine the award's international currency"*.

<sup>261</sup> Tom Carbonneau, **Supplementary Materials and Commentary to Cases and Materials on Commercial Arbitration**, Juris Publishing, Nueva York, 1998, p. 171. El autor cita a van den Berg, quien en referencia a la causal contenida en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, afirma que: *"...the grounds for refusal of enforcement under the Convention may indirectly be extended to include all kinds of particularities of the arbitration law of the country of origin. This might undermine the limitative character of the grounds for refusal listed in Article V... and thus decrease the degree of uniformity existing under the Convention"*. Matthew Secomb, "Suspension of the Enforcement of Awards under Article VI of the New York Convention -Proof and LSAS", ob. cit., pp. 6-7. El autor cita a Redfern & Hunter, quienes sobre este particular, opinan lo siguiente: *"[T]he New York Convention does not in any way restrict the grounds on which an award may be set aside or suspended by the court of the country in which, or under which, that award was made. This matter is left to the domestic law of the country concerned; and this domestic law may impose local requirements (such as the need to initial each page of the award) that judges and lawyers elsewhere would not regard as sufficient to impeach the validity of an international arbitration award"*.

<sup>262</sup> William W. Park, "Duty and discretion in International Arbitration". En: *The American Journal International Law*, Vol. 93, No. 4, 1999, p. 805. *"Unconditional respect for all foreign annulments will hardly promote efficient arbitration, since an award might be annulled in bad faith or in violation of fundamental notions of justice"*. William W. Park, "Judicial Controls in the Arbitral Process", ob. cit., p. 258. *"The Convention makes no distinction among the various grounds on which the award was set aside, whether for a matter as serious as arbitrator corruption or as parochial as failure to state reasons"*.

<sup>263</sup> Citado por Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards -Chromalloy Revisited", ob. cit., pp. 145-146.

A esta importante opinión, hay que agregar la del profesor Pieter Sanders,<sup>264</sup> quien entiende que durante la redacción de la Convención de Nueva York siempre quedó claro para todas las delegaciones participantes, que un laudo anulado en el lugar del arbitraje tenía efectos *erga omnes*;<sup>265</sup> posición que, en la práctica, es compartida por la gran mayoría de fallos judiciales y trabajos académicos.<sup>266</sup>

¿Por qué hasta la fecha no se ha seguido mayoritariamente la postura defendida por Park, Paulsson y otros? ¿Es que acaso la comunidad internacional no desea contar con un sistema ágil y eficiente de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros?

Tal vez la respuesta la encontremos nuevamente en palabras de van den Berg:<sup>267</sup> "A losing party must be afforded the

---

<sup>264</sup> *Ibidem*, pp. 146-149: "...the history of the Convention shows that in every draft presented, the annulment of an award in the country where it was made was a ground for refusal of enforcement in other countries, without any express exceptions. (...) The contemporaneous writings of one of the Convention's key participants, Professor Pieter Sanders, also support the conclusion that the Convention drafters assumed that if an arbitral award was nullified by the courts of the country of origin, it would be improper to enforce such an award under any circumstances. Professor Sanders wrote, shortly after the Convention was signed, that once an award has been set aside by the courts of the country of origin: '...the Courts [of the enforcing countries] will... refuse the enforcement as there does no longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility or even go against the public policy of the country of enforcement'".

<sup>265</sup> El propio William W. Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding procedural integrity in International Arbitration", *ob. cit.*, p. 658, reconoce que: "...an award annulled under the law of the country in which it was rendered will usually be refused recognition and enforcement abroad. Enforcement of an annulled award is rare in practice and is mandated by treaty only if the parties are covered by the 1961 European Convention". En el mismo sentido se pronuncia Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, *ob. cit.*, p. 463. "As a practical matter, if an award is vacated in the arbitral forum, it is unlikely that it will be recognized and enforced elsewhere. Nevertheless, although it occurs infrequently, some commentators take the view that, even if an arbitral award is vacated in the situs, it can still be enforced in other states".

<sup>266</sup> Aunque autores como Kenneth R. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *ob. cit.*, p. 60, tienen sobre este particular una posición contraria: "The legislative history supports the conclusion that Article V of the New York Convention is discretionary".

<sup>267</sup> Citado por Lawrence W. Newman & Michael Burrows, "Setting Aside Arbitral Awards under the New York Convention". En: *The New York Law Journal*, Noviembre 18, 1997, p. 5. Albert Jan van den Berg, "Enforcement of annulled awards?". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, No. 2, 1998, p. 15. "The underlying rationale of the rule is a concentration of judicial control over the arbitral process at the place of arbitration. However 'international' a case may be, the arbitration and award are in a vast majority of cases the product of the legal regime governing arbitration at the place of arbitration. That legal regime comprises not only the arbitration law but also the courts. Thus, who would be better suited to decide over the regularity of an arbitration than the courts at the place of arbitration? The advantage of the rule is that if the award has been set aside in the country of origin, the game is clearly over. A party will refrain from attempting to seek enforcement of the award abroad since it knows that

right to have the validity of the award finally adjudicated in one jurisdiction. If that were not the case, in the event of a questionable award, a losing party could be pursued by a claimant with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement. A claimant would obviously refrain from doing this if the award has been set aside in the country of origin and this is a ground for refusal of enforcement in other Contracting States".<sup>268</sup>

En otras palabras, si la comunidad internacional no reconoce *erga omnes* la anulación de un laudo arbitral, se perjudicaría manifiestamente a la parte que ganó la anulación, ya que la otra parte la podría llevar a litigar a cuanto poder judicial quisiera, con la finalidad de intentar que en algún lugar se ejecute el laudo arbitral anulado.<sup>269</sup>

