

II

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 Y LA LEY MODELO DE UNCITRAL(*)

Cuando dos o más personas pactan la sumisión de sus potenciales o actuales conflictos al conocimiento de uno o más árbitros, ellos esperan al menos tres cosas:

- a. Que una vez que surja una controversia, el acuerdo de arbitraje pueda ser ejecutado y que, por lo tanto, el conflicto no termine en manos del poder judicial;
- b. Que el procedimiento arbitral se desarrolle de la manera acordada por las partes o que, en todo caso, la ley que lo regule sea lo suficientemente flexible, como para que el procedimiento se acomode a las necesidades de las partes; y,
- c. Que el laudo arbitral pueda ser ejecutado contra el perdedor en caso de incumplimiento.¹

De nada servirá que las partes pacten el sometimiento al arbitraje, si al momento en que surge el conflicto el acceso al arbitraje se encuentra prohibido o limitado por disposiciones legales que obligan a ventilar las controversias ante el poder judicial, si el procedimiento arbitral se encuentra regulado por

(*) La presente sección se basa parcialmente en el artículo del autor titulado "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales". En: Themis, Revista de Derecho, No. 21, Lima, 1992.

¹ John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act". En: The American Review of International Arbitration, Vol. 11, 2000, pp. 95-96. "According to the respected authority on international commercial arbitration and, in particular, the New York Convention, Professor van den Berg, the characteristics of an adequate national legislation on arbitration can be summarized as follows:
1. The validity and ability to enforce an agreement to submit a future dispute to arbitration;
2. The power of the national courts to name one or more arbitrators when the parties are unable to agree on this point (or when a party refuses to cooperate in accordance with the nomination procedure);
3. Recognition of the freedom of the parties to regulate arbitral procedure as they believe appropriate;
4. Enforcement of the award by means of a summary procedure;
5. An action to vacate the arbitral award for the reasons set forth in the law;
6. Limitation of the grounds for vacatur and exclusion of review of the merits of the arbitral award by the court".

disposiciones imperativas que hacen difícil que se desarrolle de la manera deseada por las partes, o si, finalmente, aún cuando se dicte el laudo arbitral, éste no pueda ser ejecutado contra el perdedor en caso de incumplimiento.²

Tradicionalmente, aún cuando la decisión de acceder al arbitraje ha dependido del pacto de las partes, los requisitos y condiciones del acuerdo, todo lo relativo al procedimiento arbitral que se seguirá hasta la resolución del conflicto, como el reconocimiento y la ejecución de la sentencia que expidan los árbitros (denominada laudo arbitral), generalmente han dependido no de lo estipulado por las partes, sino de lo dispuesto las leyes de los diferentes estados que, por diversos motivos, intervienen desde la formación del acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral; situación que no en pocos casos ha causado a las partes más de un dolor de cabeza³ (y todavía puede seguir causando mas de un problema, aunque en menor escala).

Con un simple ejemplo demostraremos las complicaciones que han enfrentado y que aun hoy pueden enfrentar las partes que pactan la sumisión de sus conflictos a

² Luis A. Breuer G., "La Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975". En: www.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/artbpy.html, p. 1. "Es aceptado que la eficacia del arbitraje... radica finalmente en la pregunta de si una sentencia arbitral puede ser ejecutada contra la parte vencida".

³ Fernando Mora Rojas, "La Ley Modelo de UNCITRAL, sobre Arbitraje Comercial Internacional". En: Arbitraje Comercial y Laboral en América Central, Alejandro M. Garro (Ed.), Nueva York, Transnational Juris Publications, 1990, p. 193. "El ingenio de las partes y el de sus abogados que se ven envueltos en problemas nacidos del comercio internacional es ilimitado. Ellos pueden producir las más ingeniosas fórmulas tendientes al perfeccionamiento de 'convenios de arbitraje' que les permitan resolver sus diferencias de una manera económica y, sobre todo, veloz. La velocidad de las transacciones comerciales no se puede adaptar a la lenta maduración de las sentencias judiciales. Sin embargo, todo este ingenio puede malograrse por leyes domésticas sobre arbitraje que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes. Se ha señalado también que, con frecuencia, las leyes nacionales desconocen los efectos jurídicos de las 'cláusulas compromisorias', acordadas para resolver problemas futuros. Otras legislaciones vedan a las partes la libertad de escoger los árbitros, o las obligan a seguir procedimientos preestablecidos, engorrosos y genéricos y por ello inadaptados a casos concretos. La legislación doméstica suele reservar la decisión acerca de la competencia del tribunal arbitral a los tribunales judiciales y sustraen, por tanto, esa materia del conocimiento de los árbitros."

arbitraje: Pedro (domiciliado en el país Z) suscribe en el país Q un contrato de compra-venta de mercaderías con Juan (domiciliado en el país X), acordando que cualquier conflicto que se genere de la ejecución o interpretación de dicho contrato será resuelto por un tribunal arbitral con sede en el país Y, pactando además una serie de condiciones como la forma de nombramiento de los árbitros, sus requisitos, la ley aplicable al fondo de la controversia, y el compromiso de que el laudo arbitral que se dicte será definitivo e irrecurrible ante cualquier instancia judicial.

Generado el conflicto, Juan notifica a Pedro de su intención de arbitrar y le requiere para que cumpla con designar a su árbitro. Sin embargo, Pedro lejos de cumplir, procede a demandar a Juan ante los tribunales judiciales de su domicilio, es decir, del país Z.⁴ Ante esta situación, Juan se ve obligado a litigar ante el poder judicial de un estado que le es extraño, con la finalidad que se respete el acuerdo de arbitraje. Verifiquemos que, en este escenario, los tribunales de justicia del país Z van a determinar, de conformidad con sus disposiciones domésticas, si procede la solicitud de Juan para que la controversia sea derivada a arbitraje, pudiendo ocurrir que se declare infundado tal pedido y que, en consecuencia, el tribunal de justicia termine conociendo el conflicto.⁵

Pero imaginemos que Juan logra convencer a los tribunales del país Z, de que la controversia debe ventilarse ante un tribunal arbitral. Con la finalidad de dar cumplimiento al pacto arbitral, Juan se comunica con un abogado del país Y, solicitándole un informe

⁴ Para efectos del presente ejemplo, asumimos que de conformidad con las disposiciones legales sobre jurisdicción del país Z, sus cortes tienen competencia para conocer de la controversia surgida entre A y B. En todo caso, es importante señalar que Pedro podría demandar a Juan ante cualquier poder judicial que de acuerdo a sus normas domésticas pudiera asumir jurisdicción, en base a factores de conexión tales como el domicilio, la residencia o la nacionalidad de las partes, la materia controvertida, etc.

⁵ La generalidad de las legislaciones reconocen la posibilidad de que la parte interesada deduzca una excepción, denominada comúnmente de "convenio arbitral", mediante la cual se solicita al poder judicial que deje de conocer una materia que ha sido reservada por las partes a conocimiento de los árbitros. El problema estriba, sin embargo, en el hecho de que generalmente cada legislación nacional determina sus propias condiciones para amparar la excepción. Sobre este tema, ver infra punto No. II.1.2.3.

acerca de la manera de iniciar de inmediato el arbitraje.

El abogado revisa los documentos y la ley de su país, y lo primero que informa a su cliente, es que de acuerdo con las disposiciones domésticas de dicho estado, la materia controvertida no sería arbitrable, el acuerdo de las partes acerca del nombramiento de los árbitros y sus requisitos no se ajustarían a ley y el procedimiento pactado violentaría normas imperativas del foro.⁶

Obviamente todos estos escollos impuestos por la legislación del país Y, impedirán, o en el mejor de los casos complicarán, el desarrollo del arbitraje pactado, aún cuando las partes tuvieron la precaución de acordar de antemano todos los temas del arbitraje que ahora la legislación del país Y se niega a aceptar.

Pero, una vez más, imaginemos que luego de muchos contratiempos, el arbitraje se lleva a cabo y se dicta el laudo arbitral a favor de Juan. Sin embargo, cuán grande será su sorpresa cuando se entera que de conformidad con la ley del país Y, procede la interposición de un recurso de apelación contra el fallo arbitral ante el poder judicial, aún cuando las partes habían acordado libre y de manera expresa, que lo resuelto por los árbitros sería cosa juzgada.

Por último, asumamos que luego de un penoso proceso judicial se confirma la validez del laudo arbitral, pero aún así, Pedro no cumple con lo resuelto en su contra. Ante esta situación, Juan se comunica con un abogado del país en el que domicilia Pedro (es decir, del país Z) y le solicita información acerca de la manera de ejecutar el laudo arbitral en dicho lugar.

⁶ Aunque regresaremos sobre este tema en los puntos II.1.2.4 y II.2, conviene precisar que la aplicación de las disposiciones imperativas del foro a todo lo relacionado con el procedimiento arbitral, es un problema al que todavía tienen que enfrentarse las partes de un arbitraje. Gerold Herrmann, "The UNCITRAL Model Law - its background, salient features and purposes". En: *Arbitration International*, Vol. 1, No. 1, 1984, p. 7. "A current complaint is that the expectations of parties as expressed in their arbitration agreement are often frustrated by mandatory provisions of law, ie, provisions of the law applicable to arbitration from which parties may not derogate".

El abogado presuroso le contesta que de acuerdo con la legislación de su país, todo laudo arbitral dictado en contra de una persona que domicilie en Z, aún cuando sea emitido en el extranjero, es considerado un laudo doméstico (como si hubiera sido dictado en ese país), y que, en consecuencia, procede la interposición de un recurso de apelación ante su poder judicial.

Ante el informe del abogado que lo deja desconcertado, Juan decide perseguir los bienes que posee Pedro en el país K. Pero, una vez más, el abogado local le informa que el trámite de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales es el mismo que el aplicable a las sentencias judiciales extranjeras, por lo que no solo habrá que invertir tiempo y dinero, sino que, además, al exigir la legislación del país K que se demuestre que el poder judicial del país Y (donde se dictó el laudo arbitral) ejecuta sus sentencias judiciales (principio de reciprocidad), el resultado es incierto.

Ante este nuevo problema, Juan decide que lo más económico y eficiente es comprar un marco, enmarcar el laudo, colgarlo en la pared de su casa y, además, nunca más arbitrar.

Estamos seguros que más de un lector pensará que hemos planteado un ejemplo extremo, pero la verdad es que muchos arbitrajes se han frustrado debido a la falta de uniformidad y a la existencia muchas veces de legislaciones arbitrales obsoletas en los diferentes estados que, potencialmente, pueden intervenir en un arbitraje.

Estos problemas explican, en gran medida, porqué el arbitraje ha tenido hasta no hace mucho tiempo atrás tantas dificultades para desarrollarse plenamente como mecanismo alternativo al poder judicial en la resolución de los conflictos.

Felizmente, todos estos escollos que hemos identificado, que se reflejan antes (cuando se quiere ejecutar el acuerdo de arbitraje), durante (cuando se intenta llevar adelante el arbitraje de conformidad con las reglas pactadas por las partes), y después de que los árbitros han dictado el fallo (cuando interviene el poder judicial para revisar o ejecutar el laudo arbitral), han sido abordados por comunidad

internacional, la cual, como veremos enseguida, ha tratado por diversos medios de alcanzar la ansiada uniformidad y, además, ha incentivado la emisión de leyes arbitrales modernas, con la finalidad de reducir de manera significativa los riesgos identificados y, con ello, permitir el desarrollo masivo de la práctica del arbitraje.

Veamos a continuación el estado actual de las cosas, empezando, sin embargo, con el tema del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, ya que ha sido, históricamente hablando, la principal preocupación de la comunidad internacional.

II.1. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES⁷

Una de las principales dificultades que pueden enfrentar los agentes económicos que pactan el arbitraje (en especial los que participan en el intercambio comercial internacional), es el referido al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, ya que el vencedor de un laudo arbitral puede sufrir los siguientes problemas:

a. **En el país donde se dicta el laudo.**- Dependiendo de la legislación del foro, el laudo arbitral podría ser revisado por el poder judicial en el fondo (recurso de apelación) o en la forma (recurso de anulación).

Con cargo a analizar este tema más adelante,⁸ conviene precisar que el alcance de la revisión por parte del poder judicial dependerá en exclusiva de lo que disponga la ley arbitral del foro (salvo que existan tratados sobre la materia), por lo que bien podría suceder que aplicando las normas domésticas de dicho estado, un laudo arbitral sea finalmente modificado en el fondo o anulado por algún vicio en la forma.

⁷ Luis A. Breuer G., "La Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975", ob. cit., p. 1. "El procedimiento por el cual un Estado otorga eficacia y fuerza ejecutoria a una sentencia arbitral extranjera invocada en su territorio, y ordena la imposición de mecanismos coercitivos para lograr el efectivo cumplimiento de la misma, se denomina, de reconocimiento y ejecución".

⁸ Ver infra puntos No. 2.1.2.4. y II.2.

Como veremos más adelante, la disparidad legislativa y jurisprudencial en el tratamiento de la revisión por parte del poder judicial de los laudos arbitrales dictados en el foro, es un problema que ha sido parcialmente solucionado.⁹

b. En el país donde se intenta ejecutar el laudo.- El ganador del arbitraje, que necesita ejecutar el laudo arbitral en un país distinto de aquél en el que se dictó (porque, por ejemplo, el deudor tiene allí sus bienes), puede sufrir también una serie de problemas, como son:

1. Que este tercer estado considere, a partir de criterios como el domicilio o la nacionalidad de las partes, la materia controvertida o cualquier otro factor de conexión aplicable, que el arbitraje llevado a cabo fuera de sus fronteras es, sin embargo, uno nacional o doméstico.

De esta decisión soberana se desprenden dos graves consecuencias: (a) la posibilidad de que el poder judicial de este tercer estado someta el laudo arbitral a una revisión profunda, no sólo en la forma, sino, además, en el fondo; y, (b) que el laudo arbitral pueda no ser ejecutado, debido a la inobservancia de disposiciones imperativas del foro.

De esta manera, podría suceder que aun cuando el arbitraje se hubiera desarrollado correctamente de conformidad con la legislación del lugar donde se llevó a cabo, al ser considerado doméstico por un tercer estado, éste último termine desconociéndolo por no haberse observado las disposiciones legales aplicables en el ámbito local.¹⁰

2. Que este tercer estado considere que el laudo arbitral es extranjero, pero que para su reconocimiento y ejecución se le deben aplicar las normas relativas al

⁹ Ver infra punto No. II.2.

¹⁰ Así, por ejemplo, aun cuando el arbitraje se hubiera desarrollado en el país A bajo sus propias reglas sobre requisitos de los árbitros y procedimiento, el país B lo podría desconocer, si es que su legislación prohíbe que el tribunal arbitral se constituya con árbitros extranjeros, o porque el procedimiento arbitral no se ajustó a las normas de orden público vigentes en dicho estado.

reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras.

Como bien explica Garro, esta era hasta hace muy pocos años una práctica común en América Latina, ya que, salvo honrosas excepciones, "...los países de América Latina aplica[ban] a la ejecución de laudos extranjeros las normas de los códigos de procedimientos que se refieren a la ejecución de sentencias extranjeras".¹¹

Como ejemplo de esa práctica, bástenos recordar la versión original del artículo 2111° del Código Civil peruano de 1984,¹² el cual exigía para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, los mismos requisitos y formalidades aplicables al reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras. Esta norma, sin embargo, ha sido modificada por la actual Ley General de Arbitraje.¹³

Obviamente, el principal problema que se presenta a partir de esta identidad laudo-sentencia, es que se obliga a que los laudos arbitrales tengan que ser reconocidos observando los mismos requisitos y condiciones exigidos para los fallos judiciales.¹⁴

¹¹ Alejandro Garro, "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación Española de Arbitraje Privado: Un modelo para la reforma del Arbitraje Comercial en América Central". En: Arbitraje Comercial y Laboral en América Central, Alejandro M. Garro (Ed.), Nueva York, Transnational Juris Publications, 1990, p. 56.

¹² Artículo 2111° del Código Civil: "Lo dispuesto en este título rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones extranjeras que ponen fin al proceso, y especialmente... para los fallos arbitrales".

¹³ Segunda Disposición Modificatoria de la Ley General de Arbitraje peruana: "Artículo 2111° del Código Civil.- Tratándose de laudos arbitrales, serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje". De esta manera, las normas del Código Civil sólo se aplicarán a los fallos judiciales.

¹⁴ Para un análisis del Derecho Comparado, recomendamos leer a: Roberto Mac Lean U., "Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras en el Perú". En: Derecho, No. XXV, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Vol. 1966, pp. 13-28; Roberto Mac Lean U., **Las Sentencias Extranjeras en especial en el Derecho Peruano**, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Fondo Editorial, Lima, 1969; y, José Daniel Amado, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries: An overview and update". En: Virginia Journal of International Law, Vol. 31, No. 1, 1990, pp. 99-124.

Solo a manera de ejemplo, vamos a desarrollar de forma general a partir de la legislación peruana (sin considerar la Ley General de Arbitraje), lo que significaría aplicar a los laudos arbitrales las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeros.

El artículo 2104° del Código Civil peruano de 1984, establece ocho requisitos que el solicitante debe probar para que un fallo judicial extranjero sea reconocido y ejecutado en el país.¹⁵

Entre estos requisitos, tenemos el del inciso 4) que establece que la sentencia debe tener la autoridad de cosa juzgada de acuerdo a las leyes del lugar del proceso; y, el del inciso 8), que dispone que la parte que pida el reconocimiento y la ejecución debe probar que existe reciprocidad.¹⁶

¿Cuándo una sentencia o un laudo arbitral tienen la autoridad de cosa juzgada? Mac Lean¹⁷ afirma que existe

¹⁵ Artículo 2104° del Código Civil: "Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102° y 2103°:

1. Que no resuelvan sobre asuntos de competencia nacional exclusiva.
2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.
8. Que se pruebe la reciprocidad".

