

# ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL POR LA CAUSAL DE VIOLACIÓN DEL PACTO DE LAS PARTES RESPECTO A LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DEL PROCEDIMIENTO

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY\*

**E**l inciso 3) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje -Ley N° 26572, aplicable al arbitraje nacional, sanciona con la nulidad del laudo cuando la parte que alegue, pruebe que "...la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una norma legal de las que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición...".

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

Sobre este particular, las disposiciones contenidas en la LGA reconocen en las partes plena libertad para determinar prácticamente todo lo relativo a los árbitros,<sup>1</sup> así como a las reglas de procedimiento.<sup>2</sup>

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

Justamente con la finalidad de salvaguardar esta libertad, la causal bajo comentario autoriza la anulación del laudo arbitral cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento (en este último caso sólo identificado por la norma aplicable al arbitraje internacional), no se han ajustado al acuerdo de las partes, siempre y cuando las disposiciones contractuales no se opongan a las normas imperativas de la LGA.

\* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEARCO), del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, del Centro de Arbitraje de AMCHAM-Perú, del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Ver artículos 20, 21, 24, 25 y 101 de la LGA.

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

¿Cuándo resultará de aplicación esta causal en relación a la composición del tribunal arbitral? Entendemos que, en especial, cuando el tribunal arbitral no se haya constituido de conformidad con los requisitos legales (por ejemplo, número legal de árbitros, incompatibilidad, capacidad plena y abogado tratándose del arbitraje de derecho en los arbitrajes nacionales)<sup>3</sup> o contractuales (por ejemplo, sin cumplir con los requisitos de edad, de especialización u otros que hubieren acordado las partes).<sup>4</sup>

Con respecto al procedimiento, verifiquemos que sólo la norma aplicable al arbitraje internacional extiende de manera expresa su manto protector a la violación del pacto de las partes respecto al procedimiento arbitral, supuesto que no aparece mencionado en la norma aplicable al arbitraje nacional, lo que obviamente se debe a un grave error<sup>5</sup> que debe ser corregido a la brevedad.<sup>6</sup>

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

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

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

En ese sentido, entendemos que la vía idónea para reclamar una deficiente constitución del tribunal arbitral será la recusación; mientras que respecto al procedimiento, procederá la solicitud de reposición (artículo 58 de la LGA).

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

Por otro lado, cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el inciso d) del artículo V(1) de la Convención de Nueva York<sup>7</sup> como el inciso 4) del ar-

- 3 Como las partes al acordar arbitrar en el foro se someten a las disposiciones imperativas de la ley de arbitraje, no cabe duda que cualquiera de estas normas aplicables a los árbitros forman parte integrante del acuerdo de las partes acerca de la composición del tribunal arbitral.
- 4 Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral". En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. V, Editorial Civitas, Madrid, 1988-1989, pp. 121-122.
- 5 En cambio, otras legislaciones no han cometido el mismo error: Panamá (Artículo 34(1)(b)).- "Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo, no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o de conformidad con lo establecido en el presente Decreto-Ley..."; Guatemala (Artículo 43(2)(a)(iv)).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley".
- 6 Nosotros entendemos que esta grave omisión requiere de una modificación legislativa del inciso 3) del artículo 73 de la LGA peruana, aunque también es posible esperar que el Poder Judicial via la integración del mencionado inciso con el aplicable al arbitraje internacional que sí recoge de manera expresa este supuesto (inciso 4) del artículo 123 de la LGA), proceda jurisprudencialmente con esta tarea.
- 7 Sobre la Convención de Nueva York, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje". En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 56, Lima, 2003, pp. 583-589; Fernando Cantuarias Salaverry, "Nuevo marco normativo aplicable al Arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje -Ley N° 26572". En: *Scribas, Revista de Derecho*, Arequipa, 1996, N° 2, pp. 252 y ss.; Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International*

ticulo 129 de la LGA,<sup>8</sup> disponen que el laudo arbitral podrá ser anulado si la parte interesada alega y prueba que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado por las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

Montoya<sup>9</sup> explica que según "...el artículo de la Convención de Nueva York, es la voluntad de las partes la que determina la composición del Tribunal y el procedimiento arbitral, y sólo en el caso que las partes no hayan señalado nada sobre este punto se aplica la ley del país donde el arbitraje tuvo lugar".