Este efecto pernicioso es el que ha llevado inclusive a los propios impulsores de la posición contraria al efecto *erga omnes*, a considerar que es necesario encontrar un balance entre las expectativas de las partes y de los estados que forman parte de la Convención de Nueva York.<sup>270</sup>

---

*enforcement will be refused under Article V(1)(e) of the New York Convention. Thus, in the case of a questionable award, a party cannot shop around the world in order to find a flexible court somewhere which is willing to enforce such an award".*

<sup>268</sup> Christopher R. Drahozal, "Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach", *ob. cit.*, p. 469. "The possibility of successive actions increases significantly the dispute resolution costs faced by the parties; it also increases the possibility of erroneous decisions to enforce awards that should not be enforced". Gerold Herrmann, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? -The 1998 Freshfields Lecture", *ob. cit.*, p. 12. "[I]f complaints are reserved for the stage of enforcement there is no remedy for the claimant who, through unfairness, has seen his claim wrongfully dismissed; in the opposite case, the loser could 'be harassed by enforcement proceedings all round the world, accompanied by the blocking of credit balances and seizure of assets'".

<sup>269</sup> Este problema también es identificado por William W. Park, "Duty and discretion in International Arbitration", *ob. cit.*, p. 805, cuando reconoce que si no hay alguna deferencia hacia la anulación del laudo en el lugar del arbitraje, "...victims of tainted arbitrations must prove de novo the award's defects in every jurisdiction where they either have assets or set to rely on subsequent awards". Pippa Read, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium". En: *American Review of International Arbitration*, Vol. 10, 1999, pp. 186-187. "This proposal has been criticized, however, as it would not adequately address those situations where a fundamental breach of procedural fairness did arise. If, for example, an arbitrator was clearly biased and an award was issued, the practical consequences of completely delocalizing the award would mean that the losing party would have to challenge that award in each of the jurisdictions where it might be enforced against that party's property. This would be a cost and time-consuming exercise which would run counter to the aim for finality in international commercial arbitration".

<sup>270</sup> También resultan más que pertinentes las palabras de Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards -Chromalloy Revisited", *ob. cit.*, p. 157: "I would submit, however, that the unilateral disregard of foreign annulment decisions per se, by the legislature or courts of France, the United States, or any other country, would be harmful, on balance, to the goals of international commercial arbitration. First, there is a measure of disrespect for the courts of the rendering countries implicit in the automatic

En efecto, Park<sup>271</sup> considera que un laudo arbitral anulado en el lugar del arbitraje debería ser reconocido solo en dos circunstancias: cuando se presume que el poder judicial del lugar del arbitraje es corrupto o no es neutral; y, cuando el laudo arbitral haya sido anulado por causales tan particulares (por no decir, exóticas o arbitrarias), que el no reconocimiento del laudo implique atentar contra la eficacia del arbitraje internacional.<sup>272</sup>

Sin embargo, el principal problema con este argumento es: ¿Y quién va a definir cuándo un poder judicial es corrupto o no es neutral? ¿Quién va a determinar cuando una causal es lo suficientemente "exótica o arbitraria", como para justificar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral anulado en el lugar del arbitraje?

---

*disregard of their annulment decisions which runs contrary to notions of comity that prevail, to one degree or another, in most of the world. Countries which have chosen to enact laws permitting arbitration provided that annulment of awards is permitted on particular national grounds will not be unamoured with the international arbitral process if other countries enact laws which say, in effect, that the policies and court decisions of the country decisions of the country of arbitration will be given no effect whatsoever".*

<sup>271</sup> William W. Park, "Arbitration of International Contract Disputes", *ob. cit.*, pp. 1794-1795. "Enforcement of an award annulled in its country of origin might be appropriate in two cases. The first presumes that the local judiciary is corrupt or biased. For example, a judge in a country lacking a tradition of judicial independence might set aside an award rendered against his own government merely to please the bureaucracy. Secondly, postannulment recognition might be justified where the award was set aside for reasons so peculiar to the local law of the place of the proceedings that nonrecognition would defeat an efficient international arbitral process. For example, the local law of the place of the proceedings might provide that all arbitrators must sign the award".

<sup>272</sup> Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited", *ob. cit.*, p. 162: "A balance can be struck between these interest by permitting enforcement of nullified foreign awards when the enforcing courts find the nullification decisions to be arbitrary or clearly erroneous, in addition to any decisions that are proven to have stemmed from corruption, bias, or which violate the public policy of the enforcing country. By implementing a standard of this sort, enforcing countries would give deference to the decisions of the courts of the country of origin, unless they cannot discern a viable basis for the foreign courts' decision, while at the same time honouring the choice of the contracting parties to resolve their disputes by final and binding arbitration". Pierre Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene", *ob. cit.*, p. 41. "...where an award has been set aside for reasons that are specific to the law of the place where the award has been rendered, that do not correspond to generally accepted standards, there is simply no justification for refusing to grant recognition and enforcement of such award in other countries simply because it was set aside". Gary H. Sampliner, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards after Annulment in their Country of Origin". En: Mealey's International Arbitration Report, Vol. 11, No. 9, 1996, p. 591. "Over the years, a number of writers have postulated various circumstances under which the courts of enforcing countries could be justified in enforcing an arbitral award notwithstanding its having been set aside in the country of origin. For example, some commentators have suggested that enforcement might be permitted where the setting aside decision is found to be 'clearly wrong, or improperly reached', or where the court in the country of origin is 'manifestly corrupt, biased, or arbitrary'".

Si bien comprendemos la legítima preocupación de connotados expertos en arbitraje como los citados en los párrafos precedentes, en el sentido de que hay que buscar un sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que sea seguro y predecible, lo cierto es que intentar hacerlo forzando el contenido del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, es en nuestra opinión inapropiado y peligroso.

