

El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?*

Frank Griffith Dawson

Profesor en la Escuela de Leyes de la Universidad de Warwick (Inglaterra).

1. INTRODUCCIÓN.

La reciente adopción en el Perú de una nueva Ley de Arbitraje nos brinda una oportunidad para revisar el rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje del comercio internacional, tanto en forma general como en relación con países específicos.

Aunque el arbitraje es utilizado entre los comerciantes desde hace cientos de años, es relativamente en los últimos años que los tribunales se han mostrado hostiles a utilizarlo como un medio para la solución de conflictos⁽¹⁾.

Esta hostilidad se debía tanto a un celo institucional como a una renuencia a otorgar los poderes conferidos por ley. Además, a muchos juristas les preocupaba que las partes pudieran ser víctimas de injusticias debido a una aplicación errónea de la ley por árbitros cuyos laudos no podrían impugnarse.

Las reservas judiciales en cuanto al arbitraje se manifestaron en negativas para hacer cumplir acuerdos para arbitrar futuros conflictos, así como en normas que permitían a los tribunales considerar apelaciones

de laudos arbitrales en cuestiones tanto de derecho como de procedimiento. La desconfianza en el arbitraje también se manifestó en las decisiones de los tribunales que consideraban que ciertos tipos de conflictos no eran por su naturaleza arbitrables y sólo podrían ser solucionados en los tribunales⁽²⁾.

2. LA CRECIENTE ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE.

Sin embargo, en los últimos años, el arbitraje del comercio internacional ha logrado un mayor respaldo y aceptación por los tribunales y legisladores, a quienes anteriormente les entusiasmaba menos el arbitraje, y que actualmente fomentan su uso como un medio para la solución de conflictos comerciales internacionales⁽³⁾.

Los motivos de estos cambios de actitud son diversos y se relacionan entre sí:

a) un gran incremento en la cantidad, flujo y dirección del comercio mundial y sus participantes, lo que ha conducido a un correspondiente aumento en la probabilidad de los conflictos y un interés en los medios para solucionarlos;

(*) Basado en la ponencia realizada el 20 y 21 de marzo de 1996 en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La traducción se debe, en gran medida, a Carolina Rendón Andía, miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

(1) Este es en cierta medida todavía el caso en Latinoamérica. Ver, por ejemplo, GARRO. *Enforcement of Arbitration and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America*, 1 J. INT'L. ARB. 293, 1984; LAYTON. *Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America*, 10 J. INT'L. ARB. 123, 132-33, 1993.

(2) Para un estudio reciente de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos que han liberalizado continuamente, durante los últimos veinte años, las actitudes tradicionalmente hostiles de los Tribunales de los EEUU respecto a la elección de jurisdicción extranjera y cláusulas de arbitraje, y los tipos de conflicto que podrían ser arbitrados, ver DELAUME. *Choice-of-Forum and Arbitration Clauses in the United States: A Judicial Crusade*, 13 J. INT'L. ARB. 81, 1996.

(3) "Durante muchos años estuvo de moda señalar que el arbitraje del comercio internacional había llegado a la mayoría de edad. Esta ya no es una observación adecuada. En la actualidad, ha ingresado a una edad media madura y sofisticada." GRAVING. *The International Commercial Arbitration Institutions: How Good a Job are They Doing?* 4 AM. UNIV. J. INT'L. L. AND POL. 319, 1989.

b) un aumento general de los litigios, que ha generado que las agendas de los tribunales se congestionen en todos los importantes países comerciantes. En consecuencia, actualmente los tribunales se inclinan en general más por hacer cumplir las cláusulas de arbitraje, en especial cuando los conflictos y las partes no tienen fuertes vínculos con la jurisdicción involucrada;

c) el desarrollo de las organizaciones de administración y de las normas de arbitraje que gozan de prestigio internacional debido a su imparcialidad, justicia y efectividad; esfuerzos redoblados por parte de la comunidad comercial y los colegios de abogados para persuadir a los legisladores a nivel nacional e internacional a la adopción de políticas en favor del arbitraje.

Una combinación de los factores mencionados ha conducido a nivel internacional a la redacción de tratados multilaterales, tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales de 1958 (La Convención de Nueva York). Desde que estuvo accesible para su firma, 105 países han ratificado este importante documento que proporciona una forma simple y efectiva por la cual los laudos arbitrales pueden ser reconocidos y ejecutados fuera del país donde se dictan⁽⁴⁾.

Un mayor fomento del uso del arbitraje ha sido proporcionado por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Legislación Internacional de Comercio, o UNCITRAL. En 1976, las normas de arbitraje de UNCITRAL fueron respaldadas por la Asamblea General. Posteriormente, éstas han sido utilizadas cada vez más por las partes en arbitrajes ad hoc, es decir, arbitrajes donde las partes deciden adoptar sus propias normas en lugar de las normas establecidas por instituciones, tales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Asimismo, las Normas han sido

adoptadas como las normas de procedimiento para el Tribunal de Demandas⁽⁵⁾ IRÁN-EEUU en La Haya, así como por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial⁽⁵⁾.

Adicionalmente a sus Normas, UNCITRAL adoptó en 1985 una Ley Modelo sobre Arbitraje del Comercio Internacional, que desde entonces ha sido utilizada total o parcialmente por una variedad de jurisdicciones, incluyendo Escocia, varias provincias canadienses, Egipto, Bahrain, Hong Kong, Singapur, Ucrania, la Federación Rusa y Australia. Nuevamente como consecuencia de la combinación de los factores enumerados anteriormente, una serie de países han modificado su legislación de arbitraje existente en los últimos veinte años, como en el Reino Unido, Suecia y Taiwan, o han aprobado totalmente una nueva legislación a favor del arbitraje como en Italia, México y Perú⁽⁶⁾. Asimismo, se debe observar la reciente proliferación de centros de arbitraje. Centros tradicionales de arbitraje en Europa Occidental y los Estados Unidos de Norteamérica son en la actualidad complementados por centros en Sydney, Melbourne, Vancouver, El Cairo, Kuala Lumpur, Singapur y Hong Kong⁽⁷⁾.