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

En efecto, Berg<sup>10</sup> informa de problemas en arbitrajes llevados a cabo en Inglaterra, cuando una de las partes incumplía con designar a su árbitro y, de conformidad con las hoy derogadas leyes arbitrales inglesas de 1950 y 1979, el arbitraje debía llevarse a cabo ante el único árbitro nombrado por la otra parte. Así, al momento en que la parte ganadora del laudo intentaba reconocerlo y ejecutarlo en terceros países al amparo de la Convención de Nueva York, algunas cortes, como por ejemplo las de Italia,<sup>11</sup> amparaban la alegación de deficiente constitución del tribunal arbitral, por no haberse ajustado al acuerdo de las partes (aunque sí a la ley del lugar del arbitraje).

El problema con la interpretación de Montoya y de las cortes italianas, es que si se da primacía a la autonomía de la voluntad por sobre las normas imperativas del foro, el poder judicial del país en el que se dictó el laudo arbitral

*Commercial Arbitration*, 2da. Ed., Sweet & Maxwell, London, 1991, pp. 63 y ss.; 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*, 1997, Vol. 14, N° 3, pp. 167 y ss.; Fernando Cantuarias Salaverry, "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales". En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 21, Lima, 1992, pp. 17-24; y, Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commercial Arbitration*, 2da. Ed., ICC Publications, Paris, 1990, pp. 660 y ss.

8 Como también lo hacen otras legislaciones arbitrales, por ejemplo: Panamá (Artículo 41(1)(d)).- "Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en su defecto, no se han ajustado a la ley del país donde se ha celebrado el arbitraje"; El Salvador (Artículo 82(1)(e)).- "Que la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en defecto de tal convenio, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje"; Honduras (Artículo 92(1)(e)).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en defecto de tal convenio, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje"; y, Guatemala (Artículo 47(a)(iv)).- "Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje".

9 Ulises Montoya Alberti, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras". En: *Revista del Foro* N° 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1989, p. 195.

10 Albert Jan van den Berg, "Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions". En: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 2, N° 2, 1987, pp. 445-447.

11 Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, pp. 72-75. Estos autores citan el caso *Rederi Aktiebolaget Sally c. S.R.L. Termarea* (Corte de Apelaciones de Florencia, 1978) sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Londres.

Aquí las partes, una finlandesa y la otra italiana, habían pactado un convenio arbitral para someter sus conflictos a un tribunal arbitral de tres árbitros. Sin embargo, al presentarse el conflicto, una de las partes se negó a designar a un árbitro, lo que motivó que el caso fuera conocido solo por el árbitro designado por la otra parte, de conformidad con la ley arbitral inglesa vigente en ese momento.

Cuando la parte vencedora intentó ejecutar el laudo en Italia, la otra parte se opuso alegando que se había constituido el tribunal arbitral en forma distinta al pacto de las partes, lo que fue aceptado por el tribunal italiano: "However, even if we should accept as proven said provision of the English law, same is insufficient to make enforceable in Italy the arbitral award which is the subject of the present suit. In the first place, in fact, we must bear in mind that, in accordance with... Article [V] of the New York Convention, the conformity of the composition of the arbitral tribunal with the law of the country where the arbitration takes place (England, in this case) must be observed for the enforcement of the award only if the parties have not provided for a different composition of the arbitral tribunal".

podría anularlo por la violación de las normas imperativas de la ley del foro, y de conformidad con el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, esa anulación podría tener efectos erga omnes.<sup>12</sup>