En todo caso, conviene aclarar que esta postura ha perdido una batalla, pero no la guerra. En efecto, Sampliner<sup>273</sup> hace referencia a un caso arbitral que debemos citar: Se trata de un arbitraje con sede en El Cairo, entre una empresa norteamericana (Chromalloy Aeroservices) y la República Árabe de Egipto (conocido como el *Chromalloy Case*), en el que se laudó a favor de la empresa privada, pero luego el poder judicial egipcio lo anuló conforme a una causal particular de su legislación arbitral.<sup>274</sup>

Sin embargo, aún cuando el laudo había sido anulado por el poder judicial del lugar del arbitraje, la empresa norteamericana solicitó su reconocimiento y ejecución ante su propio poder judicial.<sup>275</sup>

La corte norteamericana,<sup>276</sup> y, luego, la francesa, ambas aceptaron reconocer y ejecutar el laudo arbitral anulado

---

<sup>273</sup> Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited", ob. cit., pp. 139 y ss.

<sup>274</sup> Egipto tiene una legislación arbitral modelada en la Ley Modelo de UNCITRAL. Sin embargo, en lo referente a las causales de anulación de los laudos arbitrales, dispone de algunos supuestos absolutamente particulares, destacando la causal referida a la anulación del laudo arbitral en caso el tribunal arbitral no haya aplicado la ley sustantiva acordada por las partes. Pues bien, en este caso, Egipto argumentó que el tribunal arbitral había aplicado incorrectamente la ley aplicable, ya que apeló a las normas del Código Civil egipcio, en vez de las normas de derecho administrativo. Esto motivó que el poder judicial egipcio anulara el laudo arbitral. Sobre este particular, leer a: Pippa Read, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium", ob. cit., pp. 193-194. Obviamente esta decisión ha sido duramente criticada por la doctrina especializada. Es más, van den Berg explica que en el expediente arbitral el experto contratado por el gobierno egipcio opinó que la norma aplicable era su Código Civil y el propio abogado de ese estado consideró que cualquiera fuera la norma aplicable (Código Civil o derecho administrativo), el resultado hubiera sido el mismo. Albert Jan van den Berg, "Enforcement of annulled awards?", ob. cit., p. 18.

<sup>275</sup> John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 65. "In Chromalloy the district court confirmed an arbitral award for approximately \$17 million rendered in favor of CAS by a tribunal sitting in Cairo, Egypt, even though the Egyptian courts had set aside the award because it was 'not properly grounded under Egyptian law'".

<sup>276</sup> El fallo de la corte norteamericana puede ubicarse en: Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, ob. cit., pp. 776-784.

en Egipto, aplicando no el artículo V(1)(e), sino el artículo VII de la Convención de Nueva York.<sup>277</sup>

Recordemos<sup>278</sup> que el artículo VII de la Convención de Nueva York regula lo que en doctrina se denomina el principio de "eficacia máxima", mediante el cual si las normas de otro tratado o las disposiciones nacionales son más favorables al reconocimiento y la ejecución que las de ese tratado, primarán las primeras.<sup>279</sup>

En base a este principio, si bien el gobierno de Egipto alegó que de conformidad con el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York y al artículo correspondiente de la ley norteamericana que incorporó dicho tratado, el laudo anulado en Egipto no debía ser reconocido y ejecutado, la corte norteamericana consideró que en base al artículo VII de la Convención de Nueva York, podían aplicarse las disposiciones locales sobre la materia (Capítulo 1 de la Ley Federal de Arbitraje)<sup>280</sup> y, por lo tanto, debía reconocer y ejecutar el laudo arbitral.<sup>281</sup> Idéntica fue la postura asumida por la corte francesa.<sup>282</sup>

---

<sup>277</sup> Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited", ob. cit., p. 142. "The Court's decision mentioned its discretionary power to enforce the award under Article v(1)(e), but was based primarily on Article VII of the Convention, which permits the enforcement of foreign awards if enforcement is permitted under the domestic law of the enforcing country. Six months later, the Court of Appeal of Paris upheld Article VII and French law similar to that which had been followed in previous French enforcement cases".

<sup>278</sup> Ver supra punto No. X.1.1.

<sup>279</sup> Georges R. Delaume, "Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement", ob. cit., p. 481. "...if the law of the recognizing country is more favorable to the recognition of a foreign award than the Convention, the rules of the recognizing country will prevail".

<sup>280</sup> Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited", ob. cit., p. 152: "Egypt argued that enforcement of a nullified foreign award pursuant to Chapter 1 of the FAA would violate this statute, because it would conflict with 9 U.S.C 207, which purportedly requires a refusal to enforce a nullified foreign award. The Court rejected this argument, appropriately in my view, because the terms of the Convention ratified by the United States include Article VII, which permit foreign awards to be enforced notwithstanding any Article V defense, if the domestic law of an enforcing country permits enforcement of that award".

<sup>281</sup> El fallo en el caso Chromalloy ha sido duramente criticado por van den Berg, quien considera que el Capítulo 1 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA) norteamericana es de aplicación únicamente a laudos arbitrales dictados dentro de ese país. Albert Jan van den Berg, "Enforcement of annulled awards?", ob. cit., p. 18.

Esta crítica ha tenido eco en subsecuentes fallos del poder judicial norteamericano, como consta de los casos *Baker Marine Ltd. c. Chevron Ltd.* (Segundo Circuito Federal, 1999) y *Spier c. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.* (71 F. Supp. 2d. 279, S.D.N.Y., 1999), en los que las cortes se han negado a aplicar la legislación arbitral norteamericana conforme al artículo VII de la Convención de Nueva York, a efectos de reconocer y ejecutar laudos arbitrales anulados en Nigeria e Italia, respectivamente, lugares en los que se desarrollaron los arbitrajes. Sobre el particular, leer a: William W. Park, "Duty and discretion in International Arbitration", ob. cit., p. 807; John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal

Este no es el único caso existente. Gaillard<sup>283</sup> identifica otro resuelto por la Corte de Casaciones de Francia el 10 de junio de 1997, en los seguidos por *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*.