No obstante la relativamente reciente aceptación generalizada del arbitraje como medio para lograr la solución definitiva de un conflicto, las siguientes observaciones son relevantes:

a) a pesar de los esfuerzos por lograr la uniformidad de los principios básicos de arbitraje, todavía existe una considerable diversidad entre las leyes nacionales de arbitraje, en especial en cuanto a la relación del Poder Judicial con el proceso arbitral;

b) las normas locales en algunos países pueden requerir que los árbitros o representantes legales de las partes sean ciudadanos del Estado donde se realiza el arbitraje, o que sean miembros del colegio de abogados⁽⁸⁾;

(4) 330 U.N.T.S. 38. Ver GRAVING. *Status of the New York Arbitration Convention: Some Gaps in Coverage but New Acceptances Confirm its Vitality*, 10 ICSID REV. FOREIGN INVEST. L. J. L, 1995.

(*) Nota de los editores: en el original *Claims Tribunal*.

(5) Para una discusión de los antecedentes y el alcance de las Normas, ver REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 2a.ed. 1991. pp.476-501.

(6) STYLE. *The Role of Arbitration*. INT'L. FIN. L. REV, SPECIAL SUPPLEMENT 5 (abril de 1995); REDFERN & HUNTER; Op.cit.; pp.508-524. *The UNCITRAL model law on international commercial arbitration*, reimpressa en REDFERN & HUNTER. Op.cit.; Apéndice 21, pp.798-810 (en lo sucesivo denominada la "Ley Modelo de UNCITRAL").

(7) ROWE. *Arbitration-Getting the Best Deal*, 7 INT'L. FIN. L. REV. 26 (marzo, 1988); GRAVING. *The international commercial...* Op.cit.; pp.328-329.

(8) RIVKIN. *Keeping Lawyers out of International Arbitrations*, 9 INT'L. FIN. L. REV. 11 (Febrero 1990); cfr. también, KLOETZEL. *Arbitration in Singapore-Recent Developments*, 61 J. CHARTERED INST. OF ARBITRATORS 108, 109, 1995; EASTMAN. *Up-Date on International Arbitration and Japan*, 61 J. CHARTERED INST. OF ARBITRATORS 31, 32-33, 1995.

c) existe la impresión, particularmente en algunos países en desarrollo, de que las normas y las instituciones de arbitraje han evolucionado para adecuarse a los principales países comerciales y no podrían estar a favor de los socios comerciales más débiles. En consecuencia, pueden existir principios legales regionales, tales como la Doctrina Calvo o la presencia de las Cláusulas Calvo en las legislaciones, que pueden hacer que los tribunales en algunos casos sean renuentes a hacer cumplir las cláusulas de arbitraje⁽⁹⁾;

d) pueden existir preferencias culturales en algunas regiones por medios para la solución de conflictos menos contenciosos, tales como la mediación y conciliación. Con el fin de garantizar que estos procedimientos de solución sean conocidos en Occidente, tanto UNCITRAL como la CCI han ideado normas y procedimientos de conciliación⁽¹⁰⁾;

e) debido a que los procedimientos de arbitraje se han vuelto más formales y están dominados por los abogados en algunos países, los arbitrajes pueden asemejarse cada vez más a los litigios en las salas de audiencias, especialmente por su duración y costo. Esto ha conducido en los Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y en otros lugares a la evolución de las técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos (ARC), que son variantes de los procedimientos de mediación-conciliación, tales como el arbitraje denominado "mini-juicio" no vinculante^(*). El objetivo es obtener un consenso en lugar de una solución establecida de un conflicto, y el concepto de ARC está siendo utilizado cada vez más en muchos países⁽¹¹⁾.

3. LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.

La experiencia demuestra que cuando las partes y los abogados están negociando un contrato comercial,

la mayor parte de sus esfuerzos se centra en definir la materia del contrato, las condiciones de pago, los términos y las garantías, y las consecuencias del incumplimiento.

Por consiguiente, algunas veces se presta poca atención a la redacción de la cláusula arbitral y las partes pueden sentirse conformes simplemente con someterse a arbitraje, por ejemplo, generalmente de conformidad con las normas de la CCI. Sin embargo, incluso en el arbitraje institucional, la cláusula arbitral debe como mínimo indicar el número de árbitros, el idioma del arbitraje, la legislación contrato que será aplicada por los árbitros y, finalmente, el lugar del arbitraje⁽¹²⁾.

Si se elige el arbitraje como el medio para la solución de un conflicto, el abogado debe considerar cinco diferentes sistemas legales al redactar la cláusula de arbitraje. Estos son:

- a) la ley personal de las partes;
- b) la ley sustancial que regula el contrato;
- c) la ley sustancial que regula la cláusula de arbitraje;
- d) la ley de la sede del arbitraje; y
- e) la ley del lugar donde es posible que se busque la ejecución de un laudo.

La ley personal de las partes es importante debido a que determina su capacidad para celebrar un acuerdo de arbitraje. En algunos países, las entidades estatales pueden verse limitadas en el punto en el cual pueden acordar el arbitraje con partes privadas extranjeras, por ejemplo.

La ley que regula el contrato -y ésta es generalmente la misma ley que regula la cláusula de arbitraje- puede naturalmente ser especificada en una cláusula separada si no es designada en la cláusula de arbitraje. Si la legislación aplicable no es indicada expresamente, se permite a los árbitros, de conformidad con la mayoría

(9) Sin embargo, el efecto inhibitor de la Cláusula Calvo y la Doctrina Calvo puede estar mitigándose en algunos países de Latinoamérica a medida que las leyes de arbitraje son modificadas y la Convención Interamericana sobre Arbitraje del Comercio Internacional es ratificada cada vez con mayor frecuencia. Cfr. MANNING-CABROL. *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors*, 26 L. & POL. IN INT'L. BUS. 1169, 1995.