Por estas razones, compartimos la opinión de Berg,<sup>13</sup> en el sentido que el inciso V(1)(d) de la Convención de Nueva York, como el inciso d) del artículo 129 de la LGA, deben ser interpretados de tal manera que las normas imperativas del lugar del arbitraje prevalezcan sobre el acuerdo de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y las reglas de procedimiento,<sup>14</sup> por lo que de ser observadas no podrá aplicarse esta causal.<sup>15</sup>

Por último, debemos de indicar que si bien esta Convención, como el artículo 129 de la LGA, guardan silencio acerca de la exigencia de que se hayan alegado los vicios ante el tribunal arbitral, como sí lo hacen otras legislacio-

nes, consideramos que al ser esta exigencia parte de las reglas de juego en materia arbitral establecidas en la LGA, deberá ser tomada en consideración.<sup>16</sup>

#### CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR LA CAUSAL BAJO ESTUDIO

En el pasado cuando un laudo arbitral era anulado por el Poder Judicial, el efecto tradicional era el de restituir la competencia de los jueces, salvo que las partes acordaran someterse nuevamente al arbitraje.

Este efecto que hemos denominado "tradicional", entendemos que era una clara consecuencia de la institución de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.<sup>17</sup>

En efecto, de acuerdo a ese régimen legal, la cláusula compromisoria agotaba su existencia al momento en que se suscribía el compromiso arbitral. Por su parte, el compromiso arbitral dejaba

- 12 Albert Jan van den Berg, "Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions", *ob. cit.*, pp. 446-447. "...if the agreement of the parties on the composition of the arbitral tribunal is adhered to and hence the arbitration law of the place of arbitration is not complied with, the award can be set aside at the place of arbitration. The setting aside at the place of arbitration will have as a consequence that enforcement abroad can be refused under Article V(1)(e) of the Convention...". Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje", *ob. cit.*, pp. 593-613.
- 13 *Ibidem*, p. 446. "...the mandatory rules of the arbitration law of the place of arbitration override an agreement of the parties on the composition of the arbitral tribunal (and the arbitral procedure) under Article V(1)(d) of the Convention as well".
- 14 J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Vol. II, Oceana Publications, New York, 1979, p. 177. Este importante autor entiende que el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, "...provides that recognition and enforcement of an award may be refused if the award has... set aside... by a competent authority of the country on which, or under the law of which, that award was made". En consecuencia, "[t]hat provision -self-evident as it may appear - evidently incorporates all mandatory national legislative and judicial standards and by that token establishes the supremacy of law over party autonomy in regard to the choice and application of procedural law".
- 15 Ramona Martínez, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The 'refusal' provisions". En: *International Law*, Vol. 24, 1990, p. 495. La autora hace referencia a una jurisprudencia norteamericana (*Al Haddad Bros. Enterprises Inc. c. M/S Agapi*, 635 F. Supp. 205, 1986), en la que se llega a esta solución: "*Al Haddad invoked the article V(1)(d) defense. In particular, the arbitration provision called for an arbitration panel composed of one arbitrator appointed by each party, and if two arbitrators did not agree, an umpire appointed by the two arbitrators would render the decision. The award was made by a sole arbitrator. Regardless, the court reasoned that the fact that the award was not rendered in accordance with the parties' agreement was not fatal. The Convention allows recognition of an award that complies with the laws of the country where the arbitration occurred. Under British law a sole arbitrator may decide a dispute; therefore, the award was not invalidated by the defense.*"
- 16 En ese sentido, consideramos pertinente citar el caso *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, resuelto por la Corte Suprema de Hong Kong en 1994 (*Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XX, 1995, p. 671). Se trató de un arbitraje que se desarrolló en China ante el CIETAC (Centro de Arbitraje oficial chino) y en el que el tribunal arbitral se constituyó de forma distinta a lo pactado por las partes, aunque en momento alguno se impugnó este hecho o la imparcialidad e independencia de los árbitros. Cuando se intentó reconocer y ejecutar el laudo en Hong Kong, la parte perdedora solicitó aplicar el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, ante lo cual la Corte consideró no aplicable esta causal, por cuanto no se había impugnado la incorrecta constitución del tribunal arbitral en el lugar del arbitraje.
- 17 Sobre este tema leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, "Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral vs Convenio Arbitral". En: *Adsum Revista Jurídica*, N° 8, Lima, 1993.

de tener existencia cuando se dictaba el laudo arbitral o cuando este último era anulado por el Poder Judicial.