¹⁶ Cabe aclarar que el artículo 838° del Código Procesal Civil peruano (Decreto Legislativo No. 768), dispone lo siguiente: "Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad". Si bien se ha trasladado la carga de la prueba al que objeta la sentencia, existen, sin embargo, graves observaciones a la figura de la reciprocidad, que trataremos seguidamente.

¹⁷ Roberto Mac Lean U., **Las Sentencias Extranjeras en especial en el Derecho Peruano**, ob. cit., p. 67.

cosa juzgada, cuando se ha "...resuelto definitivamente y con certeza las cuestiones controvertidas durante el litigio o, como dicen los autores anglosajones, la sentencia debe ser final y conclusiva sobre los puntos debatidos".

De la explicación que realiza Mac Lean, parecería fácil poder determinar cuándo estamos ante un laudo arbitral final. Sin embargo, la práctica judicial ha demostrado que es difícil probar que una resolución es final, sobre todo cuando se intenta la ejecución de laudos arbitrales en países con sistemas legales poco cercanos, e, inclusive, en estados con reglas similares, cuándo las cortes, con o sin intención, favorecen a sus nacionales.¹⁸

Con la reciprocidad nos enfrentamos a problemas similares. En efecto, como bien explican los hermanos Tovar, "...el concepto de reciprocidad puede variar de un Estado a otro",¹⁹ aunque a continuación señalan que, básicamente, la reciprocidad tiene relación directa con la exigencia de que se pruebe que en el estado de donde procede la sentencia o el laudo arbitral, se reconocen y ejecutan las sentencias de los tribunales de justicia del estado en donde se quiere ejecutar el fallo o el laudo arbitral.²⁰

¹⁸ Ver infra punto II.1.1.2. Sobre este particular, leer a: Robert Layton, *"Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America"*. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 10, No. 2, 1993, p. 128.

¹⁹ María del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, **Derecho Internacional Privado**, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, Lima, 1987, pp. 341-342: "Si se trata de un país que tiene normas escritas de ejecución de sentencias extranjeras debería bastar para probar la reciprocidad con probar la existencia de estas normas. Hay sin embargo la posibilidad de que pese a que de las normas escritas resulte teóricamente ejecutable una sentencia peruana, por vía de jurisprudencia se hubiere negado la ejecución de sentencias peruanas. En tal caso no sería de ejecución la sentencia en el Perú".

²⁰ Este parece ser el temperamento del Código Civil peruano, ya que el artículo 2102° in fine, establece que las sentencias extranjeras tienen en el Perú la misma fuerza que se da a las sentencias peruanas; y, el artículo 2103° dispone la no procedencia del reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera, cuando no se dan cumplimiento o se revisan en el fondo los fallos de los tribunales peruanos.

Southard²¹ al analizar el tema de la reciprocidad a partir de la jurisprudencia norteamericana, informa que los principales argumentos que se esgrimen para justificar su exigencia son: por un lado, incentivar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias del foro en terceros países; y, por otro lado, evitar una situación de inequidad, que se presentaría si las cortes del foro reconocieran y ejecutaran fallos extranjeros, aun cuando en dichos estados a las sentencias del foro no se les otorga idéntico efecto.

Verifiquemos que con la reciprocidad se pretende "incentivar" a las cortes de terceros estados a reconocer y ejecutar los fallos del foro, bajo la amenaza de que sus sentencias judiciales y laudos arbitrales no serán reconocidos y ejecutados en la jurisdicción del foro. En otras palabras, y como bien señala Lorenzo Herrera Mendoza,²² "[l]a teoría de la Reciprocidad: En el fondo consiste en volver bien por bien y mal por mal; el derecho se acuerda en la medida que el otro concede; se niega en lo demás, en lo primero hay reciprocidad; en la negativa hay represalia".

Pero, apreciemos también, cómo esta sanción que se utiliza contra las cortes extranjeras tiene un efecto directo en la parte que intenta, de manera legítima, que una sentencia o un laudo arbitral extranjero sea reconocido y ejecutado en su favor y que, por razones de política entre estados ajenas a su control, puede verse gravemente perjudicada, al negársele el reconocimiento y la ejecución respectiva.²³

Pero no solo se castiga a un particular al negársele el reconocimiento y la ejecución de una sentencia o laudo arbitral, por el simple hecho de que las cortes judiciales del lugar del juicio o del arbitraje no reconocen los fallos judiciales del foro; sino que,

²¹ William G. Southard, "The Reciprocity Rule and Enforcement of Foreign Judgments". En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 16, No. 2, 1977, p. 345.

²² Citado por Félix Roland Matthies T., **Arbitrariedad y Arbitraje: un análisis de la normatividad sobre arbitraje de derecho privado en Venezuela**, Caracas, 1996, pp. 254-255.

²³ *Ibidem*, pp. 345-346.

además, como bien explica Remiro Brotons,²⁴ "...las dificultades técnicas que presentan una aplicación acertada y adecuada del régimen de la reciprocidad, son tantas como las facilidades que simultáneamente ofrece para ser adulterado.. El régimen de la reciprocidad puede llegar a compararse, buscando la imagen plástica, con la caja de pandora o con uno de esos espejos de feria que reflejan la realidad.. deformándola".

En otras palabras, la reciprocidad es un arma que tienen guardado los estados debajo de la manga para que, en caso sea "necesario", una sentencia o un laudo arbitral extranjero "indeseable" no sea reconocido y ejecutado en el foro.

Lo hasta aquí mencionado demuestra que la reciprocidad, si bien en teoría cumple con la función de "incentivar" a las cortes de los estados que conforman la comunidad internacional a reconocerse recíprocamente los fallos jurisdiccionales, en la práctica cumple también una función de "filtro", para evitar el reconocimiento de fallos "no gratos", cargando en uno y otro caso el costo en el inocente particular que solo pretende que se le haga justicia, mediante la ejecución de un fallo judicial o de un laudo arbitral dictado en su favor.

Aun cuando consideramos que este costo que se carga injustamente en el particular debería bastar para propugnar la inaplicación del requisito de la reciprocidad al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, creemos que existe un argumento adicional que termina definitivamente por descalificarlo.

En efecto, hemos afirmado que la reciprocidad pretende "incentivar" el reconocimiento recíproco de fallos judiciales entre los estados. Muy bien, mientras que las sentencias judiciales son dictadas por jueces con capacidad jurisdiccional, que representan a uno de los poderes del estado, los laudos arbitrales son emitidos por individuos, cuya relación con el país en el que se emite el laudo arbitral muchas veces se reduce al

²⁴ Antonio Remiro Brotons, **Ejecución de Sentencias Extranjeras en España**, Tecnos, Madrid, 1974, p. 108.

simple hecho de que las partes acordaron arbitrar en ese lugar.²⁵

Entonces, ¿por qué se ha aplicado tradicionalmente la reciprocidad a los laudos arbitrales? ¿Acaso el no reconocimiento de un laudo arbitral va a "incentivar" a que el poder judicial de un estado reconozca los fallos judiciales del foro? Obviamente que no, por lo que la única explicación que existiría para exigir la reciprocidad en estos casos, la encontramos en la absurda identificación sentencia judicial=laudo arbitral, simplemente porque por ambas vías se resuelven los conflictos de manera definitiva.²⁶

Como trataremos enseguida, la comunidad internacional ha reaccionado ante este problema, adoptando tratados específicos en materia arbitral que han eliminado, entre otros, la absurda exigencia de la reciprocidad.

II.1.1. Tratados aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales

II.1.1.1. Tratados multilaterales latinoamericanos

Los principales tratados, de los que además el Perú es parte, son: La Convención de Lima de 1878 (Tratado para

²⁵ Alejandro M. Garro, "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación Española de Arbitraje Privado: Un modelo para la reforma del Arbitraje Comercial en América Central", ob. cit., pp. 56-57. "Este requisito tradicional de reciprocidad es de dudosa utilidad cuando lo que se desea es promover el arbitraje como medio de solución de conflictos internos e internacionales. La mejor manera de 'filtrar' las decisiones arbitrales que deben ser ejecutadas de las que no merecen tal tratamiento es la de fijar claramente cuáles son los requisitos que deben cumplimentar dichos laudos... Otro aspecto sumamente pernicioso para el arbitraje internacional es la incertidumbre que rodea la aplicabilidad del principio de reciprocidad, ya que no siempre resulta fácil determinar en forma precisa las condiciones que requiere la jurisprudencia del país extranjero para ejecutar laudos provenientes de otro país".

²⁶ Ibídem, p. 5. El autor al referirse a la situación que imperaba hasta hace unos años en varios países centroamericanos, señalaba lo siguiente: "...en defecto de tratados internacionales aplicables, los países centroamericanos aplican a la ejecución de laudos extranjeros las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros... Cabe cuestionar esta política legislativa, porque si bien los puntos en común entre ambas situaciones son muchos, convendría legislar en forma específica sobre la ejecución de laudos extranjeros, tomando en cuenta las características especiales del arbitraje y la finalidad que ha inspirado su utilización".

establecer Reglas Uniformes en materia de Derecho Internacional Privado), aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa de 29 de enero de 1879; la Convención de Montevideo de 1899 (Tratado de Derecho Procesal Internacional), ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1889; la Convención de Caracas de 1911 (Tratado sobre Ejecución de Actos Extranjeros), aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa de 22 de octubre de 1915; la Convención de La Habana o Código de Bustamante de 1928, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 6442 de 31 de diciembre de 1928; la Convención de Montevideo de 1940 (Tratado de Derecho Procesal Internacional); el Convenio de Panamá de 1975 (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional); y, la Convención de Montevideo de 1979 (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros), aprobada por el Perú mediante Decreto Ley No. 22953 de 26 de marzo de 1980.²⁷

Independientemente de la existencia de algunas pequeñas diferencias, estos tratados tienen tres elementos comunes que nos interesan para el presente análisis:

- Sólo son aplicables entre los estados latinoamericanos que los han ratificado.

Así, por ejemplo, el artículo 5° de la Convención de Montevideo de 1889, dispone que las "...sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás, la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado...".²⁸

- Se identifica o equipara a las sentencias judiciales con los laudos arbitrales.

²⁷ La parte pertinente de estos tratados pueden ubicarse en: Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, Cultural Cuzco, Lima, 1988, pp. 353 y ss. y en la página web de la Organización de Estados Americanos, www.oas.org/main/spanish/.

²⁸ El único tratado que parecería no seguir este patrón, es el Convenio de Panamá de 1975. Sin embargo, ello no es así, tal y como lo explicamos más adelante (ver infra punto No. X.1.1.), cuando tratamos acerca de su ámbito de aplicación.

En ese sentido, por ejemplo, el artículo 5° de la Convención de Caracas de 1911, establece que las "...sentencias y fallos arbitrales... tendrán... la misma fuerza que en el País en que se han pronunciado...". También observamos la misma regla en el artículo 432° del Código de Bustamante: "El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite".²⁹

- Se exige, entre otros requisitos, que el laudo arbitral tenga la calidad de cosa juzgada y que se pruebe la reciprocidad.

Por ejemplo, el artículo 5(b) de la Convención de Montevideo de 1889, exige que la sentencia o el fallo arbitral "...tenga el carácter de ejecutoriado ó pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido".³⁰

A partir de estos tres elementos comunes, podemos concluir en lo siguiente:

a. Al aplicarse estos tratados sólo entre estados latinoamericanos, desde el inicio su eficacia es muy limitada. Ello se debe a que no forman parte de estos convenios internacionales los estados europeos y asiáticos, e inclusive, en muchos casos, los Estados Unidos de América, países con los cuales Latinoamérica

²⁹ La única excepción es el Convenio de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual, como explicamos en el punto No. X.1.1., se aplica solo al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. Jan Kleinheisterkamp, "Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone". En: Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.), Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 668-669. "The codification of arbitration at the international level has first focused to set foreign arbitral awards on equal footing with ordinary foreign judgments in terms of recognition and enforcement... these norms have proven to be of no practical relevance for arbitration...".

³⁰ Solo el Convenio de Panamá de 1975 elimina los requisitos de cosa juzgada y reciprocidad. La Convención de Montevideo de 1979 también elimina la reciprocidad, pero mantiene el requisito de cosa juzgada.

en su conjunto mantiene una importante relación comercial.³¹

Si a esto le agregamos el hecho de que ninguno de estos tratados ha sido ratificado por la mayoría de los estados latinoamericanos³² y que, además, muchos de ellos lo han sido con importantes reservas,³³ la consecuencia obvia es que, en la generalidad de los casos, estos tratados han sido (y son en la actualidad) de muy poca utilidad, acaso ninguna, para el desarrollo de la práctica del arbitraje,³⁴ motivando que en la mayoría de los casos los estados latinoamericanos terminen aplicando al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, sus disposiciones domésticas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales.³⁵

³¹ Alejandro M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, No. 4, 1984, p. 299. "The sphere of operation of those treaties is rather limited: they have not been adhered to by the United States and the Western European nations which are among Latin America's major trading partners and none of the treaties have been able to get the ratification of all of the countries of the region".

³² Por ejemplo, la Convención de Lima de 1878, ha sido ratificada por Perú, Guatemala y Uruguay; son parte del Tratado de Montevideo de 1899, Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay; la Convención de Caracas de 1911, ha sido ratificada solo por Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela; y, el Código de Bustamante lo ha sido solo por Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Por su parte, a mayo de 2006, son parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio de Panamá de 1975), Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; y, han ratificado la Convención de Montevideo de 1979, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

³³ En efecto, la gran mayoría de estos tratados han sido ratificados con importantes reservas por la generalidad de los países miembros, restándoles eficacia. Sobre el tema recomendamos leer a: Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., pp. 202-203; Alejandro Garro, "Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades". En: *Themis, Revista de Derecho*, No. 24, Lima, 1993, pp. 13 y ss.; y, Delia Revoredo de Mur, "Applicable Law to International Contracts in Latin America". En: *ICCA XII International Arbitration Congress*, Viena, 1994, pp. 274-276.

³⁴ John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 7. "The Bustamante Code was never applied by the courts to arbitral awards... The same is true of the 1889 and 1940 treaties of Montevideo".

³⁵ Alejandro M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", ob. cit., p. 298. "In the absence of a controlling international treaty, most Latin American countries will recognize and enforce foreign arbitral awards on the basis

b. La equiparación laudo arbitral-sentencia judicial, obliga a que se pruebe la reciprocidad y otros requisitos, que solo deberían ser exigibles para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales.³⁶

c. Prácticamente todos estos tratados exigen que se pruebe que los laudos arbitrales son finales.³⁷

En resumen, compartimos la opinión de Griguera,³⁸ quien afirma que "...aún subsisten en América Latina tratados internacionales -algunos de ellos muy antiguos- que permanecen vigentes entre algunos de los países de la región y que responden a ideas en materia de ejecución y reconocimiento de laudos arbitrales que actualmente debieran estar totalmente superadas".

II.1.1.2. **Tratados multilaterales de ámbito mundial**

Mientras que en Latinoamérica se celebraban (y aun se celebran) convenios internacionales para el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales, una vez culminada la Primera Guerra Mundial, la Liga de Naciones se propuso desarrollar un tratado específico sobre arbitraje, que intentara modificar la caótica situación existente hasta ese momento.

of reciprocity... provided they are consistent with public order and domestic law". Sobre el tema, leer a: José Daniel Amado, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries: An overview and update", ob. cit., pp. 99 y ss.

³⁶ José Carlos Fernández Rozas, "La primacía de los Tratados Internacionales en el Exequátur de sentencias arbitrales extranjeras". En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. VII, Civitas, Madrid, 1991, p. 18. "...el requisito de 'reciprocidad' tanto personal como territorial que imponía para su aplicación; en definitiva, era un régimen que partía de un mimetismo entre laudo arbitral y sentencia judicial y que se limitaba a recoger la experiencia suministrada por los convenios bilaterales suscritos por los Estados contratantes".

³⁷ Ver infra punto No. II.1.1.2.

³⁸ Horacio A. Griguera Naón, "Países de América Latina como sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales". En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI -El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995, p. 55. Sobre el particular, leer a: John P. Bowman, "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", ob. cit., p. 7.

Es así que en 1927³⁹ se aprueba el Convenio relativo a la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.⁴⁰ El principal mérito de este tratado, ha sido el de regular de manera exclusiva los requisitos y procedimientos necesarios para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, con lo que, de esa manera, se dejó de lado la errónea equiparación laudo arbitral=sentencia judicial.

Sin embargo, al haber sido ratificada esta convención por muy pocos estados, se frustró en los hechos la meta de uniformizar el tratamiento del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.⁴¹

Según influyentes autores, pocos estados ratificaron este tratado, debido principalmente a tres factores:⁴²

- El tratado restringía su ámbito de aplicación exclusivamente entre personas sujetas a la jurisdicción de estados miembros, lo que en la práctica podía

³⁹ En 1923 ya había sido aprobado el Convenio de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales en asuntos comerciales, que fue ratificado por 33 estados. Este tratado, si bien aun se encuentra vigente entre los pocos estados que no han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 (ver cita siguiente), en la práctica no tuvo mayor impacto, aunque sí gestó las bases para la adopción décadas después de la Convención de Nueva York.

