





**ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL  
EN LATINOAMÉRICA  
SEGUNDA PARTE**



*Volumen 24 Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Arbitraje comercial internacional  
en Latinoamérica**  
Segunda Parte

Director  
Jorge Luis Collantes González

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ



Universidad Católica  
**San Pablo**



Asociación Iberoamericana  
de Derecho Privado

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA**

### **SEGUNDA PARTE**

- © JORGE LUIS COLLANTES GONZÁLEZ  
collantes@icab.car
- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro  
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401  
www.consensos.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO  
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro  
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390  
www.ucsp.edu.pe
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO  
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia  
Telfs. +57 (4) 2398080  
<http://www.aiddp.com/>

Segunda edición electrónica: septiembre 2020

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o  
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2014-12269

ISBN: 978-612-46374-5-2

## ÍNDICE

### EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

Director:

*Jorge Luis Collantes González*

Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña

Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

Presentación

9

*Mario Castillo Freyre*

Director de la Biblioteca de Arbitraje

### SEGUNDA PARTE

Capítulo 14. Principales aspectos del arbitraje comercial internacional bajo la óptica brasileña

13

*Eleonora Coelho*

*Marina Chierighini Lacaz*

Capítulo 15. El arbitraje comercial internacional en el Paraguay. Marco legal y jurisprudencial

119

*José Antonio Moreno Rodríguez*

Capítulo 16. El arbitraje comercial internacional en Guatemala

191

*Fernando Zelada*

|   |     |
|---|-----|
| Capítulo 17. El arbitraje comercial internacional en El Salvador<br><i>Fernando Montano</i>   | 211 |
| Capítulo 18. Comentarios al arbitraje comercial internacional en la República del Perú<br><i>Mario Castillo Freyre</i><br><i>Rita Sabroso Minaya</i><br><i>Jhoel Chipana Catalán</i>  | 233 |
| Capítulo 19. Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional (boliviano) en el recurso directo de nulidad contra laudos<br><i>Horacio Andaluz Vegacenteno</i>   | 297 |
| Capítulo 20. Algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia<br><i>Some basic considerations about the application of the New York Convention in Bolivia</i><br><i>Horacio Andaluz Vegacenteno</i>                  | 341 |
| Capítulo 21. ¿Retando el concepto de validez?<br>La naturaleza jurídica del reconocimiento de laudos anulados<br><i>Challenging the concept of validity?</i><br><i>The legal nature of the recognition of annulled awards</i><br><i>Horacio Andaluz Vegacenteno</i> | 375 |

## PALABRAS DE PRESENTACIÓN

Hace cuatro años, en noviembre del 2010, nuestro Estudio de Abogados publicó el volumen 11 de la *Biblioteca de Arbitraje*, que llevó por título *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica. Primera Parte*, cuyos trece capítulos hicieron un recorrido por el arbitraje en Argentina, Bolivia, Chile, Uruguay, Ecuador, Panamá, Venezuela, México, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, República Dominicana y Puerto Rico.

Razones de diversa índole hicieron que la segunda parte de esta obra recién sea publicada.

En ella se analizan las realidades de Brasil, Paraguay, Guatemala, El Salvador, Perú y Bolivia.

No es nuestro propósito hacer un recorrido por los diversos trabajos que la integran, sino resaltar la dedicación y esmero puestos por sus autores, Eleonora Coelho, Marina Chierighini Lacaz, José Antonio Moreno Rodríguez, Fernando Zelada, Fernando Montano y Horacio Andaluz Vegacenteno.

Este libro también incluye un trabajo escrito por Rita Sabroso Minaya, Jhoel Chipana Catalán y el suscrito.