Se trató de un contrato de consultoría para el gobierno de Argelia suscrito en 1980, respecto del cual se generó un conflicto acerca del pago de los honorarios. Al existir una cláusula arbitral, las partes arbitraron en Ginebra, bajo las reglas arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Dictado el laudo, se inició el procedimiento de anulación en Suiza (lugar del arbitraje), que culminó con la anulación del fallo en abril de 1990. Sin embargo, el laudo fue reconocido en Francia por la Corte de Apelaciones de París en diciembre de 1991 y confirmado meses después por la Corte de Casaciones.<sup>284</sup>

---

*Arbitration Act*", ob. cit., p. 64; Pippa Read, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium", ob. cit., p. 196; James M. Gaitis, "Internacional and Domestic Arbitration Procedure: The Need for a Rule providing a Limited Opportunity for Arbitral Reconsideration of Reasoned Awards". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 15, 2004, pp. 68-69; y, Kenneth R. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., pp. 50-54. También destacamos un fallo contrario a Chromalloy, expedido por una corte distrital de Columbia, en los seguidos por Termorio S.A. E.S.P. c. *Electrificadota Del Atlantico S.A. E.S.P.*, 2006 WL 695832 (DDC 2006).

Tal vez esta falta de uniformidad en los fallos norteamericanos se deba, como explica Ahmed S. El-Kosheri, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin". En: ICCA Congreso series, No. 9, París, 1999, p. 545, a que luego de dictado el fallo de primera instancia en el caso Chromalloy, las partes arribaron a una transacción, impidiendo así que se contara con un pronunciamiento final: "Hence, it would be difficult in my opinion to claim that the... US enforcement constitutes a solid precedent that could be reasonably relied upon".

<sup>282</sup> Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)", ob. cit., p. 16. "Chromalloy achieved similar success in France... The Paris Court... concluded that the French courts were... required to apply French law to enforce the award; French law is more favourable than the Convention inasmuch as it does not recognize the annulment of an award abroad as a ground to refuse to enforce it". Sobre este particular, leer a: Emmanuel Gaillard, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin". En: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, No. 1, 1999, pp. 24-25.

<sup>283</sup> Emmanuel Gaillard, "Enforcement of a Nullified Foreign Award". En: *The New York Law Journal*, Octubre 2, 1997, pp. 1-4; Emmanuel Gaillard, "Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience", ob. cit., pp. 509-510; y, Emmanuel Gaillard, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", ob. cit., pp. 21-25.

<sup>284</sup> William W. Park, "Duty and discretion in International Arbitration", ob. cit., pp. 806-807. Como explica el autor, el caso fue aún más complejo, porque luego de que fuera anulado el primer laudo en Suiza, se inició en ese país un segundo proceso arbitral que culminó a favor de la otra parte. Presentado este segundo laudo para reconocimiento y ejecución en Francia, fue en un primer momento reconocido, aunque finalmente fue desestimado por la Corte de Casaciones francesa en aplicación del principio de cosa juzgada. Sin embargo, este segundo laudo arbitral sí fue reconocido y ejecutado en Inglaterra. Los respectivos fallos judiciales franceses recaídos en este complejo caso, pueden ubicarse en: Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration*, ob. cit., pp. 788-794.

Delaume por su parte, hace referencia al caso *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirkati c. Société Norsolor* (1984), seguido también ante el poder judicial francés. Se trató de un laudo arbitral dictado en Austria, que fue reconocido en primera instancia en Francia, cuando se encontraba en trámite el recurso de anulación en el lugar del arbitraje. El laudo fue finalmente anulado por una corte de apelaciones de Viena, bajo la causal de que fue dictado en equidad, cuando correspondía hacerlo en derecho,<sup>285</sup> lo que motivó, a su vez, que una corte de apelaciones de París decidiera no reconocer y ejecutar el laudo arbitral, de conformidad con el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.<sup>286</sup>

Sin embargo, la Corte de Casaciones<sup>287</sup> consideró aplicable la legislación francesa al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York,<sup>288</sup> por lo que al ser su Código Procesal Civil más favorable al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales foráneos,<sup>289</sup> reconoció y

---

<sup>285</sup> Emmanuel Gaillard, "Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience", ob. cit., p. 510, explica que en realidad el laudo fue anulado por la corte austríaca porque los árbitros aplicaron al fondo de la controversia la *lex mercatoria* en vez de una ley nacional, lo que fue erróneamente calificado como un fallo en conciencia o equidad. Sin embargo, al final el laudo arbitral fue confirmado en cuanto a su validez por la Corte Suprema de Austria.

<sup>286</sup> Georges Delaume, "SEEE v. Yugoslavia: Epitaph or Interlude?". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 4, No. 3, 1987, pp. 34-35. "...another decision of the Cour de Cassation in *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirkati v. Société Norsolor*, supplies as answer. This case concerned the recognition in France of an ICC award rendered in Austria, which had been the subject of an annulment proceeding in the Austrian courts. Recognition was initially granted, but following a decision of the Court of Appeal of Vienna invalidating the award, the Court of Appeal of Paris held that the order granting recognition should be retracted. The Court relied on Article V(1)(e) of the New York Convention according to which recognition and enforcement of an award may be refused if it has been 'set aside' in the country in which it was made".

<sup>287</sup> El fallo de la Corte de Casaciones de Francia de 9 de octubre de 1984, puede ubicarse en: Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, ob. cit., pp. 771-775.

<sup>288</sup> Georges Delaume, "SEEE v. Yugoslavia: Epitaph or Interlude?", ob. cit., p. 35. "This decision was quashed by the Cour of Cassation. The judgment of the Cour is based on two considerations, one of which relates to the New York Convention and the other to French law. Referring to Article VII(1) of the New York Convention, the Cour holds that, under this provision, a French recognizing court may not refuse recognition when it is authorized to grant it under French law".