⁴⁰ Adoptado en Ginebra el 26 de setiembre de 1927 y ratificado por 27 estados. El contenido de este tratado puede encontrarse en: Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., pp. 305-308. Este tratado aún rige entre algunos pocos estados que lo ratificaron y que no se han adherido a la Convención de Nueva York de 1958. En efecto, el artículo VII(2) del Convenio de Nueva York, dispone sobre este particular, lo siguiente: "El Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje, y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, dejarán de surgir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos".

⁴¹ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, p. 17. "The Geneva Protocol and Convention were mayor early steps towards an effective international framework for commercial arbitration. Nevertheless, in substantive terms, both agreements were subject to significant limitations on their scope, and the Convention was not widely ratified. More important, because of an apparent dearth of international commercial arbitrations at the time, neither agreement received much practical application nor has much practical effect".

⁴² William L. Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards". En: *Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, 1988, pp. 186-187; y, Jan Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin". En: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, p. 373.

generar graves conflictos de interpretación acerca de su alcance.⁴³

- El vencedor tenía que probar que el laudo arbitral cumplía con una serie de requisitos y condiciones, lo que a la larga hacía que el reconocimiento y la ejecución fuera un proceso engorroso y muchas veces interpretado de manera arbitraria por las cortes para impedir el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales "no gratos".⁴⁴

- Por último, el vencedor tenía que probar que el laudo arbitral era "final", lo que obligaba a recurrir a lo que en la doctrina se conoce como el "doble exequátur".

En efecto, la Convención de Ginebra de 1927, al igual que los tratados latinoamericanos analizados (salvo la Convención de Panamá de 1975), exigía que el vencedor probara que el laudo arbitral dictado en un país miembro era final, o, lo que es lo mismo, que tuviera la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, ¿cómo es que se prueba que un fallo dictado en el país "x" efectivamente tiene la calidad de cosa juzgada? ¿Con una sentencia de su Corte Suprema? ¿Y si localmente caben recursos extraordinarios? ¿Con una constancia judicial? ¿Cuál? ¿Con qué características y formalidades?

Lo cierto es que justamente porque resultaba muy difícil probar este requisito, en la práctica el

⁴³ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, p. 61. "The Geneva Protocol of 1923 was limited in its range and effect. It applied only to arbitration agreements made 'between parties subject respectively to the jurisdiction of different contracting states...". También leer a: 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. 1055.

⁴⁴ Frank E. Nattier, "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards". En: Texas International Law Journal, Vol. 21, 1986, p. 401: "Despite the very considerable effect and skill that went into the preparation and negotiation of all of these conventions, they have contributed little toward gaining enforcement of arbitral clauses or recognition and enforcement of foreign arbitral awards. One important reason is that under all of these conventions, the party seeking enforcement has the burden of proving that the clause or the award complied with all the requirements. Opponents need only file 'shotgun' objections to make the proponents' burden virtually impossible".

interesado se veía obligado a proceder a la ejecución del fallo en el foro, ejecución que a su vez le servía de prueba acerca del cumplimiento de la cosa juzgada al momento de intentar el reconocimiento y la ejecución del fallo en otros estados.

Este engorroso y costoso procedimiento ha sido bautizado como "doble exequátur", y es considerado por muchos autores como la causa principal por la cual la Convención de Ginebra no fue efectiva, como tampoco lo son los tratados latinoamericanos antes citados.⁴⁵

⁴⁵ William Laurence Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards", ob. cit., p. 186. "Since the party seeking enforcement had to prove that the award was final, he was effectively required to seek exequatur, that is, a leave for enforcement, from a court in the country where the award was made. He could then seek another order of exequatur from a court of a Geneva Convention signatory where he sought to enforce the award. The 'double exequatur' process was cumbersome, burdensome, and, for what it delivered, inadequate". Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 62. "...a party seeking enforcement had to prove the conditions necessary for enforcement. This led to what is known as the problem of double-exequatur. In order to show that the award had become final in its country of origin, the successful party was often obliged to seek a declaration in the courts of the country where the arbitration took place to the effect that the award was enforceable in that country, before it could go ahead and enforce the award in the courts of the place of enforcement". Sobre el tema, leer además a: Jan Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin", ob. cit., p. 373.

II.1.2. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)⁴⁶

Uno de los pocos efectos positivos que dejó la Segunda Guerra Mundial, fue el crecimiento del comercio internacional. Sin embargo, la Convención de Ginebra de 1927, como de los demás tratados multilaterales suscritos hasta ese momento en el mundo, entre los que se encuentran las convenciones latinoamericanas citadas, no permitían garantizar la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales. Ante esta situación, en 1953 la Cámara de Comercio Internacional (CCI) requiere a la Organización de las Naciones Unidas que proceda a abordar el tema del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, con la finalidad de alcanzar la ansiada y necesaria uniformidad en su tratamiento.

Es así que en 1954, se designa un Comité Ad Hoc, el cual prepara un proyecto de tratado, que es revisado y mejorado en una Conferencia Internacional convocada para tal fin en la ciudad de Nueva York entre el 20 de mayo y el 10 de junio de 1958, con la participación de 45 estados. El producto final fue la hoy famosa Convención de Nueva York de 1958.⁴⁷

⁴⁶ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 63. *"The New York Convention of 1958 is the most important international treaty relating to international commercial arbitration"*. Richard J. Graving, *"How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 14, No. 3, 1997, p. 167. *"The New York Arbitration Convention of 1958 is mercifully short and, for the international commercial community, successfully sweet... President Stephen Schwebel of the International Court of Justice has put it with greater economy but no less accuracy, 'it works'. Yet another authority, Professor Thomas Carbonneau, has described it as the 'universal charter' of international commercial arbitration"*. Lord Mustill, *"Arbitration: History & Background"*. En: Journal of International Arbitration, Vol. 6, 1989, p. 43. *"[The New York Convention] perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law"*.

⁴⁷ Leonard V. Quigley, *"Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards"*, ob. cit., pp. 1059-1060. A setiembre de 2006, 138 estados son parte de esta Convención. A saber: Afganistán, Albania, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Dinamarca, Djibouti,

Este tratado denominado "Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958), tiene como principal objetivo el establecer reglas claras y simples para el reconocimiento y la ejecución⁴⁸ de los laudos arbitrales.⁴⁹

Entre las principales virtudes de esta Convención, destacamos las siguientes:

- Mantiene el criterio ya establecido en la Convención de Ginebra de 1927, de regular exclusivamente el tema

Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kirguistán, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mónaco, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República Democrática Popular Lao, República Dominicana, República de Moldova, República Unida de Tanzania, Rumania, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Senegal, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Vietnam, Zambia y Zimbabue. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/Status/status-s.htm.www.uncitral.org/sp-index.htm. El Perú se adhirió a este tratado mediante Resolución Legislativa No. 24810, de 4 de marzo de 1988. El tratado entró en vigencia el 5 de octubre de 1988.

⁴⁸ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 18. "Recognition of an arbitral award refers to giving preclusive effect to the award, usually to bar relitigation of the claims that were arbitrated; 'enforcement' refers to the invocation of coercive judicial remedies to fulfill the arbitral award".

⁴⁹ El texto de la Convención se puede ubicar en: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_s.pdf. 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. 469. "The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards represents the culmination of efforts by such organizations as the International Chamber of Commerce to secure a multilateral treaty providing businessmen with an efficient and trustworthy method of insuring that the manner in which they have chosen to resolve their transnational disputes will be effective".

del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales.⁵⁰

- Establece un ámbito de aplicación mucho mayor a cualquier otro tratado que, sobre esta materia, existía hasta esa fecha.⁵¹

- Elimina el trámite del "doble exequátur", ya que no se requiere probar que el laudo arbitral es "final".⁵²

- Establece causales taxativas para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, trasladando la carga de la prueba a quien se opone a la solicitud.⁵³

⁵⁰ Henry De Vires, "International Commercial Arbitration: A contractual substitute for National Courts". En: Tulane Law Review, Vol. 57, No. 1, 1982, pp. 56 y ss. Jan Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin", ob. cit., p. 373.

⁵¹ Jacques Werner, "Should the NYC be revised to provide for Court intervention in Arbitral Proceedings?" En: Journal of International Arbitration, Vol. 6, No. 3, 1989, p. 115. "...its field of application is significantly broader than that of the Geneva Protocol. Whereas the latter covered only arbitration agreements between parties which were subjects of different contracting states, the New York Convention applies to any award made in any other state, without any requirement concerning the nationality of the parties. It thus increases the scope of disputes which are not submitted to national court jurisdiction but rather to arbitration".

⁵² Esto se desprende del Artículo V(1)(e) del tratado. William L. Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards", ob. cit., p. 186. "The standard of a binding award is clearly intended to avoid the 'double exequatur' requirement and is meant to produce a system where most awards can be enforced without any judicial action in the country where they were issued". Jacques Werner, "Should the NYC be revised to provide for Court intervention in Arbitral Proceedings?", ob. cit., p. 114. "...the double exequatur system specified in the Geneva Convention is abolished, by providing for the award to be 'binding' on the parties, and not 'final' as in the Geneva Convention". Sobre el tema, ver infra punto No. XI.2.7.1.

⁵³ Frank E. Nattier, "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards", ob. cit., p. 403. El autor considera que estos son dos de los principales efectos positivos de la Convención de Nueva York: "The giant steps (1) limit the grounds on which a party can object to the enforcement of a foreign arbitral award to those that are essential and (2) even more important, put the burden of proof on the party opposing enforcement; that party must prove the defectiveness of the award. Placing the burden on the party seeking enforcement, on whom it has rested for many years, had destructive results". Jacques Werner, "Should the NYC be revised to provide for Court intervention in Arbitral Proceedings?", ob. cit., p. 114. "...the party seeking enforcement is not required to prove all the conditions necessary for enforcement; it is rather up to the party against whom enforcement is sought to prove the existence of one of the grounds for refusal". Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, "Panorama del Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino de Reconocimiento y Ejecución de

- Obliga a los Estados Contratantes a regular el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, bajo condiciones y costos similares a los aplicables a los laudos locales.⁵⁴

- Por último, identifica los documentos que se deben de presentar al momento de solicitar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral.⁵⁵

II.1.2.1. **Ámbito de aplicación**

Como su propio nombre lo dice, la Convención de Nueva York de 1958 se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, según esta Convención, ¿cuándo estamos ante un laudo arbitral extranjero?

Sobre este particular, el Tratado dispone en la primera parte de su artículo 1.1. lo siguiente:

"La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas".

La norma citada ha sido interpretada por la generalidad de la doctrina, en el sentido que la Convención de Nueva York apuesta decididamente por el factor de conexión "territorio", ya que considera "extranjero" a

Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/panorama.html, p. 18. "[La Convención de Nueva York] [i]nvierte la carga de la prueba, obligando a quien resiste el reconocimiento y/o ejecución a probar que no se encuentran reunidos los requisitos que lo impiden. En este sentido, cabe señalar que las causales se encuentran taxativamente establecidos en el artículo V de la Convención. Se trata de motivos oponibles por parte del demandado". En los puntos infra Nos. XI.1 y XI.2, analizaremos de manera precisa cada una de las causales.

⁵⁴ Artículo III de la Convención. Ver infra punto No. X.2.

⁵⁵ Artículo IV de la Convención. Ver infra punto No. X.2.

todo laudo arbitral dictado en un país distinto a aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución.⁵⁶

Sin embargo, la segunda parte del artículo 1.1. agrega lo siguiente:

"Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución".

Si leemos superficialmente todo el artículo 1.1. de la Convención de Nueva York, probablemente tengamos problemas para interpretar su ámbito de aplicación, ya que mientras la primera parte considera como "extranjero" a todo laudo arbitral dictado fuera del estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución (factor de conexión territorial), a renglón seguido se establece que será "extranjero" todo laudo arbitral que no sea considerado "nacional" por el estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución.

Esta redacción ha dado lugar a alguna polémica acerca de su ámbito de aplicación.⁵⁷

En efecto, algunos pocos autores consideran que ambos criterios deben interpretarse en conjunto. Otros en cambio, la inmensa mayoría, estiman que cada criterio debe ser aplicado por separado, aunque dentro de este

⁵⁶ Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 3, 1986, p. 198. "...the Convention always applies to the recognition and enforcement of an arbitral award made in another State...". También leer a: Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)". En: *The Yearbook on Commercial Arbitration*, Vol. XIV, 1989, pp. 534-555; y, Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, Cameron May, Londres, 2001, p. 23. "...the main criterion adopted by the Convention in order to define its application is the territory of the State where the award was made".

⁵⁷ William Phillips, "Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit provides a hospitable forum". En: *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn Law School, Vol. 10, No. 2, 1984, p. 494. El autor explica que desde el momento mismo en que se discutía la redacción del artículo 1° de la Convención, existieron diferentes posturas acerca de su ámbito de aplicación. "A review of the drafting proceedings illustrates the inherent difficulties that arise in attempting to comprehend differing legal systems and in formulating workable guidelines that adequately define what constitutes a foreign award".

grupo también existen discrepancias a la hora de interpretar la frase "que no sean consideradas como sentencias nacionales".⁵⁸ Es más, en el campo legislativo y jurisprudencial, destaca la posición asumida por los Estados Unidos de América que conviene analizar.

El artículo 202 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA en sus siglas en inglés) que implementó en ese país lo dispuesto por la Convención de Nueva York, establece que "un convenio arbitral o un laudo arbitral referido a una relación comercial entre ciudadanos de los Estados Unidos de América no le será aplicable la Convención de Nueva York, salvo que tal relación comercial se refiera a propiedad ubicada fuera del país, que las prestaciones se ejecuten fuera del país o que éstas estén razonablemente relacionadas con uno o más Estados extranjeros".⁵⁹

El contenido de este dispositivo legal que, como indicamos, implementó en los Estados Unidos de América lo dispuesto en la Convención bajo estudio, fue analizado a propósito de un proceso de ejecución de un laudo arbitral dictado en Nueva York, en los seguidos por Sigval Bergesen (noruego, propietario de barcos de carga) con la empresa suiza Joseph Muller Co.⁶⁰

En este caso, la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito consideró, correctamente, que la Convención de Nueva York siempre se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados fuera de los Estados Unidos de América (factor

⁵⁸ Albert Jan van den Berg, "When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?". En: *Pace Law Review*, Vol. 6, No. 1, 1985, pp. 31 y ss. Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention", *ob. cit.*, pp. 191 y ss.

⁵⁹ Traducción libre del autor. El texto reza así: "An agreement or award arising out of [a commercial] relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states".

⁶⁰ Sigvel Bergesen c. Joseph Muller Co. (548 Federal Supplement 650 (1982)). Acerca de los antecedentes de este caso, recomendamos leer a: William Phillips, "Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit provides a hospitable forum", *ob. cit.*, pp. 489 y ss.; y, a Michael Pryles, "Foreign Awards and the New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 9, No. 3, 1993, pp. 270-271.

de conexión territorial). Por lo tanto, la segunda parte del artículo 1.1. solo sería aplicable a laudos arbitrales dictados dentro de ese país, opinión que también es correcta.

Sin embargo, la corte fue además de la opinión que la Convención de Nueva York intencionalmente dejó las puertas abiertas para que cada estado interpretara, a su manera, el significado del término "no nacional".⁶¹ Siguiendo este argumento, los magistrados decidieron ampliar los beneficios de la Convención de Nueva York a todo laudo arbitral dictado dentro de los Estados Unidos de América, siempre que las partes fueran extranjeras y la materia no fuera considerada doméstica.⁶²

Es más, jurisprudencia posterior ha ampliado aún más el ámbito de aplicación de esta Convención a laudos arbitrales dictados en el foro entre norteamericanos, pero respecto de controversias que tengan un nexo significativo con el comercio internacional",⁶³ como es el caso del arbitraje seguido por Fuller Co. c. Compañía de Bauxita de Guinea, en el que Fuller Co. se obligó a diseñar, construir y montar una planta de refinación de bauxita en Guinea. Por su parte, en el caso Lander c. MMP Invs. (1997), la Corte del Séptimo Circuito Federal aplicó la Convención de Nueva York a un arbitraje

⁶¹ La Corte dijo: *"The Convention did not define nondomestic awards. The definition appears to have been left out deliberately in order to cover as wide a variety of eligible awards as possible, while permitting the enforcing authority to supply its own definition of 'nondomestic' in conformity with its own national law. Omitting the definition made it easier for those states championing the territorial concept to ratify the Convention while at the same time making the Convention more palatable in those states which espoused the view that the nationality of the award was to be determined by the law governing the arbitral procedure"*.

⁶² Como bien explica John P. Bowman, *"The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act"*, ob. cit., p. 130, citando para el efecto a Alan Scott Rau, esta decisión ayudó a convertir a los Estados Unidos de América en un lugar amigable para la práctica del arbitraje internacional: *"...applying the New York Convention to arbitrations held in the United States but possessing the requisite international connections 'is more than adequately justified by a belief that at the margin, applying the Convention may make arbitrating in the United States more attractive to those (such as aliens) who might not otherwise have access to the federal judiciary"*. Leer además a: Mark B. Feldman, *"An Award made in New York can be a Foreign Arbitral Award"*. En: *Arbitration Journal*, Vol. 39, 1984, pp. 244 y ss.; y, Albert Jan van den Berg, *"When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?"*, ob. cit., pp. 31-32.