(10) Las normas de conciliación de la CCI son discutidas en SCHWARTZ, *International Conciliation and the ICC*, 10 ICSID REV-FOR. INVEST. L.J. 98, primavera, 1995. Las normas de conciliación de UNCITRAL son reimprimadas en 20 ILM 301, 1981.

(*) Nota de los editores: en el original "mini-trial" and non-binding arbitration.

(11) Cfr. HUNTER, PAWLSSON, RAWDING & REDFERN. *The freshfields guide to arbitration and ADR*. 1993. pp. 63-77; HUNTER & REDFERN. Op.cit.; pp.26-25; RICE. *The Move to Mediation*. En: *Financial Times*. 16 de abril de 1996. p.16. El concepto de ARC no es exclusivo de las jurisdicciones del common law. Cfr. SANDERS. *ADR in Civil Law Countries*, 61 J. CHARTERED INST. OF ARBITRATORS 35, 1995.

(12) En la cláusula arbitral las partes también tienen la oportunidad de indicar cualquier calificación particular para los árbitros y cualquier modificación a las normas procesales seleccionadas. BERNARDINI. *The Arbitration Clause of an International Contract*, 9 J. INT'L. ARB. 45 (1992); HUNTER, PAWLSSON, RAWDING & REDFERN. Op.cit.; supra nota. pp.55-26.

de normas de arbitraje, que ellos mismos la determinen, usualmente mediante referencia a los principios de conflicto de ley más adecuados⁽¹³⁾.

Al aplicar la ley sustancial de un sistema legal particular, los árbitros deben, especialmente cuando el sistema es un régimen del *common law*, considerar las decisiones de sus tribunales. En este caso, el rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje es indirecto, en lugar de directo.

Naturalmente, la cláusula arbitral puede permitir expresamente a los árbitros decidir el conflicto ante ellos *ex aequo et bono* o algún principio equivalente. Esto no significa que tienen libertad de ignorar los principios legales aplicables, mas sí que pueden utilizar conceptos de equidad para disminuir el impacto severo de una aplicación estricta de la ley⁽¹⁴⁾.

La ley del lugar de probable ejecución también es importante si es posible que se busque la ejecución en el exterior, en un país que no es parte de la Convención de Nueva York.

Sin embargo, el Poder Judicial en el lugar de arbitraje desempeña un rol mucho más directo y fundamental en el proceso de arbitraje que el Poder Judicial en el país cuyas leyes regulan el contrato, o en el cual se busca la ejecución. Esto se debe a que la ley de la sede del arbitraje proporciona los antecedentes legales en relación con los cuales se realiza el arbitraje, y determina la fuerza de la relación del Poder Judicial local con el proceso arbitral. Por lo tanto, la selección del lugar de arbitraje en una cláusula arbitral tiene una importancia especial y fundamental⁽¹⁵⁾.

4. EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN EL LUGAR DE ARBITRAJE.

De conformidad con la teoría de la jurisprudencia moderna, un laudo debe ser concluyente y vinculante

para las partes y no impugnabile. Por lo tanto, el Poder Judicial no debe sustituir su propia sentencia por la de los árbitros en cuestiones de Derecho y, en realidad, su rol deberá limitarse a asistir a los árbitros en los siguientes casos:

- a) hacer cumplir el acuerdo de arbitraje suspendiendo temporalmente las acciones entabladas por una parte cuando se acuerde un arbitraje, ya sea antes del arbitraje o mientras está en curso;
- b) designar a los árbitros cuando las partes no cumplan con hacerlo;
- c) exigir la asistencia de testigos y la presentación de prueba instrumental;
- d) otorgar reparación provisional antes del arbitraje o durante éste, incluyendo garantía por los costos;
- e) proporcionar un fuero en el cual las partes puedan solicitar la anulación de laudos debido a errores sustanciales y procesales;
- f) reconocer y ejecutar un laudo.

Como ejemplo práctico para ilustrar la necesidad de la asistencia judicial podemos citar que, aunque el tribunal arbitral de conformidad con las leyes y normas nacionales y locales aplicables puede tener la autoridad de solicitar que las partes presenten testigos o proporcionen garantías por los costos, no tiene poder de coerción. A diferencia de un tribunal, no puede encontrar una parte en desacato de sus órdenes e imponer multas u otras sanciones por desobediencia⁽¹⁶⁾.

Ningún tribunal arbitral puede ordenar un embargo de la propiedad de una parte, ya sea para cumplir con un laudo o evitar su retiro de la jurisdicción antes del laudo. Por lo tanto, es imprescindible la presencia de un Poder Judicial facultado de conformidad con una ley de arbitraje, adecuado para complementar y hacer cumplir el poder del tribunal.

(13) Ver por ejemplo, Ley Modelo de UNCITRAL, artículo 28(a) supra nota 6; y las Normas de Arbitraje de la CCI, artículo 13(3). En comparación, las normas del Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en el artículo 13.1(a) estipulan únicamente que si las partes no lo acuerdan, el tribunal puede “determinar cuáles son las normas de ley que regulan o son aplicables a cualquier contrato, o acuerdo de arbitraje o la controversia entre las partes”. Tanto las normas de la CCI y LCIA son reimpresas en LÖWENFELD, Andreas F. *International litigation and arbitration: selected treaties, statutes and rules*. 1993. pp.97 y 111, respectivamente.

(14) Cfr. RUBINO-SAMMARTANO. “Amiable Compositeur” (*Joint Mandate to Settle*) y “Ex Bono et Aequo” (*Discretionary Authority to Mitigate Strict Law: Apparent Synonyms Revisited*, 9 J. INT’L. ARB 5 (1992); Ley Modelo de UNCITRAL, artículo 28(3), supra nota 6.