<sup>289</sup> En efecto, el artículo 1502° del Código Procesal Civil francés, solo reconoce las siguientes causales:

1. If the arbitrator decided in the absence of an arbitration agreement or on the basis of a void or expired agreement;
2. If the arbitral tribunal was irregularly composed or the sole arbitrator irregularly appointed;
3. If the arbitrator decided in a manner incompatible with the mission conferred upon him;
4. If due process was not respected;
5. If recognition or enforcement would be contrary to international public policy".

ejecutó el laudo arbitral,<sup>290</sup> aun cuando había sido anulado en Viena.<sup>291</sup>

El argumento principal para la inteligente utilización del artículo VII de la Convención de Nueva York conjuntamente con la legislación doméstica más favorable al reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, la da Paulsson:<sup>292</sup> *"The purpose of the New York Convention was simply to make it easier to enforce foreign awards by establishing a minimum standard for obligating enforcement, not to establish a comprehensive and unitary regime. To the extent that past or future rules allowed enforcement without the Convention, the latter was not intended to intrude; Article VII makes this clear, providing that national rules or indeed other treaties*

---

<sup>290</sup> Georges Delaume, *"SEEE v. Yugoslavia: Epitaph or Interlude?"*, ob. cit., p. 35. *"In fact, since the provisions of the New Code of Civil Procedure are more favourable to the recognition of 'international awards', than those of the Convention regarding the recognition of 'foreign awards', the decision means that French law will prevail over the Convention"*. Se trata de una postura uniforme del poder judicial francés, ya que ha sido ratificada, por ejemplo, en el fallo de la Corte de Casaciones de 17 de octubre de 2000, en los seguidos por ASECNA -Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. Issakha N'Doye (Yearbook Commercial Arbitration, A. J. Van den Berg (Ed.), Vol. XXVI, 2001, pp. 767-770) y en la decisión de la Corte de Apelaciones de París de 29 de septiembre de 2005, en el caso Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Bubaï c. Bechtel, en el que se autorizó el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral que había sido anulado por los tribunales de Dubai. Sobre este particular, leer a: Alexis Mourre y Luca G. Radicati di Brozolo, *"Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back"*, ob. cit., p. 186; y, Thomas H. Webster, *"Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings"*, ob. cit., pp. 213-216.

<sup>291</sup> Diversos autores identifican casos similares a los que venimos tratando: Jan Paulsson, *"Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)"*, ob. cit., pp. 15-16. *"SONATRACH v. Ford, Bacon and Davis Inc... (ICC award rendered in Algiers in favour of U.S. party declared enforceable in Belgium notwithstanding its having been 'overruled' (infirmée) by the Court of Appeal of Algiers; New York Convention held inapplicable because Algeria acceded to it after award had been rendered, and no grounds for refusal of enforcement under Belgian law had been shown); Ministry of Public Works of Tunisia v. Société Bec Frères... (award enforced in France notwithstanding a Tunisian court judgment declaring the arbitration clause to be null and void)..."*. Kenneth R. Davis, *"Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards"*, ob. cit., p. 63. *"V/O Tractoroexport v. Dimpex Trading B.V. ... (1991) (applying Netherlands law more favorable to enforcement than the enforcement grounds in Article V)"*. Georges R. Delaume, *"Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement"*, ob. cit., p. 482, agrega el caso *Ministere Tunisien de l'Equipement c. Societe Bec Freres*, resuelto por una corte de apelaciones de París en 1994. Por último, Jason Fry, *"Enforcement of the Award"*, ob. cit., p. 17, identifica el proceso seguido por *Polish Ocean Line c. Jolasry*, resuelto por la Corte de Casaciones francesa el 10 de marzo de 1993.

<sup>292</sup> Jan Paulsson, *"Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)"*, ob. cit., p. 18. Jan Paulsson, *"May or Must under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics"*. En: *Arbitration International*, Vol. 14, 1998, p. 227. *"There could hardly be a more obvious indicator of the pro-enforcement bias than Article VII, which allows courts to disregard the Convention if they find a more favourable legal basis of enforcement"*.

shall be given preference if they are more favourable to enforcement".<sup>293</sup>

En nuestra opinión, aún cuando consideramos que este proceder parecería tener cabida dentro de lo que dispone el artículo VII de la Convención de Nueva York, entendemos al mismo tiempo que no resulta conveniente, por cuanto atenta contra dos de las finalidades principales de la Convención de Nueva York: La armonización y la uniformidad en el arbitraje.<sup>294</sup>

En efecto, este proceder solo es aplicable en aquellos estados cuya ley arbitral es más favorable que la Convención de Nueva York, lo que implica que solo es útil en Holanda y Francia,<sup>295</sup> y, al parecer, en los Estados Unidos de América<sup>296</sup> y en algunos otros pocos estados.<sup>297</sup>

---

<sup>293</sup> Roy Goode, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 25. Explica el autor que puede suceder que "...under the laws of the enforcing state the grounds for refusal of recognition of a foreign arbitral award are more restricted than those of Article V [of the New York Convention] and in particular do not include the setting aside of the award under the lex loci arbitri. The courts of such states are then permitted by Article VII of the New York Convention to recognize the right of the party obtaining the award to benefit from the more generous approach of the domestic law of the state of enforcement and, if the requirements of that law are met, to have the award enforced even though it has been annulled by the court of origin".

<sup>294</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional, Nota de la Secretaría", A/CN.9/460, ob. cit., p. 32. "...una de las críticas que se ha hecho a este planeamiento es que si los Estados, como consecuencia de esto, son incitados a adoptar criterios individualizados para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esto obrará en contra de los objetivos de armonización y unificación de las legislaciones nacionales". Sobre este particular, leer a: Roy Goode, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", ob. cit., pp. 9-40.