⁶³ En inglés: *"...a significant nexus to international commerce..."*.

seguido ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en los Estados Unidos de América, entre dos empresas norteamericanos respecto a un contrato de distribución de productos de limpieza personal que se debía ejecutar en Polonia.⁶⁴

En todo caso, bien vale la pena aclarar que la jurisprudencia norteamericana sigue sin establecer una postura uniforme sobre este particular. En efecto, como bien explican Newman y Burrows, el propio Segundo Circuito Federal, en el caso Yusuf Ahmed Alghanim & Sons WLL c. Toys "R" Us Inc. (1997), estableció que aun cuando se tratara de un arbitraje no nacional, como era este caso,⁶⁵ igual serían aplicables las causales de anulación de laudos arbitrales establecidas en el Capítulo 1 de la Ley Federal de Arbitraje (FAA),⁶⁶ dando de esta manera a entender que la Convención de Nueva York se aplicará sin "contaminación" de las normas locales, únicamente a los laudos arbitrales dictados fuera de ese país.⁶⁷

⁶⁴ Paul D. Friedland, "International arbitration in the US: Enforcement of awards, and non-parties". En: International Commercial Litigation -United States Litigation Yearbook Supplement, 1998-1999, p. 11.

⁶⁵ Según los precedentes de los tribunales norteamericanos que hemos citado, este era un caso cubierto por la Convención de Nueva York, ya que aun cuando el arbitraje tenía como sede la ciudad de Nueva York, el conflicto estaba referido a un contrato de licencia, asistencia técnica y provisión de bienes por el cual Toy "R" Us autorizaba a Yusuf Ahmed Alghariam & Sons WLL (una empresa privada Kuwaití), a abrir y operar tiendas de Toys "R" Us en Kuwait y en otros trece estados en el medio oriente (relación comercial vinculada con terceros Estados). Tom Carbonneau, **Supplementary Materials and Commentary to Cases and Materials on Commercial Arbitration**, Juris Publishing, Nueva York, 1998, p. 168. "The transaction giving rise to the arbitration and the award was unequivocally 'non-domestic' in character (it involved parties of different nationalities and contract performance principally abroad)".

⁶⁶ Lawrence W. Newman y Michael Burrows, "Setting Aside Arbitral Awards under the New York Convention". En: The New York Law Journal, Noviembre 18, 1997, p. 3. "The Toys "R" Us decision provides authority for losing parties to seek vacatur of a 'non-domestic' arbitration award by utilizing Chapter 1 of the arbitration act and its 'full panoply of express and implied grounds for relief'". Tom Carbonneau, **Supplementary Materials and Commentary to Cases and Materials on Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 168. El autor explica, que en opinión de la corte: "For Convention awards rendered in the United States, the FAA grounds can apply to matters of enforcement in the setting aside procedure provided for in the Convention regardless of possible conflict with the other provisions of the Convention".

⁶⁷ La corte expresamente dijo lo siguiente: "The Convention mandates very different regimes for the review of arbitral awards (1) in the state in which, or under the law of which, the award was made, and (2) in other states where recognition and enforcement are sought. The Convention

Si tenemos presente estos antecedentes contradictorios, ¿es posible establecer con certeza el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York?

Van den Berg en dos trabajos referidos justamente a este tema,⁶⁸ y luego de analizar a fondo los antecedentes de este tratado, llega a la conclusión que la Convención de Nueva York siempre se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en un país distinto a aquél en el que se pide su reconocimiento y ejecución (factor de conexión territorial), independientemente de cualquier otro factor de conexión, salvo que los estados miembros opten por acceder a este tratado planteando alguna de las reservas que serán analizadas más adelante.⁶⁹

Esto significa que, como indica García Calderón,⁷⁰ "...la cuestión relativa a la nacionalidad de las partes no reviste importancia en cuanto al

specifically contemplates that the state in which, or under the law of which, the award is made, will be free to set aside or modify an award in accordance with its domestic arbitral law and its full panoply of express and implied grounds for relief.. However, the Convention is equally 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" (126 F.3d. 15, 23 2d Cir., 1997).

William W. Park, "The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, p. 1246. Este importante autor identifica otros casos en los que se ha seguido la misma postura: Lummus Global Amazonas, S.A. c. Aguaytia Energy de Peru (S.D. Texas, 2002) y Westinghouse International Service Co. c. Merilectrica (D. Mass., C.A. No. 00-11832, 2001). También ver el fallo en los seguidos por Millicom International V N.V. c. Motorola, Inc. (S.D., New York, 2002). Nosotros hemos identificado dos casos adicionales. Se tratan de un fallo de una Corte Federal del Distrito de Illinois, en los seguidos por Union America Insurance Company, Limited y otros c. BCS Insurance Company (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, pp. 1132-1139) y de una sentencia de 4 de febrero de 2004 del District Court del Southern District de Nueva York, en los seguidos por Shanghai Foodstuffs Import & Export Corporation c. International Chemical, Inc. (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIX, 2004, pp. 1209-1214).

⁶⁸ Albert Jan van den Berg, "When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?", ob. cit., pp. 32-44; y, Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention", ob. cit., pp. 194-202.

⁶⁹ Ver infra punto No. II.1.2.2.

⁷⁰ Gonzalo García Calderón Moreyra, "El Arbitraje Internacional en la Legislación Peruana". En: Revista Peruana de Derecho Internacional, T. XLVI, No. 108, Lima, 1996, pp. 196-197.

reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero. Ella no podría ser invocada ni aún en el caso de que su derecho interno les prohibiese renunciar a su propia jurisdicción para someterse a un arbitraje extranjero. Cabe citar, en este sentido, la resolución de la Corte Suprema de Italia de 13 de Diciembre de 1971, en la que sostiene que la Convención de 1958 deroga la disposición del derecho interno".⁷¹ Tampoco resultan relevantes el domicilio de las partes, la materia controvertida o cualquier otro factor de conexión distinto al territorial.⁷²

La opinión de van den Berg (que hacemos nuestra), es compartida por la casi totalidad de expertos⁷³ y fallos

⁷¹ Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras". En: Revista del Foro, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1989, p. 185. "El campo de aplicación del Convenio no depende de la nacionalidad de las partes...".

⁷² Nancy B. Turck, "French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards". En: Arbitration International, Vol. 17, No. 3, 2001, p. 334. La autora identifica el proceso de ejecución de un laudo arbitral emitido en Francia entre Creighton Ltd. c. Estado de Qatar, seguido ante las cortes norteamericanas (1994), en el que el mencionado estado se opuso a la ejecución alegando, entre otros, que no le era aplicable la Convención de Nueva York porque Qatar no se había adherido a este Tratado. Sin embargo, la corte de apelaciones correctamente afirmó que: "...it is undisputed that the New York Convention applies to the arbitral award that Creighton obtained against Qatar in France and that the award is enforceable in the US courts. This is because the domicile of the parties to an arbitration is not relevant to the application of the Convention; the critical element is the place of the award".

⁷³ Edward R. Leahy & Diane F. Orentlicher, "Enforcement of Arbitral Awards issued by the Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)". En: Journal of International Arbitration, Vol. 2, No. 3, 1985, pp. 19-20. Estos autores llegan a la misma conclusión, al afirmar que: "...the preliminary draft of the New York Convention provided for enforcement of only those awards rendered in a country other than the one in which enforcement was sought. Once the non-territorial basis for enforcement was conceived, the drafting Conference explicitly rejected a proposal by several countries to allow States to refuse to enforce awards that are rendered abroad, but are nonetheless considered 'domestic' under the law of the State in which enforcement is sought. It chose instead to adopt a text that allowed countries to enforce awards that are considered 'non domestic' even though they are rendered in the enforcing State, but which did not allow countries to refuse to enforce awards rendered abroad on the ground that such awards were considered 'domestic' under the law of the enforcing State. Consistent with this decision, the Conference rejected several proposed reservations that would have excluded enforcement of awards rendered abroad but considered 'domestic' under the laws of certain countries. Thus, the scope of the territorial basis for enforcement set forth in the Convention could not be narrowed by an enforcing State's law defining what awards are

judiciales. Es más, hasta donde tenemos conocimiento, la India es el único país cuyas cortes han interpretado el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York de manera distinta a la propuesta por van den Berg, que ha sido aceptada por los magistrados de los demás estados miembros.

En efecto, según la Corte Suprema de la India, aun cuando un laudo arbitral sea dictado fuera de ese foro, si el convenio arbitral está sujeto a la legislación de ese país, entonces no será de aplicación la Convención de Nueva York.⁷⁴ Obviamente esta postura ha sido activamente atacada por los expertos en esta materia, como, por ejemplo, Paulsson.⁷⁵ Es más, se supone que esta incorrecta postura del poder judicial de la India había sido superada una vez que entró en vigencia su reciente Ley de Conciliación y Arbitraje de 1995. Sin embargo, esta equívoca posición se mantiene, como consta del fallo de la Corte Superior de Gujarat de 19 de diciembre de 2002, en los seguidos por Nirma Ltd. c. Lurgi Energie und Entsorgung GmbH.⁷⁶

considered 'not domestic', and no reservation to this effect could be entered".

⁷⁴ V.S. Deshpande, "*'Foreign Award' in the 1958 New York Convention*". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, No. 4, 1992, p. 53. "*As the Supreme Court of India has stated: 'An award is foreign not merely because it is made in the territory of a foreign State, but because it is made in such a territory on an arbitration agreement not governed by the laws of India. An award made on an arbitration agreement governed by the laws of India, though rendered outside India, is attracted by the saving clause in Section 9 of the Foreign Awards Act and is therefore not treated in India as a foreign award'*".

⁷⁵ Jan Paulsson, "*The New York Convention's Misadventures in India*". En: *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 7, No. 6, 1992, p. 8. "*[This is an] example... of parochial overreaching by a national legal system. It is hoped that the trend will be reversed in India, and not copied elsewhere. For now, India stands alone in this respect; no other legal system has adopted such an aggressively nationalistic posture... It is to be hoped that the Indian legal system will find a way to reverse this deleterious holding and to reassure the international legal community of its intent to apply the New York Convention faithfully*".

⁷⁶ *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, pp. 790-809. Sobre este particular, leer a Thomas H. Webster, "*Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings*". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, No. 3, 2006, pp. 208-209, quien critica con razón este fallo judicial. Por su parte, como afirma Pippa Read, "*Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium*". En: *American Review of International Arbitration*, Vol. 10, 1999, pp. 187-188, Pakistán al parecer mantiene una postura similar a la de su vecino.

Seguidamente, explica van den Berg, la Convención de Nueva York se aplicará, además, al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales dictados en el foro (es decir, en el mismo lugar donde se pretende su ejecución),⁷⁷ siempre y cuando ese foro considere a los laudos arbitrales como "no nacionales".⁷⁸

¿Qué se entiende por laudo arbitral "no nacional"? Aquí existen dos posturas: Una primera que llamaremos "tradicional" y otra que denominaremos "moderna".

La postura tradicional entiende a partir de los trabajos preparatorios de la Convención bajo estudio, que si por acuerdo de las partes la ley aplicable al arbitraje (*lei loci arbitri* o ley aplicable al proceso arbitral) es la de un tercer estado, entonces el estado en cuya sede se lleva a cabo el arbitraje puede considerar al laudo arbitral que se dicte como uno "no nacional".⁷⁹

En ese sentido, según explica van den Berg, si por ejemplo las partes acuerdan arbitrar en Francia, bajo las leyes de arbitraje de Alemania, entonces Francia

⁷⁷ Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 569. *"...the second definition of the Convention's scope in relation to arbitral awards, constitutes an addition to the first definition. This can be inferred from the word 'also' in the second sentence. In other words, if an arbitral award is made in another (Contracting) State, the Convention applies to it in any case according to the first definition"*.

⁷⁸ Alan Scott Rau, "The New York Convention in American Courts". En: The American Review of International Arbitration, Vol. 7, 1996, p. 249. El autor, citando a van den Berg, afirma que: *"...the first sentence of Art. I(1) of the Convention establishes the basic principle that the Convention applies to all 'foreign' awards, that is, 'awards made in the territory of another State'... The second sentence of Art. I(1) was added to create a separate, additional category of awards that a state may choose to treat as 'non-domestic'--and which by definition can apply 'only in those cases where the enforcement of an award is sought in the country where made'"*.

⁷⁹ Albert Jan van den Berg, "When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?", ob. cit., p. 43. *"The legislative history shows that its supporters considered an award as nondomestic if it is governed, on the basis of an agreement of the parties to this effect, by the arbitration law of another country"*. Alan Scott Rau, "The New York Convention in American Courts", ob. cit., p. 222, hace referencia a las opiniones del delegado de Alemania durante las discusiones de esta Convención: *"...the 'nature, and hence the nationality, of an arbitral award would then be derived from the rules of procedure under which it had been made'... where an arbitration tribunal sat in London but applied the German law of procedure, 'German law regarded that award as German'"*.

puede considerar a ese laudo arbitral como uno "no nacional".⁸⁰

Sin embargo, en palabras del propio van den Berg,⁸¹ esta situación difícilmente podría presentarse, ya que para que proceda tanto la ley del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje, como la ley del estado que es elegida por las partes como la *lex loci arbitri*, tendrían que autorizar a las partes a que pacten el sometimiento de su caso arbitral a la aplicación de una ley arbitral distinta a la del foro.

⁸⁰ Albert Jan van den Berg, "When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?", ob. cit., p. 43. "For example, parties may agree to arbitrate in France on the basis of West German arbitration law. French courts will consider the award as nondomestic and hence enforce the award under the Convention although it is made within their own territory". Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 479. "The Convention's legislative history strongly suggests... that "non-domestic" awards were intended to be those that, while made within a state's territory, were made pursuant to the arbitration law of another country; an example... would be two Germans arbitrating in Germany with English law as the *lex arbitri*". J. Gillis Wetter, **The International Arbitral Process: Public and Private**, Vol. II, Oceana Publications, Nueva York, 1979, p. 405. Este importante autor explica que esta posibilidad solo se podría presentar en muy contados casos: "The language 'or under the law of which the award was made' refers to the situation where, e.g., an arbitral tribunal sits at Paris and renders its award there but applies German procedural law. In such a case, the award is regarded in France as a 'non-domestic award', capable of enforcement in France pursuant to the French statute which implements the New York Convention. In the Federal Republic of Germany, the award is not regarded as having German nationality, but it is challengeable in German courts pursuant to the provisions of the German statute which implements the New York Convention". Sin embargo, Gabrielle Kaufmann-Kohler, "International Commercial Arbitration: Globalization of Arbitral Procedure". En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, p. 1316, explica que conforme a la nueva ley de arbitraje de Alemania, ya no se puede arbitrar en ese país al amparo de disposiciones arbitrales de otros estados: "Under the so-called procedural doctrine or *Verfahrenstheorie* of the old Book 10 of the German ZPO, the parties were entitled to choose an arbitration law other than that of the place of the proceedings. For instance, they could agree to arbitrate in Germany under French arbitration laws... Pursuant to the present Paragraph 1025 ZPO, Book 10 applies if 'the place of arbitration [] is situated in Germany'. In other words, the procedural doctrine was abandoned. A split between the place of arbitration and the applicable law is no longer allowed".

⁸¹ Albert Jan van den Berg, "When is an Arbitral Award Non-domestic under the New York Convention of 1958?", ob. cit., pp. 43-44. "In practice, however, parties rarely agree to arbitrate in one country under the arbitration law of another country. Such agreement is a rather hazardous undertaking because both the country where the arbitration takes place and the country whose arbitration law is chosen should recognize the capacity to agree to arbitrate under the law of a country which is different from the country where the arbitration takes place".

Esta exigencia hace que esta posibilidad se pueda presentar en muy contados casos.⁸² Es más, aun cuando las legislaciones arbitrales tanto del lugar del arbitraje como de la ley elegida por las partes la autoricen, la decisión de las partes de arbitrar en un país bajo la legislación arbitral de otro Estado, puede generar graves problemas de jurisdicción y de aplicación de normas,⁸³ razón por la cual los expertos recomiendan no realizar este tipo de pacto.

Al ser pues no sólo difícil sino además poco conveniente este tipo de pacto, Montoya afirma que nos encontramos frente a un "...criterio [que] ha permanecido letra muerta".⁸⁴

En cambio, la postura que hemos denominado moderna, y que entendemos hoy es aceptada por el propio van den Berg,⁸⁵ reconoce que cada estado puede decidir

⁸² J. Gillis Wetter, **The International Arbitral Process: Public and Private**, ob. cit., Vol. II, p. 405. *"This situation can occur in certain jurisdictions, but not in others, such as Sweden. However, it is exceptional, and the main principle on which the New York Convention rests is the application of a territorial test: an award must be valid under the laws of the country where it is rendered in order to be enforceable in other countries"*.

⁸³ John P. Bowman, *"The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act"*, ob. cit., p. 100. *"Commentators strongly advise against selecting a procedural law different from the law of the seat of the arbitration".* En ese sentido, cita a Redfern & Hunter (*"...it is not easy to understand why parties might wish to complicate the conduct of an arbitration in this way (unless they do not understand what they are doing)"*) y a Craig (*"Wherever legal systems permit the parties to choose a lex arbitri other than the arbitration law applicable at the seat of arbitration, there exists potential for a conflict of curial law, which could in turn lead to conflicting procedural obligations and multiple judicial review and annulment actions"*). Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 569. *"The legislative history of the Convention reveals that the second definition was inserted into the Convention at the insistence of certain Civil Law countries. With this action they took the view that parties can agree to arbitrate in one country under the arbitration law of another country. Practice shows that such agreement is virtually never made by parties. The reason is presumably that such an agreement can lead to complications as to the court which is competent in matters relating to the arbitration, such as the appointment of the arbitrators and the setting aside of the award"*.

⁸⁴ Ulises Montoya Alberti, *"La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras"*, ob. cit., p. 183.