Asimismo, deseo agradecer la permanente dedicación del Director de la obra, el Licenciado Jorge Luis Collantes González, amigo y colaborador habitual de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

MARIO CASTILLO FREYRE\*

---

\* Mario Castillo Freyre, Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

## SEGUNDA PARTE



## Capítulo 14

### PRINCIPALES ASPECTOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL BAJO LA ÓPTICA BRASILEÑA

Eleonora Coelho  
Marina Chierighini Lacaz



**PRINCIPALES ASPECTOS DEL  
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL  
BAJO LA ÓPTICA BRASILEÑA**

*Eleonora Coelho\**  
*Marina Chierighini Lacaz\*\**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Delimitación del arbitraje comercial internacional según el Derecho brasileño.— 2.1. Concepto y naturaleza jurídica.— 2.1.1. El carácter comercial e internacional del arbitraje.— 2.2. Sede del arbitraje, local del pronunciamiento de la sentencia y elección de foro.— 3. Reglas aplicables a los arbitrajes comerciales internacionales.— 3.1. Equidad; principios generales del derecho; usos, costumbres y reglas internacionales del comercio.— 3.2. Conversaciones y tratados ratificados por Brasil.— 3.2.1. Código de Bustamante.— 3.2.2. Convención de Ginebra de 1923.— 3.2.3. Convención Interamericana de Panamá.— 3.2.4. Convención de Montevideo de 1979.— 3.2.5. Protocolo de Las Leñas.— 3.2.6. Acuerdo de Buenos Aires.— 3.2.7. Convención de Nueva York.— 3.3. Principales aspectos de la Ley de Arbitraje brasileña.— 3.3.1. Convención de arbitraje.— 3.3.2. Árbitros.— 3.3.3. Procedimiento arbitral.— 3.3.4. Sentencia arbitral.— 3.3.5. Medidas judiciales.— 4. Homologación de sentencias arbitrales extranjeras.— 5. Notas finales y aspectos recientes.

---

\* Socia del Estudio Castro, Barros, Sobral & Gomes Advogados. Graduada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo - USP, con maestría en Arbitraje, Contencioso y Modos Alternativos de Solución de Controversias por la Universidad París II Panthéon-Assas y vicepresidenta del Comité Brasileño de Arbitraje (CBAr).

\*\* Abogada. Graduada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo - USP, estudiante de postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad Anhanguera-Uniderp y miembro del CBAr.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con gran satisfacción escribimos este artículo como contribución para tan importante estudio a favor del arbitraje comercial internacional en los países de Latinoamérica. Sin duda, el resumen tendrá éxito en su noble tarea de investigar los diferentes aspectos del desenvolvimiento del arbitraje en cada uno de los países que están participando, fomentando el perfeccionamiento, desmitificando antiguos conceptos y promoviendo una integración imprescindible en un mundo con fronteras cada vez más escasas. Son actitudes como ésta las que posibilitan la difusión de una cultura jurídica menos obstinada por el individualismo, más flexible e incluyente, preferible para la solución de controversias que transcinden el plano doméstico.

En el despertar de los ordenamientos latinos para el arbitraje —anhelado por las grandes economías para la solución de sus conflictos externos, por su neutralidad y seguridad—, Brasil no fue la excepción. El país ocupa hoy una posición destacada con relación al crecimiento del número de arbitrajes, su soporte e incremento legislativo, la colaboración del Poder Judicial y el perfeccionamiento en el ámbito académico. Tal posición no fue, sin embargo, fácilmente alcanzada.

Es verdad que el arbitraje nunca fue un instituto desconocido por nuestro sistema jurídico. Herencia de colonización europea, el procedimiento llegó a ser utilizado para solución de importantes cuestiones en el campo de relaciones internacionales en los siglos xix y xx. Conforme señala Pedro Batista Martins, «Cuestiones de frontera con Argentina y Guayana Británica fueron resueltas por laudos arbitrales en los años de 1900 y 1904»,<sup>1</sup> además de otras disputas históricas como la lucha de Bolivia por el territorio brasileño de Acre, en 1900; litigios con Perú

---

<sup>1</sup> BATISTA MARTINS, Pedro A. «A Arbitragem no Brasil», disponible en <http://www.batistamartins.com/artigos>, p. 1. En el mismo sentido, véase TEIXEIRA, Sálvio F. «A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro». En *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 27.

relacionados con el Alto Juruá y el Alto Purús, en 1910; cuestiones de indemnización en contra de los Estados Unidos de América resultantes de naufragio de un barco americano en las costas brasileñas; y en contra de Suecia y Noruega por el abordaje de una embarcación, a mediados de 1870.