<sup>295</sup> Georges R. Delaume, "Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards", ob. cit., p. 13. "However, it should be borne in mind that the Convention (Article VII(1)) does not deprive a party from seeking recognition of an award on the basis of domestic rules when these may be more favourable to recognition than the provisions of the Convention. This is an option which has been acknowledged in such countries as the Netherlands... and France". Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 785. "The common French (Norsolor) and United States (Chromalloy) interpretation of New York Convention Article VII (in relation to Article V(1)(e)) appears to be followed in a number of other jurisdictions. For the German position, see the German Supreme Court decision: BGH Feb. 26, 1991... In the Netherlands the Arbitration Act of 1996 Article 1976 provides for the same result".

Sin embargo, entendemos que esta ya no es más la postura alemana, conforme al artículo 1061(3) de la reciente Ley de Arbitraje de Alemania: "If the award is set aside abroad after having been declared enforceable, application for setting aside the declaration of enforceability may be made". Klaus Sachs, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The German Perspective". En: ICCAPublications.com, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17657](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17657), p. 2. "...one may conclude that the prevailing view under German law is that the decisions rendered on the award by the courts of its origin take precedence over the enforcement decisions of the German court".

<sup>296</sup> Emmanuel Gaillard, "U.S. Courts can Enforce Foreign Arbitral Awards Annulled in their Country of Origin". En: New Jersey Law Journal, Diciembre

En cambio no es aplicable, por ejemplo, en el Perú, ya que como hemos explicado, las causales dispuestas en la LGA para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero (artículo 129°), son prácticamente las mismas a las dispuestas por el artículo V de la Convención de Nueva York, razón por la cual, mientras nuestras normas no sean más favorables a las contenidas en el mencionado tratado,<sup>298</sup> será de aplicación la Convención de Nueva York al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que provengan del extranjero, sobre la base de la supremacía de los tratados sobre la legislación doméstica que reconoce la propia LGA.<sup>299</sup>

De esta manera, la utilización del artículo VII de la Convención de Nueva York para autorizar la aplicación de la legislación local a laudos foráneos anulados es marginal y muy poco valiosa al momento de intentar resolver, de manera general y uniforme,<sup>300</sup> el problema generado por el artículo V(1)(e) de dicho tratado, que deja a la decisión de cada estado miembro la determinación de las causales de

---

8, 2003, pp. 1-3. En este trabajo el profesor Gaillard identifica un nuevo caso resuelto esta vez por una corte de apelaciones del Quinto Circuito Federal norteamericano, en el que se reconoce un laudo arbitral anulado por las cortes de Indonesia (lugar del arbitraje). El caso es KBC c. Pertamina, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003).

<sup>297</sup> Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)", ob. cit., p. 20. "The same is true for any other country where the law has a narrower definition of defective awards than that of Article V of the Convention...". David W. Rivkin, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience". En: ICCAPublications.com, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17651](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17651), p. 9, identifica el caso SONATRACH c. Ford, Bacon and Davis, Inc., resuelto por una corte de primera instancia de Bruselas en 1988, en el que se dispuso reconocer y ejecutar un laudo arbitral CCI que había sido anulado por el poder judicial de Argelia.

<sup>298</sup> Ver supra punto No. X.1.2.

<sup>299</sup> Como explican Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 785, tampoco será de aplicación la legislación local en: "...Switzerland, because article 194 of the Swiss Law on Private International Law of 1989... incorporates New York Convention Article V by reference. The same is true in Italy, where the provisions of Article V are substantially reproduced in article 840 of the Italian Arbitration Law of January 5, 1994... The same is also true in any country that adopts the UNCITRAL Model Law, because Article 36 of the Model Law repeats the New York Convention Article V provisions as grounds for refusing recognition and enforcement of an award". Erica Smith, "Vacated arbitral awards: recognition and enforcement outside the country of origin". En: Boston University International Law Journal, Vol. 20, 2002, p. 356. "Germany applies the New York Convention to allow its courts to refuse recognition and enforcement in a manner that is responsive to the review process by national courts of the situs, the country where the arbitration took place". Entendemos que la misma situación se observa en Inglaterra.

<sup>300</sup> Georges R. Delaume, "Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement", ob. cit., p. 482. "Application of Article VII is... not necessarily conducive to uniformity of results, since domestic rules are not coterminous and may have different consequences".

anulación de los laudos arbitrales dictados dentro de sus fronteras.<sup>301</sup>

¿Qué hacer entonces? ¿Cómo debería solucionarse este problema en un futuro próximo? Trataremos de contestar estas interrogantes.

En primer lugar, conviene insistir en que el problema es que la Convención de Nueva York no limita las causales de anulación de los laudos arbitrales dictados en el foro, por lo que la ley del estado en que o conforme a cuya ley arbitral se dicta un laudo arbitral tiene discrecionalidad plena para establecer cualquier tipo de causal,<sup>302</sup> pudiendo de esa manera afectar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en el extranjero.<sup>303</sup>

Identificado el problema, lo que se quiere en el fondo es que exista, como propone Paulsson,<sup>304</sup> un "Estándar Internacional" en materia de anulación de laudos arbitrales. En otras palabras, que existan causales de

---

<sup>301</sup> Además, esta aproximación unilateral desarrollado por algunas cortes puede generar, como explica Eric Schwartz citado por Kenneth R. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., p. 82, que "...by ignoring annulments, decisions as Chromalloy will feed the distrust of arbitration prevalent in certain quarters, particularly in the Middle East. Rather than advancing the acceptance of internationalized awards, decisions such as Chromalloy would scuttle that very cause". Sin embargo, Pierre Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene", ob. cit., p. 39, tiene sobre este particular una postura contraria: "I do not believe that the recognition and enforcement of annulled awards constitutes a threat to the legal system of the country where the award was issued because of the nature of arbitral awards and of the specificity of the arbitral process".