⁸⁵ Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXVIII, 2003, p. 569. *"...unlike the first definition, the second definition is discretionary. This can be inferred from the word 'considered' in the second sentence. A court (or, for that matter, implementing legislation) may, but is not obliged to, treat an arbitral award made within its*

libremente cuando un laudo arbitral dictado dentro de sus fronteras es un laudo "no nacional" para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York.

En otras palabras, a diferencia de la postura tradicional que exige como condición para que un laudo arbitral dictado dentro de un mismo país pueda ser considerado como "no nacional" que la ley aplicable al arbitraje sea distinta a la del foro, la postura moderna reconoce que los estados tienen plena libertad para decidir cuando un laudo arbitral dictado dentro de sus fronteras es un laudo "no nacional".

Se trata pues de una postura mucho más amplia que la tradicional, ya que deja en mayor libertad a los estados parte de la Convención de Nueva York para ampliar el ámbito de aplicación de este Tratado inclusive a laudos arbitrales dictados internamente.⁸⁶

Sin embargo, a la fecha, entendemos que solo las cortes norteamericanas han dado contenido al término "laudo no nacional" y, por lo tanto, aplican la Convención de Nueva York a ciertos laudos arbitrales dictados dentro de sus fronteras.⁸⁷

En todo caso, a nivel latinoamericano, nosotros identificamos a las legislaciones arbitrales de Panamá, El Salvador y Honduras, que darían la impresión de aplicar a ciertos laudos arbitrales dictados dentro de sus respectivos territorios que fueran considerados

jurisdiction as non-domestic and determine that it is covered by the Convention".

⁸⁶ Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., p. 23. *"This leaves a great deal of autonomy to the contracting States which are given the chance to broaden the Convention's field of application"*.

⁸⁷ Albert Jan van den Berg, *"The Application of the New York Convention by the Courts"*. En: ICCAPublications.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17561, p. 2. *"It is almost never used in practice; in the large majority of cases the arbitration law of the place of arbitration applies (...) [Nevertheless] The Toys "R" US decision has clarified the situation and, upon reflection, I have revised my opinion. What the Bergesen doctrine as clarified in Toys "R" Us does is simply broaden the field of application of the Convention in the United States to certain awards made in the United States under federal (and possibly, state) arbitration law. There does not seem to be a reason valid why a Contracting State would not be free to do so"*.

"internacionales", las disposiciones de la Convención de Nueva York.

En efecto, los artículos 39° y 40° de la Ley de Arbitraje de Panamá,⁸⁸ 89° de la Ley de Arbitraje de Honduras⁸⁹ y 82° de la Ley de Arbitraje de El Salvador,⁹⁰ parecerían disponer la aplicación de la Convención de Nueva York a todos los laudos arbitrales dictados internamente que fuera considerados "internacionales" por cada una de esas legislaciones.⁹¹

Nosotros, sin embargo, carecemos de información acerca de la manera cómo los respectivos poderes judiciales de estos países han estado resolviendo estos casos. Es más, no nos queda claro si efectivamente lo que han pretendido estas legislaciones ha sido equiparar un laudo "internacional" dictado dentro de su territorio a un laudo "no nacional" para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York, o simplemente lo que han querido decir es que a los laudos internacionales se les aplicará las causales de no reconocimiento de laudos extranjeros que establecen cada una de estas legislaciones arbitrales.⁹²

⁸⁸ "Artículo 39°.- Los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad con los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el presente Capítulo".

"Artículo 40°.- Se considera laudo arbitral extranjero el dictado fuera del territorio de la República de Panamá. Así mismo, se considerará laudo extranjero el dictado en el territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional, de conformidad con el presente Decreto-Ley".

⁸⁹ "Artículo 89°.- Los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, así como aquellos considerados internacionales conforme a la presente ley, se ejecutarán en Honduras de conformidad con los tratados, pactos o convenciones que estén vigentes en la República".

⁹⁰ "Artículo 82°.- El reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional o extranjero se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los Tratados, Pactos o Convenciones vigentes en la República...".

⁹¹ Ver infra punto No. III.1.2.

⁹² En efecto. Por ejemplo, cuando la ley panameña dice "se considerará laudo extranjero", ¿quiso decir, que se considerará laudo "no nacional" para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York? Nosotros creemos que no. Por lo tanto, 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.

En consecuencia, y luego de analizar el contenido del Artículo I de la Convención de Nueva York, no existe duda de que cuando un laudo arbitral sea emitido fuera del lugar donde se pide su reconocimiento y ejecución, corresponderá la aplicación de este Tratado.⁹³ Por lo tanto, nosotros entendemos que en estos casos será de aplicación el caso International Standard Electric Corporation (ISEC) c. Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial (Bridas),⁹⁴ que conviene citar.

Los antecedentes son: ISEC (subsidiaria de ITT, americana) y Bridas (empresa argentina), celebraron un contrato comercial, incorporando un pacto arbitral ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La ley sustantiva pactada era la de Nueva York. Presentado el conflicto, y a falta de acuerdo sobre el lugar del arbitraje, la CCI designó como sede la ciudad de México, lugar en el que los árbitros emitieron un laudo arbitral por unanimidad en favor de Bridas.

Luego ISEC inició un proceso de anulación del laudo arbitral ante el poder judicial norteamericano, afirmando que era de aplicación la segunda parte del artículo 1.1. de la Convención de Nueva York, ya que la ley aplicable al fondo pactada por las partes era la de Nueva York.

Por su parte, Bridas pidió el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, de conformidad con la primera parte del mencionado artículo, argumentando, correctamente, que esta primera parte del artículo I era aplicable con prescindencia del resto del articulado.

La corte norteamericana amparó la posición de Bridas, afirmando que "el primer párrafo del Artículo I establece que la Convención se aplica a todos los laudos arbitrales dictados en un estado distinto a aquél en el que se pide su reconocimiento y ejecución",⁹⁵ por lo que no cabía plantear ante esa

⁹³ Salvo, como ya hemos indicado, que sea de aplicación alguna reserva. Ver infra punto No. II.1.2.2.

⁹⁴ United States District Court, S.D. New York, 24/8/1990, 745 F.Supp. 172.

⁹⁵ Traducción libre de autor. El texto original es: "*...the first paragraph of Article I means that the convention applies to all arbitral awards*

corte la anulación del laudo arbitral (ya que era de competencia de los tribunales mexicanos), sino exclusivamente la oposición al reconocimiento y la ejecución del laudo al amparo de alguna de las causales taxativas establecidas en el artículo V del mencionado tratado.⁹⁶

Por lo tanto, al haber sido dictado el laudo arbitral en México (lugar del arbitraje) y habiéndose requerido su reconocimiento y ejecución en los Estados Unidos de América, de conformidad con el primer párrafo del artículo 1º de la Convención de Nueva York, la corte procedió a su reconocimiento y ejecución.

De esta manera, podemos concluir que la Convención de Nueva York siempre se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de toda sentencia arbitral que sea dictada fuera del lugar en el que se pretende su reconocimiento y ejecución,⁹⁷ salvo que, como hemos mencionado, proceda alguna de las reservas dispuestas por ese tratado que analizaremos seguidamente.

rendered in the country other than the state of enforcement, whether or not such awards may be regarded as domestic in that state...".

⁹⁶ Acerca de las causales para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral al amparo de la Convención de Nueva York, ver infra punto No. XI.2.

⁹⁷ Richard J. Graving, "How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights", ob. cit., p. 169. El autor cita a Albert van den Berg, quien señala lo siguiente: "The title of the Convention refers to the 'recognition and enforcement of foreign arbitral awards'. What is understood by a foreign award can be found in Article 1(1): an arbitral award made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such award is sought". 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. 2. "The scope of application of the New York Convention is quite wide. It applies to all arbitrations, domestic or international, ad hoc or institutional, ICC or other. For recognition and enforcement of arbitral awards it applies to all 'foreign' awards, that is, all awards made outside the treaty country, thus, anywhere else in the world, even domestic awards".

Sobre la aplicación de la Convención de Nueva York a un laudo arbitral dictado en China, pero que se pretendió su reconocimiento y ejecución en Hong Kong (que para efectos de la Convención de Nueva York se considera como un estado distinto a China), ver el fallo de la Corte de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de 16 de enero de 1998, en los seguidos por Polytek Engineering Company Limited c. Hebei Import & Export Corporation, publicado en Mealey's International Arbitration Report, Vol. 13, No. 2, 1998, pp. E-1-E-10.

II.1.2.2. Reservas

Como ya hemos indicado, la Convención de Nueva York utiliza el factor de conexión "territorio" al momento de determinar su ámbito de aplicación. Sin embargo, no limita su campo de cobertura al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados en el territorio de algún Estado Contratante, ya que también se aplica al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales que se dicten en cualquier parte del mundo.

En efecto, recordemos la parte pertinente del artículo 1.1. de este Convenio:

"La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias...". (el subrayado es nuestro)

En otras palabras, este tratado no condiciona su aplicación entre estados miembros, como sí lo hacen la gran mayoría de convenios internacionales. Justamente por ello, Montoya⁹⁸ explica que "[a]l no requerirse otra condición sino el de la territorialidad el alcance del Convenio es muy amplio. Comprenderán las sentencias arbitrales emitidas en cualquier país extranjero, sea este o no un Estado parte de la Convención la que caerá bajo la Convención de Nueva York".

De esta manera, la Convención de Nueva York tiene un ámbito de aplicación universal.⁹⁹

⁹⁸ Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 183.

⁹⁹ José Carlos Fernández Rozas, "La primacía de los Tratados Internacionales en el Exequátur de sentencias arbitrales extranjeras", ob. cit., p. 25. "La primera nota relevante es que el Convenio posee... un carácter universal en el sentido de que se aplica a las sentencias arbitrales procedentes de 'todos' los países con independencia de que éstos sean o no, a su vez, partes del Convenio". Richard J. Graving, "How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights", ob. cit., p. 169. El autor cita a Albert van den Berg, quien señala lo siguiente: "...the scope of the Convention is very broad: an award made in any foreign country, whether in a Contracting State or not, falls under the New York Convention. Such a definition of the field of application can be said to

Sin embargo, este principio de aplicación universal puede ser mediatizado por los Estados Contratantes, recurriendo a las reservas de reciprocidad y materia comercial.

II.1.2.2.1. Reserva de reciprocidad

La primera parte del inciso 3) del artículo I de la Convención de Nueva York, dispone que todo estado miembro podrá "...a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente".¹⁰⁰

Esta primera reserva realizada por aproximadamente dos tercios de los estados miembros de la Convención, permite limitar sus efectos solo a laudos arbitrales dictados en algún estado miembro.¹⁰¹ Los laudos que sean emitidos en algún país que no sea parte de la Convención de Nueva York, serán reconocidos y ejecutados de conformidad con algún otro tratado aplicable o mediante

be the modern tendency in international conventions... Under this principle of universality, awards made in Contracting and non-Contracting States are treated alike".

¹⁰⁰ A septiembre de 2006, los siguientes estados han apelado a la reserva de reciprocidad: Afganistán, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, Corea, China, Chipre, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, Estados Unidos de América, Federación Rusa, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Jamaica, Japón, Kenya, Kuwait, Líbano, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Mónaco, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República de Moldova, República Unida de Tanzania, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Singapur, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela y Vietnam. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/Status/status-s.htm. El Perú se ha adherido a este Tratado sin apelar a esta reserva.

¹⁰¹ 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. 725. "The reciprocity reservation is derived from the belief that only those private parties whose home states legally bind themselves to the Convention should enjoy its benefits".

la aplicación de las normas domésticas que imperen en cada estado.¹⁰²

El hecho de que más de sesenta estados apliquen esta reserva (en especial, países como Alemania, Argentina, Estados Unidos de América, Francia, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Venezuela, entre otros), nos lleva a recomendar que las partes cuiden de arbitrar en algún estado miembro de esta Convención.¹⁰³

Sin embargo, como bien explica Breuer,¹⁰⁴ "...el significado práctico de dicha reserva decrece en proporción inversa al número de Estados adherentes". Es más, Suiza,¹⁰⁵ Alemania y Austria han retirado esta reserva.

Por otro lado, fijémonos que la reserva de reciprocidad a que hace mención la Convención de Nueva York, es completamente distinta en su contenido y efectos, a la establecida por la generalidad de los tratados latinoamericanos, a los que nos hemos referido a lo largo de este trabajo.¹⁰⁶

En efecto, mientras que tratándose de los tratados latinoamericanos se exige probar que las sentencias judiciales del lugar en el que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral son reconocidas y ejecutadas en el estado en el que ha sido dictado el laudo arbitral (con todas las complicaciones que ello genera), tratándose de la reserva de reciprocidad dispuesta por la Convención de Nueva York

¹⁰² Ver supra punto No. II.1.

¹⁰³ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 490. "Given the reciprocity reservation, it is important that parties not agree to arbitration to be conducted in a nation that is not a signatory to the New York Convention. Doing so will deprive the award... of the protection of the Convention in a substantial number of countries".

¹⁰⁴ Luis A. Breuer G., "La Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975", ob.cit., p. 3.

¹⁰⁵ W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3era. Ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, p. 589. "In 1992 Switzerland withdrew its reciprocity reservation to the New York Convention...".

¹⁰⁶ Ver supra punto No. II.1.1.1.

solo se exige probar que el laudo arbitral ha sido dictado en un estado miembro de dicho tratado.¹⁰⁷

De esta manera, la probanza acerca del cumplimiento de esta reserva es muy sencilla y objetiva, ya que bastará acudir a la lista de países adherentes a la Convención de Nueva York, para verificar si el laudo arbitral ha sido emitido en un estado miembro.¹⁰⁸

En consecuencia, sea que estemos ante la presencia de estados que no han hecho uso de esta reserva, como de países que se han adherido a la Convención de Nueva York apelando a la reserva de reciprocidad, no podrá exigirse la probanza de la reciprocidad tal y como está

¹⁰⁷ Alan Scott Rau, "The New York Convention in American Courts", ob. cit., p. 226. El autor se refiere a las negociaciones habidas al momento en que se discutía esta Convención y la forma cómo finalmente se introdujo la reserva de reciprocidad: "...the general tenor of opinion on the part of those engaged in drafting the new Convention was that the Convention should apply to awards rendered in any state, whether or not it had adhered to the treaty. A number of countries, however, expressed an unwillingness to extend their obligation so far--they were not prepared to ratify the Convention if it would mean that they were required to honor awards made in states where their own awards would not be enforceable under the Convention. Accordingly, a compromise was reached that found its way into the present text of Article I(3): The Convention would apply to all foreign awards, but individual states would be permitted to ratify with the reservation that they would only recognize such awards on a reciprocal basis".

¹⁰⁸ En ese sentido, 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, pp. 351-352, hace referencia a un caso (Fertilizer Corp. of India c. IDI Management Inc., 1981), en el que una corte norteamericana confirmó esta posición, al afirmar que: "...it is undisputed that India is a signatory to the Convention; therefore, the reciprocity of the first sentence [of article 1] is satisfied", criterio que es compartido por dicho jurista: "...the reservation was simply intended to limit automatic recognition or enforcement to only those awards made in the territory of another Contracting State". Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, 2da. Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 141. "See *La Societe Nationale v. Shaheen Natural Resources Co.*, 585 F.Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983)... *E.A.S.T., Inc. v. M/V Alaia* F.2d 1168, 1172 (5th Cir. 1989) ('The principle of reciprocity is thus concerned with the forum in which the arbitration will occur and whether that forum state is a signatory to the Convention -not whether both parties to the dispute are nationals of signatory states')...".

Sin embargo, Lucy F. Reed, "Experience of Practical Problems of Enforcement". En: ICCA Congress series No. 9, Paris, 1999, pp. 563-564, identifica algunos problemas detectados en algunos estados, como Indonesia, en los que indebidamente se exige cierta prueba acerca de la existencia de la reciprocidad, más allá de la simple revisión de la lista de adherentes a la Convención, como corresponde.

contenida en los tratados latinoamericanos estudiados y en el Código Civil peruano de 1984.

Es más, tratándose del Perú que se ha adherido a la Convención de Nueva York sin apelar a la reserva de reciprocidad, estamos obligados a aplicar dicho tratado al reconocimiento y la ejecución de todos los laudos arbitrales que se dicten en cualquier parte del mundo,¹⁰⁹ debiéndose seguir para el efecto el estándar aplicado por la Corte de Apelaciones de Nápoli (1978), en los seguidos por G.A. Pap-KG Holzgrosshandlung c. Ditta Giovanni G. Pecoraro.

En efecto, en este caso la empresa italiana (Ditta Giovanni G. Pecoraro) se opuso al reconocimiento y a la ejecución de un laudo arbitral dictado en Viena en favor de la empresa austriaca G.A. Pap-KG Holzgrosshandlung, argumentando la no aplicación de la Convención de Nueva York, por cuanto Austria (lugar del arbitraje), no era miembro de dicho tratado.

Sin embargo, la corte italiana correctamente señaló que más allá de que Austria sí se había adherido a este tratado en 1961, aun cuando no hubiera sido ese el caso, Italia se había incorporado a la Convención de Nueva York sin reservas, por lo que estaba obligada a aplicar este tratado a todo laudo arbitral dictado en cualquier estado distinto al italiano, fuera o no miembro del convenio internacional.¹¹⁰

II.1.2.2.2. Reserva comercial

La última parte del inciso 3) del artículo I de la Convención de Nueva York, dispone que todo Estado Contratante podrá "...también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones

¹⁰⁹ Las normas contenidas en los artículos 2102° y ss. del Código Civil peruano no resultan aplicables. Sobre los supuestos en los que no procedería aplicar la Convención de Nueva York en el Perú, ver infra punto No. X.1.2.