En el ámbito legislativo, cabe mencionar algunas de las innumerables referencias hechas hace mucho tiempo al instituto, las cuales nos permiten concluir por la existencia de una cierta tradición de arbitraje en el país,<sup>2</sup> la cual podría, en principio, causar espanto en función del atraso en la efectiva utilización del instituto, no sólo por Brasil, sino también por la gran mayoría de los países latinoamericanos, comparados con los europeos y norteamericanos.

La primera Constitución Política del Imperio, de 1824, admitía la solución de conflictos por «jueces árbitros», cuya decisión podría no tener recurso, en caso de que las partes así lo estableciesen.<sup>3</sup> Pocos años después, la sumisión de disputas a un juicio arbitral llegó a tornarse obligatoria en caso de conflictos resultantes de contratos de seguro, por la Resolución del 26 de julio de 1831, y para las cuestiones relacionadas a locación de servicios, por la Ley n.º 108, del 11 de octubre de 1837. En 1850, con la promulgación del Código Comercial, el instituto ganó fuerza al transformarse en un medio obligatorio de solución de cuestiones societarias e innumerables controversias contractuales.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Conforme apunta BATISTA MARTINS, Pedro A. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>3</sup> «Artículo 159..- En las demandas de crimen de Inquisición de Testigos, y todos los demás actos del Proceso, después de pronunciados, serán públicos desde ya».

«Artículo 160..- En las civiles, y en las penales civilmente intentadas, podrán las Partes nombrar Jueces Árbitros. Sus Sentencias serán ejecutadas sin recurso, si así compactaren las mismas Partes». (Resaltado nuestro).

<sup>4</sup> Véase, en ese sentido, algunos artículos del referido diploma legal:

«Artículo 80..- Si en el servicio del proponente acontece a los prepuestos algún daño extraordinario, el proponente será obligado a indemnizarlo *a juicio de árbitros* [...].»

El primer obstáculo legal para el arbitraje surgió en 1866, cuando la Ley n.º 1350 abolió su obligatoriedad para asuntos comerciales, y en 1867, cuando el Decreto n.º 3900 de 1867<sup>5</sup> sujetó la eficacia de la cláusula compromisoria a la celebración de un compromiso arbitral, que pasó a ser el único instrumento hábil para alejar la jurisdicción estatal. De este modo, la cláusula de arbitraje insertada en un contrato empezó a tener apenas el valor de un *pactum de compromittendo* (mera promesa), dependiendo de la firma de un compromiso.

En concordancia con la corriente negativista, el Código Civil brasileño de 1916 representó un retroceso para el arbitraje en la medida que instituyó la necesidad de homologación de la sentencia arbitral por la justicia común para que, de esa manera, pudiese producir efectos.<sup>6</sup> Además, el antiguo Código no hacía referencia a la cláusula compromisoria. Tampoco las Constituciones de 1937, 1946, 1967 y 1969 innovaron en materia de arbitraje. Por eso hay una sensación de ausencia de tradición brasileña en ese sentido.

---

«Artículo 82..- Habiendo un término estipulado, ninguna de las partes podrá desligarse del convenio arbitrariamente; bajo pena de ser obligada a indemnizar la otra de los prejuicios que por este hecho le resultaren, a juicio de arbitradores [...]».

«Artículo 245..- Todas las cuestiones que resultaren de contratos de locación mercantil serán decididas *en juicio arbitral* [...]».

«Artículo 294..- Todas las cuestiones sociales que se susciten entre socios durante la existencia de la sociedad o compañía, su liquidación o partición, serán decididas *en juicio arbitral* [...]».