<sup>302</sup> Christopher R. Drahozal, "Enforcing vacated International Arbitration awards: An Economic Approach", ob. cit., p. 455. "The New York Convention addresses only the grounds on which a contracting state may decline to enforce an award; it does not limit the grounds on which a court in the arbitral situs may vacate an award. Instead, that is left to the national law of the situs, where the award is made". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era Ed., p. 685. "It is important to remember... that the New York Arbitration Convention establishes no criteria for proper or improper vacatur at the arbitral situs. Judicial review of an award at the place where made will be governed by the local arbitration law there in force, which may provide for award vacatur on any ground it sees fit, or for no vacatur at all".

<sup>303</sup> Emmanuel Gaillard, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", ob. cit., p. 29. "Differences concerning the grounds that are recognized for setting aside or refusing to enforce any award have been at the root of the Norsolor-Hilmarton case law".

<sup>304</sup> Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)", ob. cit., p. 14. "National courts should now be prepared to allow the arbitral process to become truly international, by enforcing awards rendered in other countries on the basis of no other criteria than those which are internationally accepted. To be more specific, I propose that the annulment of an award by the courts in the country where it was rendered should not be a bar to enforcement elsewhere unless the grounds for that annulment were ones that are internationally recognized".

anulación internacionalmente reconocidas que sean, solo ellas, las que vinculen erga omnes a los demás estados.

En palabras de Sampliner, estas causales serían las establecidas en el artículo V(1) (a-d) de la Convención de Nueva York.<sup>305</sup>

¿Cómo implementar la idea? Creemos que enfrentándola de dos maneras:

La primera, como bien explica Read,<sup>306</sup> se viene generando gracias a que cada vez son más estados los que están modificando sus legislaciones arbitrales (muchas de ellas obsoletas) incorporando disposiciones modernas que cubren las expectativas del arbitraje internacional. En ese proceso, destaca la adopción de leyes arbitrales que siguen muy de cerca la Ley Modelo de UNCITRAL.<sup>307</sup>

Sin embargo, esto en nuestra opinión no basta, ya que siempre existirá el riesgo de que, por ejemplo, se aplique indebidamente la causal de orden público.<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited", ob. cit., p. 162. "Paulsson... recommends that courts should honour so-called 'International Standard Annulment' decisions-i.e. those decisions which are based on the internationally recognized grounds under Articles v(1) (a-d) of the New York Convention for refusal to enforce foreign arbitral awards, but that they should give no effect to so-called 'Local Standard Annulment' decisions, i.e. decisions to annul awards based on any other ground of local law".

<sup>306</sup> Pippa Read, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium", ob. cit., p. 199. "In practice, many of these undesirable consequences no longer exist, due to the emerging uniformity of national arbitration laws governing international arbitration. Many nations, which in the past displayed these unwanted characteristics, suffered commercially as a result of the decline in international arbitrations conducted within their borders. In response, these nations have amended their national arbitration laws in line with the current needs and expectations of parties to international arbitration. This process has been substantially assisted by the existence of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration".

<sup>307</sup> Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, ob. cit., 2da. Ed., p. 643. "With respect to the grounds for setting aside (annulment, recours en annulation, Aufhebung), no international treaty exists that mandates harmonization. There is, however, a very strong trend toward convergence anchored in the UNCITRAL Model Law". Christopher R. Drahozal, "Enforcing vacated International Arbitration awards: An Economic Approach", ob. cit., p. 456. "Many national laws follow the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, which tracks the list of grounds for nonenforcement of awards contained in the New York Convention". Aunque Jan Paulsson, "Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law". En: ICCA Congress series, No. 9, París, 1999, pp. 574-582, considera que se requiere una nueva Ley Modelo que restrinja aun más las causales de anulación establecidas en la actual Ley Modelo de UNCITRAL. Ver supra punto No. II.2.

<sup>308</sup> Emmanuel Gaillard, "Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience", ob. cit., p. 520. "The adoption of the UNCITRAL Model Law by numerous States should have the effect of harmonizing the various grounds for nullification... The possibility remains, however... [that] conflicting conceptions of international public policy could produce widely diverging standards of interpretation". Por eso, Matthieu de Boissésou, "Enforcement in Action: Harmonization Versus Unification". En: ICCA Congress

Por ello, creemos que además sería necesario un protocolo adicional a la Convención de Nueva York,<sup>309</sup> que siga el camino ya trazado por la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961),<sup>310</sup> la que en su artículo IX<sup>311</sup> dispone que la anulación de un

---

Series No. 9, París, 1999, p. 599, recomienda que se modifique el artículo 34° de la Ley Modelo de UNCITRAL: "It may be desirable to amend said Art. 34, bearing in mind that the UNCITRAL Model Law has already been used by a number of countries to establish their own national arbitration laws. These countries could then progressively adopt the reworked and simplified version of Art. 34 once it is adopted".

<sup>309</sup> Erica Smith, "Vacated arbitral awards: recognition and enforcement outside the country of origin", ob. cit., p. 377-378. "The New York Convention should be updated to require acknowledgment of review in the country that hosted the arbitration. Specifically, the New York Convention should outline international standards for adopting the result of that review to ease the task of the recognition and enforcement forum". Como alternativa a esta reforma, Matthieu de Boissésou, "Enforcement in Action: Harmonization Versus Unification", ob. cit., p. 597, propone que los estados procedan a celebrar convenios en los que se comprometan recíprocamente a no aplicar el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

<sup>310</sup> Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 649. "The 1961 European Convention on International Commercial Arbitration applies to disputes between nationals of different signatories; the European Convention obliges signatory states to enforce arbitral awards, except where they have been vacated for specified reasons. Where an award in a dispute between nationals of signatory states is vacated in a country on a basis not recognized in the European Convention, the obligation to enforce would remain". Gerold Herrmann, "The 1958 New York Convention: Its Objectives and Its Future". En: ICCAPublications.com, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17559](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17559), p. 5, propone en cambio un nuevo tratado que debería incluir, entre otros, "...discretionary restriction in applying the refusal grounds of Art. V, at least as limited as laid down in Art. IX of the 1961 Geneva Convention".