(15) SAMUEL. *The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate*, 8 ARB. INT’L 257, 1992.

(16) Estos “no son poderes que cualquier estado pueda delegar a un tribunal arbitral privado; sin embargo, dicho tribunal arbitral puede ser eminente o bien intencionado”. HUNTER & REDFERN. Op.cit.; p.24.

La nueva legislación peruana⁽¹⁷⁾, que contempla dichos asuntos e incluye en gran parte la Ley Modelo de UNCITRAL, estipula que, si las partes lo acuerdan, un juez puede designar árbitros y, en ausencia de acuerdo entre las partes, normar cuando se inhabiliten árbitros. El tribunal arbitral, o algunas de las partes con autorización del tribunal, puede solicitar al tribunal competente que obligue la presentación de prueba instrumental. Adicionalmente, un tribunal puede solicitar la asistencia del juez del lugar de arbitraje para ejecutar sus órdenes y que las partes tomen las medidas provisionales de amparo que el tribunal estime necesarias. Estas incluyen medidas para salvaguardar cualquier propiedad que esté sujeta al conflicto o que pueda requerirse para cumplir un laudo, así como para requerir que una parte busque aquella medida que proporcione una garantía para cubrir los costos y los daños y perjuicios que se deriven de la medida⁽¹⁸⁾.

Con fines comparativos, es interesante observar cómo otros dos países de la Costa del Pacífico, Taiwan y Corea, han discutido el asunto del rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje, aunque ningún país basó su legislación en la Ley Modelo de UNCITRAL. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial de Taiwan faculta a los tribunales a suspender acciones entabladas por una parte en

violación de un acuerdo de arbitraje, mientras que el artículo 4 estipula que “En caso que no lleguen a un acuerdo respecto al árbitro, las partes pueden solicitar a un tribunal competente que designe un árbitro por ellas”. El artículo 16 autoriza a un tribunal a solicitar la asistencia de los tribunales “para realizar todo acto necesario para la resolución de una controversia ante éstos que están particularmente dentro del ámbito de los tribunales judiciales⁽¹⁹⁾”.

En Corea la Ley de Arbitraje estipula la designación o el reemplazo de árbitros por una corte en caso que no exista acuerdo entre las partes, otorga a los árbitros el poder de interrogar a testigos y, a través de las normas de arbitraje comercial en el artículo 40, autoriza al tribunal de arbitraje a emitir a las partes “las órdenes que sean necesarias para salvaguardar la propiedad que es materia del arbitraje⁽²⁰⁾”.

El artículo 9 de la Ley de Arbitraje de Corea es similar al artículo 16 de la Ley de Arbitraje Comercial de Taiwan y contempla que “cuando un árbitro no es capaz de realizar un acto que se considera esencial para un laudo arbitral, la corte realizará dicho acto a solicitud del árbitro o las partes”. La legislación coreana y peruana tienen disposiciones casi idénticas al artículo 21 de la Ley de Arbitraje Comercial de Taiwan que da a los laudos arbitrales “la misma fuerza y efecto legal que una sentencia firme de un tribunal judicial⁽²¹⁾”.

(17) Ley General de Arbitraje, Ley No.26572 (1996). (En lo sucesivo denominada “Legislación Peruana de Arbitraje”). La Legislación Peruana de Arbitraje distingue entre el arbitraje nacional e internacional en dos secciones diferentes. Los comentarios en el presente, salvo que se indique lo contrario, se relacionan únicamente con el arbitraje internacional, según se define en el artículo 91.

Artículo 91.- Ámbito de aplicación.- Un arbitraje es internacional si:

1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o,
2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral;
 - b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

A los efectos de este artículo si alguna de las partes tienen más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.

(18) Cfr. especialmente, artículos 105, 116, 81, 82 de la Legislación Peruana de Arbitraje.

(19) La Legislación de Arbitraje Comercial de la República de China, promulgada el 20 de enero de 1961, modificada el 11 de junio de 1982 y el 26 de diciembre de 1986 (en lo sucesivo denominada la “Ley de Arbitraje Comercial de la República de China”).

(20) La Ley de Arbitraje de Corea, Ley No.1767 promulgada el 16 de marzo de 1996, y la Ley No.2537 modificada el 17 de febrero de 1973. (En lo sucesivo denominada la “Ley de Arbitraje de Corea”); las Normas de Arbitraje Comercial han sido modificadas por la Corte Suprema el 16 de noviembre de 1969 y el 14 de diciembre de 1993.

(21) La Ley de Arbitraje de Corea, artículo 12; Ley Peruana de Arbitraje, artículo 83.

5. EL PROBLEMA DE LA ANULACIÓN.

Las partes también pueden solicitar directamente la asistencia de los tribunales en el lugar del arbitraje para obtener la anulabilidad de un laudo arbitral. Los fundamentos según los cuales se puede solicitar la anulación, se relacionan generalmente con los defectos en los aspectos procesales del arbitraje, y no con los temas del conflicto. No obstante, la legislación nacional difiere, y el ámbito en el cual se puede impugnar un laudo en una jurisdicción particular debe investigarse antes de decidir el lugar del arbitraje⁽²²⁾.