«Artículo 667..- La póliza de seguro debe ser firmada por los seguradores y contiene: [...] 11– Declaración de que *las partes se sujetan a la decisión arbitral*, cuando haya contestación, si ellas así acordaren [...]».

<sup>5</sup> «Artículo 9..- La cláusula de compromiso, sin el nombramiento de los árbitros o relativa a cuestiones eventuales no vale sino como promesa, y queda dependiente, para su perfección y ejecución, de nuevo y especial acuerdo de partes, no sólo sobre los requisitos del artículo 8 sino también sobre las declaraciones del artículo 10».

<sup>6</sup> «Artículo 1044..- La sentencia arbitral sólo será ejecutada después de homologada, excepto si es proferida por Juez de Primera o de Segunda instancia, como árbitro nombrado por las partes».

Importante anotar que en 1930 hubo una discreta evolución en el tratamiento otorgado a la cláusula compromisoria, cuando Clóvis Beviláqua emitió parecer sobre el Protocolo de Ginebra, de 1923, entendiendo que aunque la cláusula no obligase al juez, generaba efectos obligacionales entre los contratantes.<sup>7</sup> Así, se desarrolló la doctrina y jurisprudencia hacia el entendimiento de que el incumplimiento de la cláusula compromisoria no permitía la ejecución específica, pero podría, al menos, convertirse en «pérdidas y daños, reconocidamente de difícil liquidación».<sup>8</sup>

Un significativo cambio en la visión de la comunidad jurídica brasileña en relación con el arbitraje empezó a proyectarse a partir de la privatización y de la desreglamentación de los segmentos económicos, lo que incentivó la iniciativa particular.<sup>9</sup> Tal acontecimiento, aliado a la saturación y a la morosidad del Poder Judicial (las cuales configuraban una verdadera crisis de acceso a la justicia),<sup>10</sup> posibilitó un escenario fértil para la revisión de las bases jurídicas relativas a la solución de conflictos, lo cual trae a la superficie medios alternativos de consecución de justicia, entre ellos, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

<sup>7</sup> Conforme apunta BATISTA MARTINS, Pedro. «Embaraços na Implementação da Arbitragem no Brasil, até o advento da Lei n.º 9.307/96 e a Pseudo-Inconstitucionalidade do Instituto». En *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 1999, p. 17.

<sup>8</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, tercera edición, p. 5.

<sup>9</sup> BATISTA MARTINS, Pedro. «A Arbitragem no Brasil». *Op. cit.*, p. 4.

<sup>10</sup> Sobre la dicotomía entre la función jurisdiccional del Estado y la efectiva prestación de justicia se pronunció Augusto Delgado: «El Estado, en época contemporánea, no puede tornarse mezquina la naturaleza de la función jurisdiccional. [...] Para esto, entre otras actividades que desarrolla, ha de ser enumerada la de entregar la prestación jurisdiccional dentro de los plazos y límites que el sistema jurídico positivo instituyó. En lo particular, destáquese que tal debe surgir como consecuencia del principio de la legalidad, dogma al cual está vinculada toda la acción estatal [...].» DELGADO, Augusto. «Arbitragem no Brasil: Evolução histórica e conceitual». En *Arbitragem no Brasil. Aspectos Jurídicos Relevantes* (coordinadores E. Jobim y R.B. Machado). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 239.

En efecto, en medio de un escenario de fuga del Poder Judicial es que surgieron las primeras iniciativas para la creación de una ley de arbitraje brasileña. Antes de la aprobación del proyecto de la ley actual hubo tres anteproyectos lanzados en el ámbito del Gobierno Federal: el primero en 1981, el segundo en 1986 y el tercero en 1988 (momento que coincidió con la promulgación de la Constitución Federal, actualmente vigente, la cual consagró al arbitraje los párrafos primero y segundo del artículo 114, a partir de la Enmienda Constitucional n.º 45).<sup>11</sup> Los referidos anteproyectos carecían de precisión técnica o se omitían cuestiones de suma importancia, como la homologación de la sentencia arbitral.<sup>12</sup>