Por ello, anulado el laudo arbitral por cualquier causal, se restituía de inmediato la competencia del Poder Judicial, salvo que, como hemos indicado, se suscribiera un nuevo compromiso arbitral.

Ahora, en cambio, ante la existencia de la figura del convenio arbitral, esta respuesta "tradicional" no es aceptable, ya que el convenio arbitral es el acuerdo mediante el cual las partes, antes o después de surgida una controversia, deciden someter el actual o potencial conflicto a arbitraje.

Por tanto, en principio, al no existir más un contrato preparatorio (cláusula compromisoria) que se agote al otorgarse el contrato definitivo (compromiso arbitral), sino un solo contrato (convenio arbitral), la posibilidad de que este acuerdo se mantenga vigente, aún anulado el laudo arbitral, son significativas.

Todo dependerá pues de la causal aplicada por el Poder Judicial para anular un laudo arbitral.

En ese sentido, imaginemos, por ejemplo, que A y B suscriben un convenio arbitral conjuntamente con el contrato principal, acordando someter a arbitraje todas las controversias que se presenten en el futuro, referentes a la

interpretación o ejecución del contrato principal.

Generado un conflicto, A inicia el arbitraje contra B y logra un laudo arbitral en su favor, ante lo cual B interpone recurso de anulación basado en la causal de nulidad del convenio arbitral, que es amparado por el Poder Judicial.

¿La controversia tendrá que someterse al Poder Judicial? La respuesta es que sí, porque la anulación del laudo arbitral se debió al hecho de que no existía entre las partes un convenio arbitral,<sup>18</sup> por lo que no cabe la menor duda que la competencia del Poder Judicial se restablecerá para resolver cualquier controversia existente entre las partes, salvo que se suscriba válidamente un acuerdo de arbitraje.<sup>19</sup>

En cambio, éste efecto será radicalmente distinto cuando se haya anulado un laudo arbitral, por ejemplo, por las causales de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento, la violación del debido proceso, y por haberse laudado sin las mayorías requeridas,<sup>20</sup> ya que en todos estos casos el convenio arbitral que excluyó expresamente al Poder Judicial en la solución de las controversias se encuentra plenamente vigente, por lo que la sujeción a la vía arbitral se mantiene, salvo pacto en contrario de las partes.<sup>21</sup>

18 Fernando Cantuarias Salaverry, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral". En: Cuadernos Jurisprudenciales - Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, N° 17, Lima, 2002.

19 Silvia Barona Vilar, "El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral", ob. cit., p. 140. "1. Si se estima el recurso por considerar que el convenio arbitral era nulo, las partes deberán iniciar de nuevo a plantear la controversia, para lo cual podrán:

a. Volver a acudir a la vía arbitral, pero modificando el convenio arbitral inicial, o  
b. Acudir a la vía jurisdiccional".

Este también es el temperamento del artículo 78(1) de la LGA, que dispone que anulado el laudo arbitral por la causal establecida en el inciso 1) del artículo 73, "...la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes". Si bien no existe una norma similar en la Sección sobre Arbitraje Internacional, la regla necesariamente es la misma.

20 Ver artículos 73 y 78 de la LGA.

21 Así, el inciso 3) del artículo 78 de la LGA, establece que si se ha anulado el laudo por la causal contenida en el inciso 3) del artículo 73 de esa norma legal, queda expedito el derecho de las partes para proceder a una nueva designación de los árbitros.

Obviamente si se corrige el error de no haberse hecho referencia a la violación del procedimiento, este inciso tendrá que ser modificado, a efectos de disponer que si se anula el laudo debido a la violación de las reglas de procedimiento, el juez deberá remitir la causa a los árbitros para que reinicien el procedimiento arbitral desde el estado en que se cometió la violación.