¹¹⁰ "Austria ratified the New York Convention on May 2, 1961. Even when this would have not been the case, Italy, when adhering to the Convention, had not made any reservation and, in particular, not the reservation of reciprocity. Accordingly, the Convention applies to awards made in Contracting States as well as to awards made in States which did not adhere to the Convention". En: The Yearbook on Commercial Arbitration, Vol. VI, A.J. van den Berg (Ed.), 1981, pp. 228-229.

jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno".¹¹¹

Esta reserva referida a la materia arbitrable, realizada por un número reducido de estados que se han adherido a la Convención bajo estudio,¹¹² requiere que sea interpretada a la luz de lo que disponga la ley del lugar donde se pretenda el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral,¹¹³ lo que en la práctica podría generar problemas de aplicación del tratado, ya que cada Estado Contratante determinará qué entiende por "comercial".¹¹⁴

En todo caso, bien vale la pena aclarar que la generalidad de la doctrina considera que los problemas generados por esta reserva han sido marginales,¹¹⁵ ya

¹¹¹ A setiembre de 2006, los siguientes estados han apelado a la reserva comercial: Afganistán, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Canadá, China, Chipre, Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, Estados Unidos de América, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Jamaica, Macedonia, Madagascar, Malasia, Mónaco, Mongolia, Nepal, Nigeria, Polonia, República Centroafricana, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Venezuela y Vietnam. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/Status/status-s.htm. El Perú se ha adherido al Tratado sin apelar a esta reserva.

¹¹² Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 538. "This reservation was inserted because at the New York Conference of 1958 it was believed that, without this clause, it would be impossible for certain Civil Law countries, which distinguish between commercial and non-commercial transactions, to adhere to the Convention".

¹¹³ Domenico Di Pietro & Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958**, ob. cit., p. 58. "The test as to whether a matter is to be considered as a 'commercial' one, and therefore whether it qualifies for referral to arbitration, is to be carried out using the law of the place where enforcement of the award is sought".

¹¹⁴ Éric Robine, "The Evolution of International Commercial Arbitration over these past years (1990-1995)". En: La Revue de Droit International des affaires, No. 2, 1996. "Professor Fouchard notes in passing that the commerciality provision is a factor of legal uncertainty and that the New York Convention is outdated on this point".

¹¹⁵ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 21. "Although problems have occasionally arisen because courts of particular countries have adopted a narrow definition of commercial, the general approach of courts of many nations is to define commercial so as to embrace all types of trade or business transactions".

que la mayoría de los estados han definido el término "comercial" de forma amplia.¹¹⁶

Sin embargo, existen algunas lamentables excepciones, como es el caso Taieb Haddad y Hans Barrett c. Société d'Investissement Kal, en el que la Corte de Casaciones de Túnez en un fallo de 10 de noviembre de 1993, consideró que un laudo arbitral dictado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París respecto de un contrato para el desarrollo de una urbanización no era comercial y que, por lo tanto, resultaba de aplicación la reserva comercial realizada por ese país.¹¹⁷

Por último, en lo que se refiere al Perú que no ha hecho suya esta reserva, el "...Convenio de Nueva York deberá aplicarse a todas las sentencias que sean fruto de arbitraje concertados para resolver diferencias surgidas sobre cualquier clase de relaciones jurídicas...",¹¹⁸ comerciales y no comerciales.

II.1.2.3. **Artículo II. La excepción de convenio arbitral**

Si nos remontamos al caso hipotético descrito al inicio de este trabajo, recordaremos que otro de los problemas

¹¹⁶ Robert B. von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law", ob. cit., p. 352, aclara que en los Estados Unidos de América se ha dado al término comercial un contenido amplio, por lo que: "...any contract or legal relationship that involves commerce in any manner should fall within the scope of the Convention". Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, ob. cit., p. 149. "Like U.S. courts, foreign courts have generally interpreted the 'commercial' relationship requirement broadly. See *Canada Packers Inc. v. Terra Nova Tankers Inc.*... (Ontario Ct. Just. 1992) (tort claims encompassed by Article I(3)'s 'commercial'); *Carters (Merchants) Ltd v. Ferraro*... (Corte di Appello di Napoli Feb. 20, 1975); *European Grain & Shipping Ltd. V. Bombay Extractions Ltd.* (Bombay High Ct. Nov. 5, 1981) ('We have no doubt that the contract in the instance case, which was for the sale and purchase of a commodity, was clearly a contract which brought about a legal relationship which was commercial in nature under Indian law'); *Oberlandesgericht of Hamm*, 2 November 1983...". Kenneth Ungar, "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration", ob. cit., pp. 725-727.

¹¹⁷ The Yearbook on Commercial Arbitration, Vol. XXIII, A.J. van den Berg (Ed.), 1998, pp. 770-773.

¹¹⁸ Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", ob. cit., p. 184.

que sufrían -y que aún sufren muchas personas que acuerdan arbitrar sus controversias- es el referido a la posibilidad de que una de las partes del acuerdo de arbitraje, en vez de aceptar la sumisión a esa vía una vez que ha surgido la controversia, decida demandar ante el poder judicial, ante lo cual a la parte contraria no le quedará otro camino que oponerse a tal procedimiento, deduciendo una excepción, la que será resuelta por los jueces de conformidad con las disposiciones domésticas de cada estado.

Para reducir al máximo la incertidumbre que se genera por la potencial aplicación de normas domésticas disímiles, la Convención de Nueva York dispone en el artículo II, inciso 3), que el "...Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

De esta manera, cuando se interponga ante el poder judicial de un Estado Contratante de la Convención de Nueva York una demanda sobre materia reservada al conocimiento de un tribunal arbitral con sede en un país distinto al del foro, será procedente deducir la excepción de convenio arbitral al amparo del artículo II(3) de dicho tratado,¹¹⁹ y, como consecuencia, el juez deberá abstenerse de seguir conociendo la controversia, salvo cuando se compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.¹²⁰

¹¹⁹ Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention", ob. cit., p. 206. Explica el autor que un problema con la norma bajo estudio, es que no determina de manera precisa su ámbito de aplicación. Sin embargo, agrega que "...a number of courts in the Contracting States and some of the implementing acts have solved the omission by interpreting the provision by analogy to the Convention's definition for its scope in respect of arbitral awards. Accordingly, the provision can be deemed to be applicable to an agreement providing for arbitration in another State".

¹²⁰ Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Diego Aramburú Yzaga, **El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras**, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1994, pp. 217-219.

II.1.2.4. Problemas no resueltos

Como hemos indicado, la Convención de Nueva York de 1958 se aplica únicamente en dos situaciones: 1) Cuando se requiere interponer la excepción de convenio arbitral, al existir un pacto de las partes para arbitrar en un estado distinto a aquél en el que se ha iniciado un proceso judicial en violación de dicho acuerdo; y, 2) Cuando se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, ante la autoridad competente de un estado distinto de aquél en el que se dictó el laudo.

En consecuencia, el tratado bajo comentario no regula la procedencia de la excepción arbitral cuando el arbitraje se va a desarrollar dentro del foro, como tampoco establece los requisitos y formalidades que deberán observar los acuerdos arbitrales para que sean considerados válidos dentro del propio foro. Ambas cuestiones serán reguladas por las normas domésticas de cada estado.

Además, si bien la Convención de Nueva York establece los requisitos y las causales que procederán para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados fuera del foro, no regula los requisitos ni las causales que serán de aplicación a los laudos arbitrales dictados localmente.¹²¹

En otras palabras, como la Convención de Nueva York sólo se aplica a los laudos arbitrales dictados en el extranjero cuyo reconocimiento y ejecución se solicita

¹²¹ William W. Park, "Finality and Fairness in Tax Arbitration". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 11, No. 2, 1994, p. 25. "Under the New York Arbitration Convention... annulment of awards is left to the national law of the arbitral situs... the grounds on which the award might be set aside would be determined by... [local] arbitration law, not the New York Convention". Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", ob. cit., p. 536. "...the Convention [does not] provide for the setting aside of an award. According to Art. V(1)(e), the setting aside pertains to the exclusive jurisdiction of the courts of the country in which, or under the law of which, the award is made, and has to be adjudicated on the basis of the arbitration law of that country...". William L. Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards", ob. cit., p. 174. "...no international agreements control how national courts supervise arbitrations taking place on their own territory. Each State is free to apply whatever measures of judicial control it wishes to international arbitration taking place within its own jurisdiction. The most dramatic judicial intervention in the arbitral process is appeal or judicial review at the seat of arbitration".

localmente (en cuyo caso será de aplicación el artículo V de dicho Tratado), las causales de revisión de los laudos dictados en el foro (es decir, en el lugar en el que se lleva a cabo el procedimiento arbitral), dependerán de cada estado en concreto.¹²²

Por último, la Convención de Nueva York tampoco regula todo lo relativo a los árbitros (número, forma de designación, requisitos, recusación, etc.) y las reglas que gobernarán el procedimiento arbitral, las que serán de responsabilidad exclusiva de la ley del lugar donde se lleve adelante el arbitraje.¹²³

Verifiquemos pues, como correctamente afirma Melis,¹²⁴ que existiendo tantas materias relacionadas al arbitraje que dependerán de la ley del lugar del arbitraje, la decisión de dónde arbitrar afectará dramáticamente la mayor o menor autonomía o libertad

¹²² William Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding procedural integrity in International Arbitration". En: Tulane Law Review, Vol. 63, No. 3, 1989, p. 680. "For better or for worse... the New York Convention does not spell out 'acceptable' grounds for annulment. Specific grounds for vacatur of awards are neither mandated nor prohibited. The arbitral situs is free to set aside awards for any reason it sees fit...". Paul D. Friedland, "International arbitration in the US: Enforcement of awards, and non-parties", ob. cit., p. 11. "The Convention sets no limits on what a court can or must do with respect to awards rendered in that court's own jurisdiction".

¹²³ Saul Perloff, "The ties that bind: The limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration". En: University of Pennsylvania Journal of International Business Law, Vol. 13, 1992, p. 327. "While the New York Convention reflects the great strides that have been made toward unifying and liberalizing the rules of international commercial arbitration, its field of application, and thus its ultimate effect, are limited. The Convention does not regulate all aspects of international commercial arbitration. The Convention... does not govern the actual conduct of the arbitrations that fall under its purview. It leaves such important issues as the constitution of the arbitral tribunal, the selection of the procedural and substantive rules, and the confirmation or annulment of awards to the *lex arbitri* of a particular country".

¹²⁴ Werner Melis, "Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts". En: ICCA XII International Arbitration Congress, Viena, 1994, p. 110. "...at the stage of the stipulation of the arbitration agreement the parties will not only determine the type of arbitration but also, directly or indirectly, the place of arbitration. This choice of the venue is not merely a touristic concern; nor is it merely a matter of selecting a place geographically located between the places of business of the parties concerned, as is sometimes the case: the mandatory procedural provisions on arbitration at the venue of arbitration will define both the limits placed upon the autonomy of parties and arbitrators in the conduct of proceedings and the degree of assistance or intervention by the court. Non-compliance with such mandatory provisions will... entail the possibility of an award being set aside by the courts of the country concerned".

que tendrán las partes para someter su conflicto al arbitraje. Esta decisión podrá generar, como veremos enseguida, la posibilidad de que se apliquen leyes arbitrales obsoletas o no suficientemente flexibles a las necesidades de los usuarios, desincentivando de esa manera la práctica del arbitraje.¹²⁵

II.2. LA LEY DEL LUGAR DEL ARBITRAJE Y LA LEY MODELO DE UNCITRAL

Hemos hecho referencia a la existencia de importantes áreas del arbitraje que escapan al control de la Convención de Nueva York de 1958,¹²⁶ y cuya regulación dependerá de la ley del lugar del arbitraje.¹²⁷

¹²⁵ José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán, **Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional**, Civitas, Madrid, 1978, p. 237. "El grado de institucionalización del arbitraje privado internacional no alcanza el nivel de una auténtica internacionalización, esto es, la consideración del arbitraje como enteramente desvinculado de los ordenamientos y estructuras jurídicas y organizativas de carácter nacional". Pierre A. Karrer, "Enforcement of ICC Arbitral Awards Globally", ob. cit., p. 1. "The New York Convention is today the touchstone of the entire system of international commercial arbitration. It is the one truly international source of law in arbitration".

¹²⁶ Jacques Werner, "Should the New York Convention be revised to provide for Court intervention in Arbitral Proceedings?", ob. cit., p. 114. "The NYC still does not provide for the regulation of all aspects of international commercial arbitration. It is limited to the enforcement of arbitration agreements and of foreign arbitral awards, leaving out many important aspects of international commercial arbitration, such as procedure, annulment, and others".

¹²⁷ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 177. "The issues that are governed by the mandatory law of the arbitral situs are defined by that nation's law. Different nations prescribe different mandatory rules. For example, foreign laws regarding the number of arbitrators, the language of proceedings, the need for and means of administering oaths, and the like may be dictated in various countries by mandatory local law...". Stephen R. Bond, "How to Draft an Arbitration Clause (revisited)". En: The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1990, Vol. 1, No. 2, p. 18. "The importance of the place of arbitration cannot be overestimated. Its legislation determines the likelihood and extent of involvement of national courts in the conduct of the arbitration (either for judicial 'assistance' or 'interference'), the likelihood of enforceability of the arbitral award (depending on what international conventions the situs State is a party to), and the extent and nature of any mandatory procedural rules that you will have to adhere to in the conduct of the arbitration... Such factors are of far greater importance than the touristic attractions of any particular place that sometimes appear to be the decisive factor in making this decision". También leer a: Stephen R. Bond, "Party Autonomy: The Choice of Place". En: Arbitration International, Vol. 8, No. 1, 1992, pp. 83-92.

Como bien explican Craig, Park & Paulsson,¹²⁸ la ley del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje podrá regular mediante normas de orden público,¹²⁹ entre otros, la validez y los efectos del convenio arbitral; las materias que pueden ser sometidas al arbitraje; quienes pueden actuar como árbitros, sus requisitos, forma de designación y las causales de recusación; la competencia de los árbitros; las disposiciones sobre el procedimiento arbitral y los plazos; la forma y requisitos del laudo arbitral; la intervención del poder judicial antes, durante y después del arbitraje; y, los recursos contra el laudo arbitral.¹³⁰

¹²⁸ Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, 2da. Ed., ICC Publications, París, 1990, pp. 447-459. Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 79. Estos autores identifican las siguientes materias que suelen ser reguladas por la *lex loci arbitri* o la ley de arbitraje del foro:

"- *arbitrability;*
- *the validity of the arbitration agreement;*
- *the jurisdiction of the arbitrators;*
- *the appointment, removal and replacement of arbitrators;*
- *challenge of arbitrators;*
- *time limits;*
- *the conduct of the arbitration, including possible rules for the disclosure of documents (discovery);*
- *interim measures of protection;*
- *whether there is power to consolidate arbitrations;*
- *whether the arbitral tribunal is able to decide ex aequo et bono;*
- *the form and validity of the arbitral award; and*
- *the finality of the award (including any right of recourse against it under national law)".*

¹²⁹ Henri C. Alvarez, "La escogencia del lugar del arbitraje". En: Revista Internacional de Arbitraje, No. 3, Bogotá, 2005, p. 25. "Normalmente se reconoce que los tribunales de arbitramento deben respetar los principios y reglas obligatorios de la ley del lugar del arbitraje. Esto se deriva de la elección de las partes acerca del sitio donde se tramitará o si se delega esa escogencia a una institución arbitral u otra entidad y del poder que tienen las cortes para desconocer laudos arbitrales.

En la medida en que las reglas y principios obligatorios de la sede arbitral se relacionen de manera general con derechos procedimentales fundamentales y asuntos de orden público, incumplir las reglas obligatorias locales pondrá en peligro el laudo. En consecuencia, es importante conocer por anticipado cuáles principios obligatorios aplicables al arbitraje existen en el lugar del arbitraje".

¹³⁰ J. Gillis Wetter, **The International Arbitral Process: Public and Private**, ob. cit., Vol. II, pp. 398-399. "Whatever the intentions of the parties may be, the legislature and judicial authorities of the seat control the tribunal's existence, composition and activities. It is primarily the law of the seat that decides whether and on what conditions arbitration is permitted at all (...)

The law of the arbitration tribunal's seat initially governs the whole of the tribunal's life and work. In particular, it governs the validity of the submission, the creation and composition of the tribunal, the rules of the conflict of laws to be followed by it, its procedure, the making and publication of its award". Howard M. Holtzmann, "The importance of

Como correctamente señala Alvarez,¹³¹ “[u]na de las decisiones más importantes que deben tomar las partes en un arbitraje... es el lugar donde este se va a llevar a cabo. Esa elección determina mucho más que la ubicación física donde se realizará. Se trata de la escogencia de la sede legal o jurídica que determina el régimen normativo básico aplicable al trámite arbitral. El derecho del lugar del arbitraje, algunas veces designado como *lex arbitri*, sustenta y gobierna el procedimiento y, como parte de esa función, determina la naturaleza y establece el papel de los tribunales locales nacionales en el arbitraje”.