De esta manera, la Ley Modelo de UNCITRAL en el artículo 34(2) estipula que un laudo únicamente puede ser anulado si la parte que solicita una orden de anulación del laudo proporciona medios probatorios que acrediten que:

“(i) una de las partes de un acuerdo de arbitraje (...) tiene cierta incapacidad; o dicho acuerdo no es válido conforme a la ley a la cual las partes lo han sometido o, al no existir una indicación en la misma, de conformidad con la ley de aquel Estado; o

(ii) no se notificó debidamente a la parte que hace la solicitud de designación de un árbitro o de procesos arbitrales o no pudo presentar su caso; o

(iii) el laudo versa sobre un conflicto no contemplado o que no está dentro de los términos del sometimiento a arbitraje, o contiene decisiones sobre asuntos que están más allá del alcance del sometimiento a arbitraje, quedando estipulado que, si las decisiones sobre asuntos sometidos a arbitraje pueden separarse de aquellos no sometidos, únicamente la parte del laudo que contiene decisiones sobre asuntos no sometidos a arbitraje puede ser anulada; o

(iv) la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no estuvo conforme con el

acuerdo de las partes, a menos que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la cual las partes no pueden derogar o, en caso que no haya acuerdo, no estuviera conforme con esta Ley⁽²³⁾.

La legislación peruana en el artículo 123 reproduce las disposiciones de UNCITRAL sobre anulación, e incluso países que no han incluido la Ley Modelo han adoptado el concepto de anulación y fundamentos similares en su legislación nacional. La Ley de Arbitraje de Corea reconoce cinco fundamentos similares, por ejemplo, aunque la Ley de Arbitraje Comercial de Taiwan enumera un total de doce fundamentos⁽²⁴⁾.

La Ley Modelo de UNCITRAL en el artículo 34(2)b estipula otros dos fundamentos según los cuales se puede solicitar la anulación, es decir, cuando la corte encuentre que:

“(i) la materia del conflicto no puede solucionarse mediante arbitraje conforme a la ley del Estado; o

(ii) el laudo está en conflicto con el orden público del Estado”.

Los conceptos de arbitrabilidad y orden público están estrechamente vinculados o son posiblemente idénticos, en especial cuando la legislación excluye expresamente del arbitraje algunos tipos de conflicto. Decidir que un conflicto no puede ser solucionado mediante arbitraje es simplemente otra forma de decir que el reconocimiento o la ejecución discreparía con el orden público, según se estipula en la legislación, con decisiones judiciales previas, o en general con principios de derecho. Por ejemplo, la legislación peruana de arbitraje contiene una lista general de materias que no pueden someterse a arbitraje, en su mayoría relacionadas con la capacidad civil y personal, delitos penales y poderes y atribuciones del Estado y entidades gubernamentales⁽²⁵⁾.

(22) “Desde un punto de vista legal, el mejor lugar para un arbitraje será un país cuyo Poder Judicial promueva una integridad procesal básica del arbitraje, pero no intervenga para corregir un error de derecho o hecho honesto de un árbitro”. PARK. *Illusion and Reality in International Forum Selection*, 30 TEX. INT’L. L. J. 135, 181, 1995.

(23) Ley Modelo de UNCITRAL, supra nota 6, en 808.

(24) Ley de Arbitraje de Corea, artículo 13; Ley de Arbitraje Comercial de la República de China, artículos 22 y 23.

(25) Artículo 1.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen dificultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones del imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

La legislación peruana de arbitraje en la sección que aborda el arbitraje internacional se ciñe estrechamente al artículo 34.2.b, salvo el artículo correspondiente a 34.b.ii que a la letra dice “que el laudo es contra el orden público **internacional**” (énfasis incluido)⁽²⁶⁾. El uso del adjetivo “internacional” sugiere que los redactores peruanos habrían considerado aquellos artículos del Código Procesal Civil francés que versa sobre el arbitraje y que, al usar “internacional” en el artículo 1498, busca estrechar el alcance para que por contravenir el orden público se impugne un laudo. Como los dos principales comentaristas internacionales sobre arbitraje han señalado, si se pudiera acordar una definición viable de política pública internacional, “sería una forma efectiva de impedir que un laudo sea anulado debido a consideraciones de política simplemente domésticas⁽²⁷⁾”.

El enfoque peruano y francés a la excepción de orden público contrasta con las leyes de arbitraje en otras jurisdicciones que no intentan limitar el concepto de orden público mediante referencia a un estándar internacional. De esta manera, la nueva legislación de arbitraje de Méjico, también basada ampliamente en el ejemplo de UNCITRAL, estipula simplemente la anulación de un laudo si “está en conflicto con el orden público⁽²⁸⁾”. Ni las recientes leyes de arbitraje de Italia

y Egipto se refieren a un estándar internacional por el cual “orden público” deberá evaluarse⁽²⁹⁾. En Taiwan, los fundamentos para la anulación en la Ley de Arbitraje Comercial no incluyen explícitamente orden público como una razón para la anulación, aunque esto podría inferirse. No obstante, un tribunal puede desestimar una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero que podría “ir contra el orden público o las buenas costumbres de la República de China⁽³⁰⁾”.

El concepto de orden público es elástico, difícil de aprehender y definido inadecuadamente, aunque aparece en la mayoría de legislaciones nacionales de arbitraje y en convenios internacionales, incluyendo la Convención de Nueva York⁽³¹⁾. Si fuera interpretado ampliamente por los tribunales, podría conducir a la anulación de los laudos o incluso a la revisión de sus méritos, lo cual no cabría dentro de los propósitos sugeridos ni por la historia legislativa de la legislación nacional y la Convención de Nueva York sugiere que no era su propósito. Afortunadamente, los Tribunales Federales en los Estados Unidos de Norteamérica y en otros países, cuando se les solicita que reconozcan o ejecuten laudos arbitrales extranjeros, interpretan la expresión más limitadamente de lo que lo harían en arbitrajes nacionales⁽³²⁾.

(26) Ley Peruana de Arbitraje. Artículo 123.- Condiciones para la procedencia de la anulación del laudo arbitral.- Contra lo resuelto en un laudo arbitral internacional dictado dentro del territorio de la República sólo procede interponer recurso de anulación ante la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar el recurso, cuando la parte que interpone la petición pruebe:

(...)

5. Que la autoridad judicial compruebe:

(...)

ii) Que el laudo es contrario al orden público internacional.