Fue apenas por iniciativa del Instituto Liberal de Pernambuco, en 1991, en medio a la llamada Operación Arbiter, apoyada por diversas asociaciones comerciales, facultades e instituciones, que se iniciaron nuevos trabajos para la elaboración del nuevo anteproyecto, el cual sería, en cinco años y después de muchos obstáculos, aprobado por el Congreso Nacional. La comisión relatora estuvo conformada por eminentes juristas nacionales<sup>13</sup> que para la ejecución del trabajo dieron atención a diversos sectores de actividades y tomaron como modelo, principalmente, la legislación española —en la época vigente— y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de Uncitral (Ley Modelo Uncitral). Nótese que en la época apenas habían sido firmados el Protocolo de Ginebra, el 24 de septiembre de 1923, ratificado por el país el 15 de

<sup>11</sup> «Artículo 114.- Compete a la Justicia del Trabajo procesar y juzgar: I. las acciones que se derivan de la relación de trabajo [...]. § 1º Frustrada la negociación colectiva, las partes podrán elegir árbitros. § 2º Recusándose cualquiera de las partes a la negociación colectiva o al arbitraje, es facultado a las mismas, de común acuerdo, evaluar la acción colectiva de naturaleza económica, pudiendo la Justicia del Trabajo decidir el conflicto, respetadas las disposiciones mínimas legales de protección al trabajo, bien como las convenidas anteriormente».

<sup>12</sup> Conforme asevera CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96. Op. cit.*, pp. 5-9.

<sup>13</sup> Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antonio Batista Martins y Carlos Alberto Carmona.

diciembre de 1931; la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana (Código Bustamante) el 20 de febrero de 1928, ratificada por el Decreto n.º 18871 del 13 de agosto de 1929; y la Convención de Panamá, el 30 de enero de 1975, ratificado por medio del Decreto n.º 1902, del 9 mayo de 1996.

Con dos enmiendas realizadas por la Cámara de Diputados,<sup>14</sup> la Ley n.º 9307/96 (Ley de Arbitraje) fue promulgada por el Presidente de la República, con siete capítulos y cuarenta y cuatro artículos.

Entre los avances traídos por la Ley de Arbitraje —sobre la cual se discurrirá minuciosamente a lo largo del presente estudio— se destacan: (i) la consagración de la autonomía de la voluntad; (ii) la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral (tipos del género «convenio de arbitraje»), confiriéndole a ambos un efecto positivo (obligando a la parte resistente a la sumisión del litigio al juicio arbitral) y uno negativo (impidiendo el Poder Judicial de juzgar la controversia); (iii) la posibilidad de ejecución específica de la cláusula compromisoria incompleta, vacía o patológica ante el Poder Judicial, pretendiendo el pronunciamiento de una «sentencia-compromiso»; (iv) la autonomía de la cláusula compromisoria en relación con el instrumento en donde esté inserta, de modo que la invalidez de este último no implique su invalidez; y (v) la imposibilidad de recurrir de la sentencia arbitral, así

---

<sup>14</sup> Primera enmienda: «Artículo 4.- [...] § 2º En los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria sólo tendrá eficacia si el adherente toma la iniciativa de instituir el arbitraje o acordar, expresamente, con la institución, por escrito en documento anexo o en negrito, con la firma o aval especialmente para esa cláusula» (resaltado nuestro). Segunda enmienda: «Artículo 44.- Quedan revocados los artículos 1037 a 1048 de la Ley n.º 3071, del 1 de enero de 1916, Código Civil brasileño; los artículos 101 y 1072 a 1102 de la Ley n.º 5869, de 11 de enero de 1973, Código de Procedimiento Civil; y demás disposiciones en contrario» (supresión del artículo 51, VII, del Código de Defensa del Consumidor), *in verbis*: «Artículo 51.- Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al abastecimiento de productos y servicios que: [...] VII determinen la utilización compulsoria de arbitraje».

como su clasificación como un título ejecutivo judicial, independiente de homologación.