<sup>311</sup> El artículo IX de la Convención de Ginebra dispone lo siguiente:

"1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral, y ello por una de las siguientes razones:

a) las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicables, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o

b) la parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos; o

c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria, o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas; o

d) la constitución o composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio.

2. En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en el Convenio de Nueva York de 10 de Junio de 1958 sobre

laudo arbitral en el lugar del arbitraje solo será efectiva *erga omnes*, si es que se basa en alguna de las causales reconocidas en dicho tratado.<sup>312</sup>

Con una reforma en ambos sentidos como la indicada,<sup>313</sup> entendemos que se logrará, en un futuro próximo, la tan

---

*Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1 del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1, e) del Convenio de Nueva York únicamente a los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1".*

Los estados que han ratificado esta Convención aplicable fundamentalmente a estados europeos son, a octubre de 2005: Alemania, Austria, Belarús, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, Federación Rusa, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Rumania, Serbia y Montenegro, Turquía y Ucrania. Fuente: Kluwer Law Internacional, [www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/cstates/default.asp?ipn=cstates1;legis:eur](http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/cstates/default.asp?ipn=cstates1;legis:eur).

<sup>312</sup> Gary H. Sampliner, "Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited", ob. cit., p. 146. "As Dr. van den Berg notes, the European Convention on International Commercial Arbitration (European Convention of 1961) does expressly permit the enforcement of arbitral awards that have been set aside in other signatory countries for reasons not enumerated therein -e.i. the four internationally recognized standards for refusal to enforce an award set forth in Article v(1)(a-d) of the New York Convention". William W. Park, "Finality and Fairness in Tax Arbitration", ob. cit., pp. 25-26. "Under the New York Convention, for example, annulment of awards is left to the national law of the arbitral situs. If an award rendered in Paris is annulled by a French court, the Convention permits courts in New York to refuse recognition of the award. However, the grounds on which the award might be set aside would be determined by French arbitration law, not the New York Convention. In contrast, the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration, which complements the New York Convention in disputes among residents of European countries, permits refusal of recognition of an award annulled in another Contracting State only if the annulment was for a Convention-enumerated reason".

Así, por ejemplo, Andrea Giardina, "The Practical Application of Multilateral Conventions", ob. cit., p. 5 y Pierre Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene", ob. cit., pp. 44-45, identifican dos fallos de la Corte Suprema de Austria, en los seguidos por DO Zdravilisce Radenska c. Kajo-Erzeugnisse, Essenzen GmbH.

Aquí se dictó un laudo arbitral en Belgrado (ex Yugoslavia), en el que se reconoció una suma de dinero a favor de la empresa austriaca. El laudo arbitral fue luego anulado por la Corte Suprema de Eslovenia, en base a la causal de orden público.

El 20 de octubre de 1993, la Corte Suprema de Austria declaró procedente la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, al considerar que de conformidad con el artículo IX de la Convención de Ginebra de 1961, el laudo había sido anulado por una causal distinta a las dispuestas en ese tratado. Luego de esta decisión, la empresa yugoslava inició un nuevo proceso oponiéndose al reconocimiento y ejecución del laudo, lo que tampoco fue amparado por la mencionada Corte Suprema en fallo de 23 de febrero de 1998, por la misma razón.

<sup>313</sup> Otra reforma es la propuesta por Holtzman y Schwebel, en el sentido que se cree una Corte Internacional que reemplazaría a las cortes judiciales en la tarea de revisar la validez de los laudos arbitrales (es decir, resolvería los recursos de anulación contra las sentencias arbitrales) y dispondría su ejecución directa sin requerir la intervención judicial. Abul F.M. Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration". En: American University International Law Review, Vol. 14, 1999, pp. 730-731. "Judge Holtzmann and Professor Schwebel have proposed an 'International Court of Arbitral Awards' that: would have not only exclusive jurisdiction on the recognition and enforcement of arbitral awards as provided by the New York Convention, but would as well

necesaria armonización y uniformidad en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.<sup>314</sup>

---

*substitute national courts for the setting aside of arbitral awards on the grounds provided by the New York Convention in its Article V. In the Holtzmann/Schwebel proposal, the decision rendered by the International Court of Arbitral Awards would be executed by the officials of signatory States without reference by the national courts". Esta idea, sin embargo, la consideramos de muy difícil, sino imposible implementación o, como la llama Pipa Read, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millenium", ob. cit., p. 187, "...the 'impossible dream'". Charles N. Brower, "The Coming Crisis in the Global Adjudication System". En: World Arbitration & Mediation Report, Vol. 13, No. 10, 2002, p. 271. "Even more problematic to the success of the proposed court is the sheer impracticality at the start of the twenty-first century of negotiating and bringing into force among the broadest range of states, including all of the major commercial, trading and capital-exporting ones, a convention on any subject. The increased number of states and an attitude in Washington disturbingly unfriendly to treaty regimes undermine the viability of this solution".*

<sup>314</sup> Pieter Sanders, "A twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", ob. cit., p. 276. "The Geneva Convention of 1961... contains a limitation of the grounds for set asides in arbitrations that deal with 'disputes arising from international trade..."

*This example might be followed when modification of the New York Convention is considered. The New York Convention could be modified to provide that the grounds for set asides in the country where awards are made should be limited to those mentioned as grounds for refusal under said paragraph a-d in disputes arising out of international trade".*