(27) Ver discusión en HUNTER & REDFERN. Op.cit.; pp.444-446. El artículo 1498 de la Sección del Código francés, que trata sobre el arbitraje internacional, estipula que los “laudos arbitrales extranjeros deberán ser reconocidos en Francia si su existencia es demostrada por la parte que se basa en éstos y si dicho reconocimiento no es contrario manifiestamente al orden público internacional”. Reimpreso en HUNTER & REDFERN. Op.cit.; Apéndice 17, 750, 761.

(28) SIQUEIROS. *Mexican Arbitration - The New Statute*, 30 TEX. INT’L. L. J. 227, 243, 245, 256-58, 1995. Los fundamentos para la anulación son aquellos de la Ley Modelo, y los fundamentos según los cuales la ejecución de un laudo arbitral extranjero puede ser rechazada son aquellos de la Convención de Nueva York, de la cual Méjico es parte suscriptora.

(29) COLVIN. *Arbitration in Italy: After the New Law*, 61 J. CHARTERED INST. OF ARBITRATORS 289. 1995; *New Arbitration Law in Egypt*, 14 ARB. & DISP. RES. J. 74, 1995.

(30) Ley de Arbitraje Comercial de la República de China, artículo 32. La Ley de Arbitraje de Corea en el artículo 13 permite a una parte plantear la “anulación” si el laudo “estipula la realización de un hecho que está prohibido por ley”.

(31) La Convención de Nueva York, artículo V(2) (b) estipula que se puede denegar el reconocimiento y rechazo de un laudo arbitral si “el reconocimiento o la ejecución sería contrario al orden público de dicho país”. Ningún modificador, tal como “internacional”, es insertado antes de “orden público”.

(32) “Aunque este fundamento para el rechazo (orden público) es invocado a menudo, pocas veces es invocado exitosamente (...) debido a la distinción hecha por los tribunales no sólo en los Estados Unidos de Norteamérica, sino también en otros países, entre la prueba de orden público en asuntos puramente nacionales y la prueba según es aplicada a arbitrajes de conformidad con acuerdos internacionales verdaderos”. SANDERS. *A Twenty Years’ Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 13 INT’L. LAW. 269, 270, 1979; MARTÍNEZ. *Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The “Refusal” Provisions*, 24 INT’L. LAW. 487, 508-516, 1990.

Esta inclinación de los tribunales a favor de la ejecución de laudos cuando se trata de arbitrajes internacionales, tanto cuando el laudo es emitido dentro de la jurisdicción como cuando es emitido en el extranjero, puede atribuirse a la ausencia a nivel internacional de un tribunal independiente, neutral y comercial al cual los empresarios pudieran recurrir con confianza. Al ejecutar los acuerdos de arbitraje, por lo tanto, se promueve el comercio internacional y la confianza comercial. Sin embargo, si se permite a los tribunales nacionales anular laudos a través de interpretaciones amplias de orden público, o invocando defectos no relevantes en el procedimiento arbitral, el objetivo del arbitraje internacional se vería frustrado⁽³³⁾.

6. LA NECESIDAD DE EQUILIBRIO.

Los legisladores deben buscar un equilibrio entre la finalidad del proceso arbitral y la necesidad de reservar al Poder Judicial una competencia de supervisión suficiente para corregir serias injusticias. En el caso peruano, se adoptaron los fundamentos bastante globales de UNCITRAL respecto a la anulación de un laudo, mientras que en Taiwán éstos fueron ampliados. Sin embargo, cualesquiera sean los fundamentos exactos de la anulación, no se ampliaron las ventajas del laudo en la mayoría de países, pero se limitaron a asuntos jurisdiccionales y procesales, tales

como la capacidad de las partes, la falta de competencia del tribunal, o la excesiva afirmación de jurisdicción, la deficiencia de un proceso debido o consideraciones de orden público⁽³⁴⁾.

A diferencia del arbitraje en otros lugares y en marcado contraste con la Ley Modelo de UNCITRAL, hasta hace poco la legislación de arbitraje inglesa contenida en tres leyes coexistentes no sólo permitía que un laudo fuera anulado por “inconducta” de los árbitros, sino también en ciertas circunstancias, permitía que se interpusieran apelaciones ante los tribunales respecto a cuestiones de derecho. Para estar seguras, las partes podrían acordar anticipadamente renunciar a sus derechos de apelación a través de una cláusula de exclusión. Sin embargo, una cláusula de exclusión no podría ser utilizada en ninguna circunstancia en arbitrajes nacionales, ni en arbitrajes internacionales donde el conflicto se derivaba de contratos de seguro, marítimos y comercialización de productos⁽³⁵⁾.

La Ley de Arbitraje de 1996, promulgada después de seis años de debates y consultas, revoca las anteriores leyes de arbitraje y leyes anteriores son consolidadas en una sola ley, mientras codifica y esclarece la jurisprudencia en el área⁽³⁶⁾. La ley deroga el término impreciso de “inconducta” como fundamento para impugnar un laudo, sustituyendo por lo tanto el concepto de “irregularidad grave que afecta el tribunal,

(33) Sin embargo, un comentario reciente advierte que puede haber injusticia si el concepto de política pública es interpretado demasiado exhaustivamente. BOUZARI. *The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitral Awards; Implications for Post-NAFTA Jurisprudence*, 30 TEX. INT'L. L. J. 205, 211-217, 1995.