Como existe un vasto campo del arbitraje que puede encontrarse regulado por disposiciones de orden público contenidas en las legislaciones de cada uno de los estados, regulación que en mayor o menor medida variará de país en país, esto podrá crear en los usuarios del arbitraje mayores o menores complicaciones tanto antes, durante, como después de dictado el laudo arbitral, ante la falta de uniformidad y la existencia de muchas leyes arbitrales obsoletas o poco amigables para la práctica del arbitraje; en especial, del arbitraje

choosing the Right Place to Arbitrate an International Case”. En: Michael W. Reisman, **International Commercial Arbitration Materials**, Yale Law School, 1989, p. 135. “Even when parties have agreed that the case is to be conducted under established arbitration rules or contract provisions, the local law will control matters not covered by the rules or contract, also local law will govern to the extent that the rules or contract conflict with those provisions of the law of the place of arbitration which parties are not free to waive or vary by contract -often called mandatory, imperative, or non-excludable provisions of law. Thus, for example, if a contract provides that arbitration will take place in the country of one of the parties and if the law of that country contains a mandatory provision which forbids foreigners to act as arbitrators, that local law would supersede provisions of rules -such as the AAA, UNCITRAL, or ICC rules -which call for the arbitrator to be from a third country”. Daniel E. Gonzalez, George F. Hritz, Marcos Rios y Richard C. Lorenzo, “International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus”. En: The Journal of Structured and Project Finance, Vol. 9, No. 1, 2003, P. 38. “The parties’ choice of the place, ‘seat’, or ‘forum’ where the arbitration shall take place and where the award must be issued... is a crucial element of every arbitration clause. The law of the forum either determines or materially affects a number of all-important issues, such as how the award will be enforced, the procedural rules that may apply to the arbitration, under what circumstances and to what extent the award may be reviewed and vacated... the degree of local courts’ intervention in the arbitration, and the availability of discovery and other evidentiary matters”.

¹³¹ Henri C. Alvarez, “La escogencia del lugar del arbitraje”, ob. cit., p. 13.

comercial internacional,¹³² ya que en estos casos las partes se encontrarán muchas veces con el cotidiano problema de tener que aplicar leyes arbitrales domésticas que limitan, en muchos casos gravemente, la autonomía de voluntad de las partes.¹³³

En ese sentido se pronuncia la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, al señalar que: "En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje; a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de

¹³² Frank E. Nattier, "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards", ob. cit., pp. 403-404: "It is obvious that international arbitration cannot function effectively without adequate internal legislation, which is one of the principal reasons that arbitration is not utilized more in Spanish-speaking America. Professor Cremades adds: 'In many countries... the greatest restraint on the growth of arbitration is the antiquity of the regulating legislation, which places undue formal and substantive constraints on the utilization of arbitration as a solution for conflicts'".

¹³³ Gerold Herrmann, "UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration". En: Pace Law Review, Vol. 4, No. 3, 1984, p. 541. "The disappointment of the parties may result from provisions which unduly restrict their freedom to submit future disputes to arbitration or to appoint arbitrators of their choice. Other restrictions may relate to the competence of the arbitral tribunal to decide on its own jurisdiction, or to the power of the arbitral tribunal to conduct the proceedings in accordance with the wishes of the parties or as deemed appropriate by the tribunal. It is well known that in this important field, arbitration is often simply equated with court litigation, without examining in detail whether the general law on civil procedure is really adequate for arbitral proceedings, in particular those dealing with international commercial disputes. Another area of possible concern is that supervision and control by courts is not always welcomed by parties, at least not to the extent envisaged in various municipal laws". Alejandro M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", ob. cit., p. 296. "Since the Latin American codes only provide for domestic arbitration, the notion of 'international arbitration' has not been developed in the same fashion as in those jurisdictions where different legal effects are given to domestic and international arbitration agreements and arbitral awards". En la actualidad (ver infra punto No. III.1) la afirmación de Garro no es del todo cierta, ya que varios estados latinoamericanos han modernizado sus legislaciones arbitrales.

disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje".¹³⁴

Con la finalidad de resolver estos problemas, algunos estados han implementado modernas leyes arbitrales que distinguen hacia su interior entre arbitrajes domésticos o nacionales y arbitrajes internacionales;¹³⁵ o, aun cuando no distinguen entre arbitraje nacional e internacional, sus disposiciones son perfectamente compatibles con las necesidades de los agentes comerciales internacionales.¹³⁶

Sin embargo, cuando sí se distingue, en el caso de los arbitrajes internacionales se suelen establecer disposiciones más liberales que las que resultan aplicables a los arbitrajes domésticos o nacionales, ampliando así el ámbito de libertad de las partes y restringiendo al mismo tiempo la aplicación de normas imperativas y la intervención del poder judicial.¹³⁷

¹³⁴ 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. 125-126.

¹³⁵ Debe quedar claro que estos arbitrajes "internacionales" también se regirán por la ley arbitral de la sede del arbitraje. Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration**, West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, pp. 379-380. Estos autores citan a Albert Jan van den Berg, el cual señala sobre este particular, lo siguiente: "*Certain countries, such as France and Switzerland, make a distinction between domestic and international arbitration... This distinction does not affect the principle that the arbitration law of the place of arbitration governs international arbitration*".

¹³⁶ Por ejemplo, la Ley de Arbitraje de Holanda (1986) no distingue entre arbitraje doméstico o nacional y arbitraje internacional. Sin embargo, como bien señala Emmanuel Gaillard, "Introductory Note". En: *International Legal Materials*, Vol. 26, 1987, p. 921, "[o]n July 2, 1986, the Dutch Parliament adopted a statute modernizing Dutch law on arbitration. Although it does not technically distinguish between domestic and international arbitration, this statute... clearly purports to liberalize Dutch law on international arbitration. The travaux préparatoires states that it does not substantially depart from the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration...".

¹³⁷ Un ejemplo dramático de esto lo constituye la Federación Rusa. En efecto, este estado cuenta con una moderna Ley sobre Arbitraje Internacional de julio de 1993, que es una copia de la Ley Modelo de UNCITRAL, mientras que su legislación arbitral doméstica o nacional se

Un claro ejemplo de esta postura lo constituye Francia,¹³⁸ país en el que tratándose de arbitrajes internacionales, desde hace muchos años la jurisprudencia y luego la ley se han encargado de establecer reglas especiales mediante las cuales se ha ampliado el ámbito de autonomía de la voluntad, se han limitado al máximo las disposiciones legales imperativas y se ha reducido dramáticamente la intervención del poder judicial.¹³⁹

mantiene bastante rudimentaria. El mismo escenario se observa en Chile (ver infra punto No. III.1.4).

¹³⁸ Según el artículo 1492° del Código Procesal Civil (texto modificado por el Decreto No. 81-500 sobre Arbitraje Internacional de 1981), un arbitraje en Francia es internacional, "...if it implicates international commercial interests". Sobre el tema, recomendamos leer a: Arthur Taylor Von Mehren, "International Commercial Arbitration: The contribution of the French Jurisprudence". En: Louisiana Law Review, Vol. 46, No. 5, 1986, pp. 1045 y ss.; y, Thomas E. Carbonneau, "The Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards in French Law". En: The International Lawyer, Vol. 11, No. 4, 1977, pp. 603 y ss.

¹³⁹ En la misma línea, tenemos a los Estados Unidos de América, país en el que mediante un fallo de la Corte Suprema Federal, en los seguidos por el ciudadano alemán *Fritz Scherk* contra la empresa norteamericana Alberto-Culver Co. (417 U.S., 506 (1974)), se decidió que el arbitraje que se iba a desarrollar dentro de su territorio era uno internacional y, por lo tanto, aun cuando la materia que se iba a arbitrar no podía serlo a nivel doméstico, si cabía en este caso, justamente porque el arbitraje era uno internacional.

El caso es el siguiente: Alberto-Culver Co., empresa constituida en el Estado de Illinois, compró al Sr. Fritz Scherk (alemán), la propiedad de tres empresas constituidas bajo las leyes de Alemania y Leichtenstein. En el contrato se pactó la sumisión a arbitraje de cualquier conflicto derivado de dicho contrato, bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y con sede en la ciudad de Nueva York. Casi un año después de la compra, Alberto-Culver Co. descubrió que las marcas de fábrica (*trademarks*) supuestamente adquiridas en la transacción pertenecían a terceros, por lo que solicitó la resolución del contrato, a lo que Scherk se opuso. Ante la situación creada, la empresa inició una acción de daños y perjuicios ante la Corte Federal de Illinois, afirmando que la falsa representación acerca de la situación legal de las marcas de fábrica violaba la *Securities Exchange Act* norteamericana. En respuesta a esta acción, Scherk objetó la jurisdicción de la corte, amparada en el convenio arbitral.

Las dos primeras instancias judiciales fallaron a favor de Alberto-Culver Co., apoyadas en un precedente jurisprudencial (*Wilko c. Swan*), en el que se resolvió que toda controversia relacionada con el *Securities Exchange Act* debía ser conocida en forma exclusiva por el poder judicial. Sin embargo, la Corte Suprema Federal norteamericana consideró que el contrato entre Alberto-Culver Co. y Scherk, a diferencia del precedente citado, era uno internacional y no doméstico, ya que no era de aplicación directa la ley de ese país, sino las disposiciones de los estados en donde estaban inscritas las marcas de fábrica (Alemania y Leichtenstein).

Este argumento, junto con otros que no vale la pena mencionar, llevaron a que el supremo tribunal de justicia norteamericano fallara ordenando que

Sin embargo, estas respuestas locales si bien permiten identificar a algunos estados como Francia,¹⁴⁰ Estados Unidos de América,¹⁴¹ Inglaterra,¹⁴² Suiza,¹⁴³

el asunto en controversia fuera conocido y resuelto por el tribunal arbitral pactado por las partes. Esto ha posibilitado que, en ese país, las controversias internacionales puedan ser libremente arbitradas, aún cuando no lo pudieran ser en el ámbito doméstico.

Este caso demuestra como al momento de analizar la arbitrabilidad de una disputa, uno debe ser menos estricto cuando se arbitran controversias de carácter internacional, de cuando se intentan arbitrar cuestiones netamente domésticas. Sobre el tema, recomendamos leer a: Kristian L. Palmer, "Mitsubishi: The erosion of the NYC and International Arbitration". En: Wisconsin International Law Journal, Vol. 1984, pp. 162-164.

¹⁴⁰ Ver supra cita No. 138. Sobre este particular, leer a: W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era Ed., pp. 549-562; y, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, pp. 63-66.

¹⁴¹ Debe tenerse presente que desde 1988, once estados de la Unión Americana (Florida, California, Georgia, Hawaii, Texas, Connecticut, Maryland, Oregon, North Carolina, Ohio y Colorado) han dictado leyes arbitrales estatales, estableciendo reglas de juego en materia de arbitraje internacional. Es más, las leyes estatales de California, Texas, Connecticut, Ohio, North Carolina y Oregon han adoptado, en todo o en parte, la Ley Modelo de UNCITRAL.

No es el momento ni el lugar para analizar a fondo estas leyes estatales, ni para explicar como es que se relacionan con la Ley Federal de Arbitraje (FAA). Para quien desee profundizar sobre este tema, recomendamos leer a: W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era Ed., pp. 591-622; Heather A. Purcell, "State International Arbitration Statutes: Why They Matter". En: Texas International Law Journal, Vol. 32, 1997, pp. 525-544; William W. Park, "The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform", ob. cit., pp. 1241-1311; y, William W. Park, "Text and Context in International Dispute Resolution". En: Boston University International Law Journal, Vol. 15, 1997, pp. 204-205.

¹⁴² La nueva Ley de Arbitraje (1996) distingue entre arbitraje internacional y arbitraje doméstico o nacional. Cuando el arbitraje es nacional, algunas reglas son menos liberales a las aplicables a los arbitrajes internacionales. El artículo 85(2) identifica cuándo un arbitraje con sede en Inglaterra es doméstico o nacional: Artículo 85(2).- "For this purpose a 'domestic arbitration agreement' means an arbitration agreement to which none of the parties is- (a) an individual who is a national of, habitually resident in, a state other than the United Kingdom, or (b) a body corporate which is incorporated in, or whose central control and management is exercised in, a state other than the United Kingdom, and under which the seat of the arbitration (if the seat has been designated or determined) is in the United Kingdom...".

Para una interesante lectura de esta ley arbitral, leer a: Adam Samuel, "Arbitration statutes in England and the USA". En: The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, parte 1, 1999, pp. 24-32; W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce**

Suecia,¹⁴⁴ Canadá,¹⁴⁵ Holanda¹⁴⁶ y algunos más, como lugares convenientes para la práctica del arbitraje internacional,¹⁴⁷ lo cierto es que los criterios para determinar cuándo estaremos ante arbitrajes nacionales y cuándo ante arbitrajes internacionales dependerán en exclusiva¹⁴⁸ de lo que dispongan las normas internas de cada uno de los estados, las que obviamente variarán de legislación en legislación.¹⁴⁹

Arbitration, ob. cit., 3era Ed., pp. 531-547; y, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit, p. 67.

¹⁴³ Daniel M. Kolkey, "Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations". En: *The International Lawyer*, Vol. 22, No. 3, 1988, p. 712. "The new Swiss International Arbitration Law applies to all international arbitrations, that is, arbitrations where one of the parties does not have its domicile or habitual residence in Switzerland". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era Ed., p. 575. "The scope of the... [Swiss International Arbitration Law] is defined by a residence-oriented test, which applies the statute to an arbitration if at least one party is foreign, in the sense of being neither domiciled nor habitually resident in Switzerland... at the moment the arbitration clause is signed".

¹⁴⁴ La nueva Ley de Arbitraje de Suecia (1999), si bien distingue entre arbitrajes nacionales o domésticos y arbitrajes internacionales, las diferencias entre uno y otro son poco significativas. Sobre este particular, leer a: **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, ob. cit, p. 69.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹⁴⁶ Ver supra cita No. 137.

¹⁴⁷ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 61.

¹⁴⁸ Salvo cuando se aplique de manera excepcional alguna disposición contenida en algún tratado, como es el caso, por ejemplo, de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961), el cual dispone la aplicación de algunas normas supranacionales a algunos temas específicos del arbitraje, siempre y cuando el caso arbitral caiga dentro de su marco de aplicación. Cabe destacar que este tratado no resulta aplicable a los países latinoamericanos.

¹⁴⁹ Carlos Esplugues Mota, "Reflexiones en torno a una frustración: El Título IX de la nueva Ley Española de Arbitraje relativo a la Ejecución en España de los Laudos Arbitrales Extranjeros". En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. V, Civitas, Madrid, 1988-1989, pp. 159-160. "Diversos criterios se utilizan a la hora de calificar un arbitraje como internacional, básicamente se habla de criterios económicos, personales o relativos al derecho procesal aplicable. Un ejemplo del primero se encuentra en el artículo 1492 del CPC francés que mantiene una posición paradigmática sólo compartida por el Código de arbitraje internacional de Djibouti en su artículo 1: 'El arbitraje es internacional si en él están envueltos intereses comerciales internacionales'. Por su parte, la S. 3(7) de la Arbitration Act 1979 inglesa... puede considerarse ejemplo del segundo criterio. Así, refiriéndose al acuerdo para arbitrar entiende el

Además, y esto es lo más preocupante, existen muchos otros estados que no sólo no distinguen hacia su interior entre arbitrajes nacionales e internacionales, sino que, además -como es el caso de varios estados latinoamericanos- mantienen regulaciones arbitrales obsoletas.¹⁵⁰

La consecuencia de todo esto es que, como bien indican Redfern & Hunter,¹⁵¹ las partes de un arbitraje tienen que realizar un "forum shopping".

arbitraje como no doméstico en aquellas ocasiones... en el que participa una persona física que no es nacional o no reside habitualmente en Gran Bretaña o una persona jurídica no británica o que posea su centro de control (central management and control) fuera de este país. Por su parte, la posición alemana coincidiría con el tercer nivel... Por su parte la S. 202 de la Arbitration Act de Estados Unidos (US Code S. 9) utiliza el elemento personal y la presencia de bienes en el extranjero para calificar el arbitraje de doméstico o internacional...". Conviene precisar que la reciente Ley de Arbitraje inglesa de 1996, mantiene el criterio expresado por el autor. Sobre el tema, leer también a: Mauro Rubino-Sammartano, "International and Foreign Arbitration". En: Journal of International Arbitration, Vol. 5, No. 3, 1988, pp. 85 y ss.

¹⁵⁰ Sobre la especial situación del arbitraje en los estados árabes y musulmanes, recomendamos leer a: Chibli Mallat, "A comparative critique of the arbitration process in the Arab world". En: Lebanese Review of Arab Arbitration, Vol. 1, No. 3, 1996, pp. 5-17; y, Charles N. Brower & Jeremy K. Sharpe, "International Arbitration and the Islamic World: The Third Phase". En: The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 3, 2003, pp. 643-656.

¹⁵¹ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., 91. "The fact that different states have different law governing international commercial arbitration and that some of these laws may not be well suited to this task has two practical consequences. First, it means that wherever an international commercial arbitration is held, the provisions of the local law should be checked, to see whether there are any particular mandatory rules which must be observed in order to obtain a valid award. Secondly, it means that not every country is a suitable situs for international commercial arbitration; a certain amount of 'forum-shopping' is advisable". En el mismo sentido, Marc Blessing, "The Conduct of Arbitral Proceedings under the Rules of Arbitration Institutions; the WIPO Arbitration Rules in a Comparative Perspective". En: World Intellectual Property Organization, Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation, Ginebra, 1995, p. 47, señala que: "The importance of the determination of the place of arbitration does not need an extensive discussion -a practical 'must' for all arbitration clauses to contain a clear determination of the place of arbitration! It suffices to recall that the place of arbitration triggers the applicability of the lex arbitri (in the sense of the Arbitration Act prevailing at the place of arbitration). It depends on this regime whether mandatory rules of law will be imposed or not, and it is therefore of prime importance to determine the place of arbitration in a so-called 'arbitration-friendly country'".