(34) The United States Federal Arbitration Act 1925 difiere ampliamente con la Ley Modelo de UNCITRAL y estipula en la Sección 10:

“En cualquiera de los siguientes casos el tribunal de los Estados Unidos de Norteamérica en la jurisdicción del distrito donde se dicta el laudo puede emitir una orden anulando el laudo cuando cualquier parte del arbitraje lo solicite:

- a) Si el laudo fue obtenido mediante corrupción, fraude o medios indebidos.
- b) Si existía evidente parcialidad o corrupción en los árbitros, o en cualquiera de ellos.
- c) Si los árbitros eran culpables de conducta al negarse a posponer la audiencia, mediante la presentación de causa suficiente, o al negarse a examinar evidencia pertinente y relevante para la controversia; o de cualquier otra conducta antijurídica por la cual los derechos de cualquier parte han sido perjudicados.
- d) Si los árbitros excedieron sus poderes, o los ejercieron de forma inadecuada que no se dictó un laudo mutuo, concluyente y definitivo sobre la materia sometida a arbitraje.
- e) Si un laudo es anulado y el periodo dentro del cual el acuerdo requirió que se dicte el laudo no ha vencido, el tribunal puede, a su discreción, ordenar un reexamen de la causa por los árbitros”.

Reimpreso en REDFERN & HUNTER. Op.cit.; Apéndice 20 en 791, 794.

(35) Las partes podrían excluir la apelación, no obstante después de que ha surgido un conflicto. Ver Leyes de Arbitraje de 1950, 1975 y 1979, reimpresas en REDFERN & HUNTER. Op.cit.; pp.421, 435, un laudo mutuo, concluyente No.72. Ver también MITCHARD ENGLAND INT'L. Fin. L. *Rev. Special Arbitration Supplement* 15, 18-20 (abril de 1995).

(36) Una breve historia de los intentos por reformar la legislación de arbitraje inglesa está contenida en CRAIG. *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, 30 TEX. L. J. 1, 28-31, 1995.

los procedimientos o el laudo”, que ocasionaría una “seria injusticia” a la parte que impugna el laudo⁽³⁷⁾. También permite a una parte impugnar un laudo cuando el tribunal carece de “jurisdicción substancial^(*)(38)”.

Los legisladores deben buscar un equilibrio entre la finalidad del proceso arbitral y la necesidad de reservar al Poder Judicial una competencia de supervisión suficiente para corregir serias injusticias

Algunos de estos fundamentos son similares a aquellos enumerados en la legislación peruana y en la Ley Modelo; otros no lo son, tales como “incertidumbre o ambigüedad en cuanto al efecto del laudo”. Sin embargo, no existe nada comparable en la Ley con la disposición, tanto en la Legislación Peruana como la Ley Modelo, que permita a un tribunal en su propia moción anular un laudo debido a que la materia del conflicto no puede solucionarse mediante arbitraje.

La nueva legislación ya no contempla un tratamiento especial a demandas que se derivan de contratos marítimos, de seguro o de comercialización de productos, y permite a las partes de cualquier

transacción internacional acordar anticipadamente, en caso de conflicto, no impugnar un laudo por cuestiones de derecho, sin considerar lo que origina el conflicto. Cuando las partes no lo han acordado anticipadamente, se permitirán apelaciones cuando todas las partes lo acuerden posteriormente o con la venia del tribunal⁽³⁹⁾.

Sin embargo, el tribunal sólo dará su venia si está seguro:

- a) que la determinación de la controversia afectará substancialmente los derechos de una de las partes o más;
- b) que se solicitó al tribunal que determine la controversia;
- c) que, sobre la base de cuestiones de hecho en el laudo (i) la decisión del tribunal respecto a la controversia es obviamente errónea o (ii) la controversia es de importancia pública general y la decisión del tribunal es por lo menos abierta a seria duda, y
- d) que a pesar del acuerdo de las partes para resolver el asunto mediante arbitraje, es justo y adecuado en toda circunstancia que la corte determine la controversia⁽⁴⁰⁾.

Las restricciones en apelaciones deben proporcionar a una parte descontenta una oportunidad limitada de invalidar un laudo y, en opinión de un comentarista, no deben desalentar a las partes de acordar un arbitraje en Inglaterra. “No obstante”, recordó, “desde el punto de vista de armonizar las leyes de arbitraje, sería bienvenido cuando también Inglaterra abandonara el control del tribunal en una cuestión de derecho⁽⁴¹⁾”.

(37) Ley de Arbitraje de 1996, artículo 68 (2) cita nueve ejemplos de graves irregularidades:

- a) incumplimiento por parte del tribunal de la sección 33 (deber general del tribunal);
- b) el tribunal excede sus poderes (que no sea exceder su jurisdicción sustantiva; ver sección 67);
- c) incumplimiento por parte del tribunal de conducir el proceso de conformidad con el procedimiento acordado por las partes;
- d) incumplimiento por parte del tribunal de abordar todos los temas que fueron sometidos a éste;
- e) cualquier institución arbitral u otra institución o persona a quien las partes le confirieron poderes en relación con el proceso o el laudo excede sus poderes;
- f) el laudo fue dictado mediante fraude o el laudo o la forma en que fue obtenido fue contrario al orden público;
- g) incumplimiento de los requisitos en cuanto a la forma del laudo; o
- h) cualquier irregularidad en la conducción del proceso o en el laudo que es admitida por el tribunal o por cualquier institución arbitral u otra institución o persona a quien las partes le confirieron poderes en relación con el proceso o el laudo”.

(*) Nota de los editores: en el original “*substancial jurisdiction*”.

(38) La Ley de Arbitraje de 1996, artículo 67.

(39) La Ley de Arbitraje de 1996, artículo 69. Sin embargo, las partes de arbitrajes nacionales sólo pueden renunciar al derecho de acuerdos de apelación de conformidad con el artículo 69 después del inicio del proceso arbitral. Artículo 87 (1).

(40) La Ley de Arbitraje de 1996, artículo 69 (2). Este artículo incluye en forma legal los lineamientos para otorgar autorización para la apelación establecida por la Cámara de los Lores en *The Nema* (1980) 3 All ER 117, afirmada (1981) 2 All ER 1030.

(41) SANDERS. *The 1996 Alexander Lecture: Cross-Border Arbitration-A view on the Future*, 62 *Arbitration Journal of the Institute of arbitrators* 169, 1966.



Naturalmente, una solución al problema de la intervención judicial en apelaciones sería excluirla totalmente. Por ejemplo, de conformidad con la legislación belga, si ninguna de las partes es un ciudadano belga o residente belga o una persona jurídica constituida en Bélgica, los tribunales no considerarán la pretensión de anulación, pero sí una impugnación debido a cuestiones de derecho. Dicha solución parece indebidamente extrema porque, aparentemente, dejaría a la parte perdedora sin ningún recurso en Bélgica contra un laudo emitido a todas luces inadecuadamente⁽⁴²⁾.

La Legislación Peruana de Arbitraje estipula una solución más equilibrada cuando ninguna de las partes es peruana, no está domiciliada o reside habitualmente en el Perú. En dichos casos, las partes pueden acordar

en la cláusula de arbitraje de su contrato, o en adelante, renunciar al derecho de solicitar la anulación, o restringir el ejercicio de dicho derecho a sólo uno o más de los fundamentos para anulación estipulados en la ley⁽⁴³⁾. La inspiración legislativa para esta cláusula fue claramente la Legislación de Arbitraje Suiza que incluye una disposición análoga⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, una parte que debido a la legislación local no puede, al igual que en Bélgica, solicitar la anulación de un laudo, o que fracasa en cualquier intento de obtener la anulación o la revocación de un laudo, puede tener una segunda oportunidad de presentar su caso si se solicita reconocimiento y ejecución en el extranjero. Esto se debe a que los fundamentos de anulación en muchos países, a través de la influencia de UNCITRAL, se han convertido en los mismos que aquellos que fueron invocados cuando la parte perdedora impugna el reconocimiento y la ejecución de un laudo de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York. Estas objeciones se basan, al igual que los fundamentos de la anulación, en asuntos tales como la capacidad de las partes, la falta de competencia del tribunal, o el excesivo uso de jurisdicción en asuntos procesales tales como violación del debido proceso, o debido a razones del Estado tales como no arbitrabilidad u orden público⁽⁴⁵⁾.

A este respecto, es interesante observar que la legislación peruana de arbitraje estipula expresamente que, cuando sea aplicable, el reconocimiento de los laudos extranjeros será regulado por la Convención de Nueva York o la Convención Internacional sobre Arbitraje del Comercio Internacional, las cuales tienen los mismos fundamentos para oponerse al reconocimiento y a la ejecución⁽⁴⁶⁾.

El hecho que en algunas jurisdicciones los tribunales están facultados para ser más intervencionistas que en

(42) REDFERN & HUNTER. Op.cit.; pp.90, 298-299.

(43) Ley Peruana de Arbitraje, artículo 126.

(44) REDFERN & HUNTER. Op.cit.; p.39; DELAUME. *Reflections on the Effectiveness of International Arbitration Awards*. 12 J. INT'L. ARB. 5, 12-13, 1995. La Ley Inglesa de Arbitraje 1996 no estipula que las partes mediante contrato acuerden restringir o limitar el ejercicio de su derecho a objetar un laudo debido a cualquiera de los hechos de "irregularidad grave" mencionada en el artículo 68 (2).

(45) Crf. discusión en MARTÍNEZ. Op.cit.; pp.96-116.

(46) Ley Peruana de Arbitraje. Artículo 128.- Aplicación Tratados.- Será de aplicación al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados fuera del territorio nacional cualquiera haya sido la fecha de su emisión, pero teniendo presente los plazos prescriptivos previstos en la ley peruana y siempre que se reúnan los requisitos para su aplicación, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975 o la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual el Perú sea parte. El tratado a ser aplicado, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, será el más favorable a la parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 129.

otros, destaca la importancia para los abogados cuando redactan cláusulas arbitrales de hacer una elección con conocimiento entre los lugares alternativos donde se podría realizar un arbitraje. Dicho de otra forma, la ley del lugar de arbitraje es importante debido a que si en virtud de ésta un laudo ha sido anulado, revocado o invalidado por un tribunal en su esencia, no puede ser ejecutado conforme a la Convención de Nueva York, convenios bilaterales o la legislación nacional.

7. CONCLUSIÓN.

La Ley Modelo de UNCITRAL reconoce la necesidad de circunscribir el rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje y, por lo tanto, estipula en el artículo 5 que “en asuntos regulados por esta ley, ningún tribunal intervendrá salvo cuando la ley lo estipule⁽⁴⁷⁾”. La Legislación Peruana de Arbitraje adoptó y amplió la disposición de UNCITRAL en la Sección sobre Arbitraje Internacional de tal forma que en “asuntos regulados por esta Sección, no habrá

intervención por ninguna autoridad o nivel del Poder Judicial, salvo en los casos estipulados expresamente en el presente⁽⁴⁸⁾”.

Con el fin de garantizar esto, se requiere que las disposiciones legislativas en el lugar del arbitraje permitan a los tribunales garantizar el funcionamiento efectivo del proceso de arbitraje. Sin embargo, ya sea que se utilice o no la formulación del artículo 5 de UNCITRAL, los legisladores deben reconocer que existe idealmente una frontera entre la provisión de asistencia judicial, y las situaciones en las cuales los tribunales pueden intervenir en el proceso en sí.

Si una legislación de arbitraje permite a un tribunal corregir errores en la ley o revisar laudos en su esencia, dicha frontera es atravesada. Las partes entonces pueden encontrarse en un conflicto de intereses típico ante un tribunal, con la posibilidad de impugnación que habían buscado evitar inicialmente al elegir solucionar conflictos mediante arbitraje. 卐

(47) Ley Modelo de UNCITRAL, supra nota 6.

(48) Ley Peruana de Arbitraje. Artículo 97.- Alcance de la intervención del Poder Judicial.- En los asuntos que se rijan por la presente Sección no intervendrá ninguna autoridad o instancia del Poder Judicial salvo los casos que expresamente así se disponga.