En otras palabras, ante la falta de uniformidad y la existencia de muchas legislaciones arbitrales obsoletas o poco amigables para la práctica del arbitraje; en especial, del arbitraje que se genera del tráfico comercial internacional, las partes deben identificar como sedes potenciales de sus arbitrajes a estados en los que en razón de sus modernas legislaciones arbitrales,¹⁵² puedan arbitrar lo mejor posible sus controversias.¹⁵³

En efecto, Juan Antonio Cremades¹⁵⁴ explica que "...los arbitrajes internacionales suelen ser localizados por

¹⁵² Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., pp. 73-75. Este importante autor identifica seis temas que deben ser analizados por las partes, al momento de tomar una decisión acerca del lugar donde arbitrarán sus controversias: "*First, it is important that national courts in the arbitral situs not interfere in the ongoing arbitral proceedings... The possibility of judicial interference may create an incentive for dilatory tactics and expensive, confusing procedural disputes.*

Second, it is desirable to select a forum whose courts, while not interfering in arbitral proceedings, will nonetheless assist the proceedings if necessary...

Third, parties should not select an arbitral situs under whose law the arbitration agreement would be invalid... National law requirements on subjects such as arbitrability, number of qualifications of arbitrators, contract formation, validity and illegality, and the like vary significantly...

Fourth, the arbitral situs is usually the nation whose courts will have the power to entertain actions to vacate or set aside the arbitral award. It is important to select an arbitral forum whose courts will not subject arbitral awards to unduly rigorous scrutiny in an action to vacate, but which will ensure that basic standards of integrity and fairness have been observed...

Fifth, some nations restrict the right of non-nationals to appear as counsel in international arbitration proceedings conducted on local territory. If a company wishes to have its regular outside international arbitration counsel participate in the arbitral proceedings, selecting such nations as an arbitral situs should be avoided...

Finally, the arbitral situs is usually (but not always) the place where the arbitral award will be 'made' for purposes of the New York Convention. Care should be taken to select a forum whose arbitral awards will be enforceable outside the country where they are rendered".

¹⁵³ Sin embargo, también es justo reconocer, como explica Emmanuel Gaillard, "*Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience*". En: ICCA Congress series, No. 9, Paris, 1999, p. 10, que la adopción en las últimas décadas de modernas legislaciones arbitrales por parte de países tradicionalmente hostiles a su práctica, está permitiendo la existencia de una mayor diversidad geográfica al momento de elegir dónde arbitrar: "*The adoption of modern legislation in a number of States that do not have a long judicial tradition favorable to arbitration has led to a more geographically diverse choice of seats of arbitration*".

¹⁵⁴ Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, "El Procedimiento Arbitral". En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI -El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995, p. 63.

las partes o por el organismo de administración del arbitraje en aquellos países cuyo derecho da mayor latitud a los árbitros para conducir el procedimiento de la manera que consideran oportuna teniendo en cuenta las circunstancias del asunto".¹⁵⁵

Pues bien, con la finalidad de evitar inconvenientes a los usuarios del arbitraje como los descritos y lograr en lo posible la adopción de modernas y uniformes legislaciones arbitrales,¹⁵⁶ a partir de 1977 diversas instituciones y organismos internacionales vinculados al quehacer arbitral, requieren a las Naciones Unidas para que se proceda a modificar la Convención de Nueva York.¹⁵⁷

Sin embargo, el Secretario General de las Naciones Unidas prefirió recomendar la redacción de una Ley Modelo que permitiera uniformizar las legislaciones de cada país, en vez de intentar modificar la Convención de Nueva York.¹⁵⁸

¹⁵⁵ W. Laurence Craig, "Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration". En: Coudert Brothers Worldwide, www.coudert.com/practice/intcom.htm, p. 6. "The Convention forces counsel to abandon the familiar perception that international arbitration proceedings are sui generis and may be conducted pursuant to their own terms of reference; to ensure recognition of the award abroad, counsel must examine the status of arbitral proceedings and awards at the place of arbitration. Drafters of arbitration agreements must accept that the state where arbitration is held has legislative jurisdiction to dictate procedural rules for arbitral proceedings in that state, and that the state's courts have the power to enforce such provisions. Respect, or lack thereof, for any mandatory provisions of procedural law applicable to arbitration at the seat of arbitration could affect the enforceability of the award abroad under the terms of the Convention. Increasingly, counsel advising clients on the provisions of an arbitration agreement focused on two issues: the neutrality of the arbitration site and the site's laws affecting arbitral proceedings".

¹⁵⁶ Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 459. "The world would be a simpler place for practitioners of international arbitration if national legal systems treated the arbitral process in essentially similar ways. If the differences between national laws were eliminated with respect to the conditions under which courts may assist or interfere with the arbitral process, parties would be more carefree in choosing a place of arbitration".

¹⁵⁷ Gerold Herrmann, "UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 539.

¹⁵⁸ W. Laurence Craig, "Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 14. "The UNCITRAL proposed a model law rather than a convention or a uniform law because it knew that obtaining multilateral agreement on a precise text would be

Así, se asignó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la tarea de preparar un proyecto de Ley Modelo que abordara todos los temas no tratados por la Convención de Nueva York¹⁵⁹ y que recogiera las mejores prácticas arbitrales existentes hasta ese momento, con la finalidad de buscar la uniformidad de las reglas aplicables a los arbitrajes internacionales.¹⁶⁰ El proyecto se inició en 1981 y culminó en junio de 1985, cuando fue aprobada la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Como bien explican Craig, Park & Paulsson,¹⁶¹ los objetivos principales de la Ley Modelo de UNCITRAL son: 1) reconocer expresamente la libertad de las partes, para establecer el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus necesidades; 2) determinar de manera precisa las normas imperativas que deberán aplicarse en el foro, a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, pero eliminando, al mismo tiempo, disposiciones locales innecesarias o inconvenientes para una correcta práctica de los arbitrajes internacionales; y, 3) dictar una serie de disposiciones supletorias que se aplicarán a los arbitrajes internacionales, a falta de acuerdo entre las partes.

difficult due to wide variations in existing national laws. The hope was to encourage progress towards a recognized norm rather than to insist on uniformity. The Commission nevertheless recommended that states adopting the Model Law make as few changes as possible".

¹⁵⁹ William L. Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards", ob. cit., p. 203. "The UNCITRAL Model provides a significant complement to the New York Convention. It is not correct to think of the UNCITRAL project as a substantively different scheme, because both its Model provisions on recognition and enforcement and its Model provision on appeal for annulment use the procedural and substantive grounds for opposing an arbitration award that are established in the New York Convention".

¹⁶⁰ Kenneth Ungar, "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration", ob. cit., pp. 727 y ss. Jan Paulsson, "Third World Participation in International Investment Arbitration". En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 1, 1987, p. 53. "The preparation of the UNCITRAL Model Law is a current development of great potential importance in view of the desirability of harmonization of the treatment of international arbitration under national laws".

¹⁶¹ Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commercial Arbitration**, ob. cit., pp. 459-460.

La Ley Modelo de UNCITRAL no es un tratado, sino simplemente un modelo -valga la redundancia- que puede ser implementado por las legislaciones de cada país, con la finalidad de modernizar y uniformizar el tratamiento de los arbitrajes internacionales.¹⁶² Para lograr ese cometido, la Ley Modelo cubre todas las áreas del arbitraje no reguladas por la Convención de Nueva York, como son:¹⁶³ El ámbito de aplicación de las normas sobre Arbitraje Internacional (Capítulo I), el Convenio Arbitral (Capítulo II), el Tribunal Arbitral (Capítulo III), la Competencia del Tribunal Arbitral (Capítulo IV), el Procedimiento Arbitral (Capítulo V), el Laudo Arbitral (Capítulo VI), los Recursos contra los Laudos Arbitrales (Capítulo VII) y el Reconocimiento y la Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros (Capítulo VIII).¹⁶⁴

Gerold Herrmann¹⁶⁵ explica que el objetivo principal de la Ley Modelo de UNCITRAL, es el de reconocer una amplia libertad en las partes para acordar cómo será

¹⁶² Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial**, ob. cit., p. 160. "...la Asamblea General de las Naciones Unidas en su cuadragésimo período de sesiones, en la 112 sesión plenaria de 11 de diciembre de 1985, aprobó la resolución 40/72 que recomienda que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional". Sobre una descripción general de las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL, recomendamos leer a: Gerold Herrmann, "*UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration*", ob. cit., pp. 547 y ss. y Gerold Herrmann, "*The UNCITRAL Model Law -its background, salient features and purposes*", ob. cit., pp. 13 y ss.

¹⁶³ 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, p. 125. "La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo".

¹⁶⁴ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., p. 101. "*The UNCITRAL Model Law contains 36 articles, which deal comprehensively with the issues that arise in national courts in connection with international arbitration*". Obviamente el capítulo VIII se aplicará en todo lo que no se oponga a la Convención de Nueva York.

¹⁶⁵ Gerold Herrmann, "*UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration*", ob. cit., p. 545.

conducido el arbitraje. De esta manera, las partes podrán establecer, casi con absoluta libertad, el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus necesidades, así como el número, requisitos, forma de designación y recusación de los árbitros. Es más, a falta de acuerdo entre las partes, la Ley Modelo otorga a los árbitros amplia libertad para determinar las reglas del procedimiento, teniendo prácticamente como únicos límites la igualdad de las partes, el debido proceso y el derecho de defensa.

En lo que se refiere al tema de los recursos contra los laudos arbitrales internacionales dictados en el foro, la Ley Modelo de UNCITRAL dispone en su artículo 34° que sólo podrá deducirse un recurso de anulación en base a siete causales taxativas, las que son prácticamente una copia de las causales establecidas en la Convención de Nueva York de 1958.

De esta manera, tanto contra los laudos arbitrales dictados fuera del foro (llamados "extranjeros" y regulados por la Convención de Nueva York), como contra los laudos arbitrales emitidos dentro del foro (denominados "internacionales" y sometidos a la ley del lugar del arbitraje), sólo procederá deducir siete supuestos taxativos para evitar su eficacia.

Es pues debido la aplicación conjunta de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de UNCITRAL, que nos acercamos a la ansiada uniformidad en el tema de los recursos contra los laudos arbitrales, ya que solo quedará en control de las legislaciones nacionales los recursos que procederán contra los laudos arbitrales domésticos o nacionales, salvo que también se decida la aplicación de las causales dispuestas en la Ley Modelo a este tipo de laudos.¹⁶⁶

¹⁶⁶ W. Laurence Craig, *Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 12. "The approach of the Model Law is to clarify and reduce the role of local court supervision over international arbitrations. Its aim is comparable to the reduction of court supervision over the recognition and enforcement of foreign awards provided by the New York Convention. In fact, the Model Law adopts the New York Convention as a statutory norm for the recognition and enforcement of international arbitral awards, wherever they may be rendered". Sobre el tema, recomendamos leer a: Kenneth Ungar, *The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration*, ob. cit., pp. 727-741.

También es gracias a la implementación legislativa que vienen haciendo muchos estados de la Ley Modelo de UNCITRAL, que se está logrando la incorporación de disposiciones modernas y uniformes en el tratamiento de los arbitrajes internacionales.¹⁶⁷ Esto poco a poco está permitiendo crear las condiciones necesarias para el desarrollo del arbitraje en el mundo, al eliminarse todos y cada uno de los problemas que tratamos al comienzo de este trabajo.¹⁶⁸

Shifman¹⁶⁹ informa que la Ley Modelo de UNCITRAL ha sido adoptada, en todo o en parte, por Canadá (por el Parlamento Federal y por los órganos legislativos de todas las provincias y territorios), Australia, Bulgaria, Chipre, Escocia, Hong Kong, Nigeria y por los Estados de California, Connecticut y Maryland en los Estados Unidos de América. Dawson¹⁷⁰ por su parte, aclara que la "Ley Modelo... ha sido utilizada total o parcialmente por una variedad de jurisdicciones, incluyendo... Bahrain... Singapur, Ucrania, la Federación Rusa...".

¹⁶⁷ Gabrielle Kaufmann-Kohler, "International Commercial Arbitration: Globalization of Arbitral Procedure", ob. cit., p. 1321. En este trabajo la autora considera que la Ley Modelo de UNCITRAL es a "major milestone" en la necesaria tarea de lograr la armonización de las leyes arbitrales.

¹⁶⁸ Jan Paulsson, "Third World Participation in International Investment Arbitration", ob. cit., p. 23. "The UNCITRAL Model Law, proposed as a means for national legislatures to modernize their arbitration law, and to contribute to a harmonization of international practice, may become a crucible for the evolution of international commercial arbitration in the coming years". Andrew I. Okekeifere, "Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Part 1: Agenda for Improvement". En: International Arbitration Law Review, Vol. 2, Nos. 5/6, 1999, p. 167. "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration has indeed turned out to be a model piece of legislation and, like the New York Convention, a marvellous success in international persuasive legislation. It even promises to surpass the New York Convention by far, going by the rate at which several nations of diverse legal and constitutional models are adopting it into their national statutory framework. The idea of achieving a real 'uniformity of the law of arbitral procedures' through it is proving by the day to be a practicable dream indeed".

¹⁶⁹ Bette E. Shifman, "Developments in adoption of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration". En: The American Review of International Arbitration, Columbia University, Vol. 1, No. 2, 1990, pp. 281 y ss.

¹⁷⁰ 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. 200.

Hermann¹⁷¹ amplía la lista de estados que han incorporado esta Ley Modelo en todo o en parte, identificando, entre otros, a las Bermudas, Egipto, Filipinas, México, Túnez y los Estados de Oregon y Texas en los Estados Unidos de América.

Por último, nosotros identificamos además, las siguientes legislaciones:¹⁷² Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Belarús, Chile, China, Corea, Croacia, Dinamarca, España, Grecia, Guatemala, Hungría, Illinois (en los Estados Unidos de América), India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenia, Lituania, Louisiana (en los Estados Unidos de América), Macao (región administrativa especial de China), Madagascar, Malta, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sri Lanka, Tailandia, Turquía, Zambia y Zimbabwe.¹⁷³

Obviamente no todos los estados requerirán adoptar esta Ley Modelo, ya que como bien explica Born,¹⁷⁴ existen legislaciones arbitrales como las de los Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Suiza, entre otras,¹⁷⁵ que por sus avances en materia arbitral, no necesitarán adecuar mayormente sus reglas de juego a la Ley Modelo de UNCITRAL.

¹⁷¹ Gerold Herrmann, "Power of Arbitrators to Determine Procedures under the UNCITRAL Model Law". En: ICCA XII International Arbitration Congress, Viena, 1994, p. 21.

¹⁷² ICC Commission on International Arbitration, "Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration". En: The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 1, 1998, p. 47.

¹⁷³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf.

¹⁷⁴ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States**, ob. cit., p. 35. "In particular, England, Switzerland, France and the Netherlands have enacted arbitration statutes that ensure the basic enforceability of arbitration agreements and awards with minimal judicial interference in the arbitral process".

¹⁷⁵ W. Laurence Craig, "Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 14. "It was never expected that the Model Law would be enacted in all the principal arbitration centers in the World. Where states have long-established arbitration laws and practices, the tendency has been to modify those laws while remaining within the original statutory framework".

En cambio, estados con un menor o nulo desarrollo legislativo o jurisprudencial en materia arbitral, como son, entre otros, muchos de los países latinoamericanos, encontrarán en la Ley Modelo de UNCITRAL¹⁷⁶ la llave maestra para adecuar sus obsoletas o poco amigables leyes arbitrales a las demandas de los usuarios del arbitraje.¹⁷⁷

En ese sentido se pronuncia Garro,¹⁷⁸ quien al referirse a las normas arbitrales de varios países centroamericanos, llega a la conclusión de que "...se impone una revisión de la legislación arbitral vigente a la luz de las pautas que ofrece la Ley Modelo...".¹⁷⁹

¹⁷⁶ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 525. *"...it is virtually inconceivable that any state will in future introduce legislation relating to arbitration without first looking at the text of the Model Law and its legislative history"*.

¹⁷⁷ Brian Davenport QC., *"The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: the Users' Choice"*. En: *Arbitration International*, Vol. 4, No. 1, 1988, p. 70. *"For a legal system which at present has no developed arbitration law, the Model Law offers what its name states, viz, a model law which could be adopted in full and which would mean that the legal system in question would at once acquire not only an almost complete arbitration law but one which had the international hallmark of approval derived from UNCITRAL"*. Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., p. 61. *"Other states, including those which have adopted de UNCITRAL Model Law, can also be considered as arbitral situses"*. Inclusive, como bien indica Adrian Winstanley, *"The new rules of the London Court of International Arbitration (LCIA)"*. En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 8, No. 1, 1997, p. 59, la Ley Modelo de UNCITRAL está sirviendo de base para la adopción de Reglamentos de Instituciones Arbitrales, como es el caso de la *London Court of International Arbitration (LCIA)*: *"The new rules [of the LCIA] are in harmony with the UNCITRAL Model Law..."*.

¹⁷⁸ Alejandro M. Garro, *"El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación Española de Arbitraje Privado: Un modelo para la reforma del Arbitraje Comercial en América Central"*, ob. cit., pp. 60-61.

¹⁷⁹ Cabe destacar que en los últimos años, México (1993), Guatemala (1995), Perú (1996), Paraguay (2000) y Chile (2004), han modernizado sus legislaciones arbitrales a partir de la Ley Modelo de UNCITRAL. Ver infra punto No. III.1.