Es decir, la Ley de Arbitraje solucionó las principales dificultades para la utilización del instituto, que son: la ineficacia de la cláusula compromisoria, la necesidad de homologación de la sentencia arbitral ante el Poder Judicial y la regulación de la homologación de sentencias arbitrales extranjeras, ya que Brasil no había ratificado la Convención de Nueva York. Sin embargo, la constitucionalidad de la Ley de Arbitraje, después de entrar en vigor el 23 de noviembre del 2006, fue discutida ante el Supremo Tribunal Federal (STF), en incidente de inconstitucionalidad argüido por un miembro de la propia Corte Suprema, con base en la alegada ofensa al artículo 5, inciso xxxv, de la Constitución Federal, según el cual «La ley no podrá excluir de apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho».<sup>15</sup>

Tal incidente quedó pendiente de juzgamiento durante cinco años, siendo que, finalmente, en diciembre del 2001, la Ley de Arbitraje fue declarada constitucional por el STF. Hoy, como se verá más adelante, el Poder Judicial es un órgano que, en mucho, colabora y contribuye con el instituto del arbitraje. A partir de ese momento histórico, el arbitraje pasó a ser efectivamente utilizado para la solución de conflictos por los diversos sectores de economía brasileña, tanto en el ámbito nacional cuanto en el internacional. El despertar al arbitraje se dio también en el plano legislativo, los ejemplos del Código de Procedimiento Civil<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> STF, Sentencia Extranjera n.º 5206 («Agravio Regimental» en Sentencia Extranjera, Reino de España), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, juzgado el 12 de diciembre del 2001.

<sup>16</sup> «CAPÍTULO 1 DE LA COMPETENCIA. Artículo 86.- Las causas civiles serán procesadas y decididas, o simplemente decididas, por los órganos jurisdiccionales, en los límites de su competencia, resguardada a las partes la facultad de instituyeren juicio arbitral. [...]»; Artículo 267.- Se extingue el proceso, sin resolución de mérito: [...] VII por el convenio de arbitraje. [...] Sección II De la Contestación [...]»; Artículo 301.- Le compete, sin embargo, antes de discutir el mérito, alegar: I.X convenio de arbitraje; Artículo 475-N.- Son títulos ejecutivos judiciales: IV

y del Código Civil de 2002,<sup>17</sup> modificados para adaptarse a las disposiciones de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje no dispone sobre el tratamiento de los procedimientos dotados de elementos extranjeros, teniendo solamente, en el párrafo único del artículo 34, definido que será doméstico el arbitraje cuya sentencia sea dada en Brasil.

La ley brasileña fue inspirada en la Ley Modelo Uncitral, reglamento internacional sin carácter legislativo, elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas, que pretende la modernización y el desarrollo de las transacciones comerciales y métodos alternativos de solución de disputas en países actuantes en el comercio internacional. Por lo tanto, el país adoptó las recomendaciones, directrices y mecanismos para que haya el correcto soporte a los arbitrajes internacionales, no habiendo creado, por otro lado, alguna distinción o condición menos favorable para los arbitrajes extranjeros o internacionales.

Así, quince años después de la promulgación de la Ley de Arbitraje, es posible clasificar el desarrollo del arbitraje comercial en Brasil como vertiginoso, representando gran éxito y motivo de entusiasmo entre inversionistas nacionales y extranjeros. Exactamente con la finalidad de averiguar las principales características del arbitraje comercial interna-

---

la sentencia arbitral; Artículo 475-P.- El cumplimiento de la sentencia deberá ser efectuado ante: III juicio civil competente, cuando tratase de sentencia penal condenatoria, de sentencia arbitral o de sentencia extranjera. [...] ; Artículo 520.- La apelación será recibida en efecto devolutivo y suspensivo. Será, sin embargo, recibida sólo en su efecto devolutivo, cuando interpuesta de sentencia que: VI juzgar procedente el pedido de institución de arbitraje».

<sup>17</sup> «CAPÍTULO XX Del Compromiso [...] Artículo 851.- Es admitido compromiso, judicial o extrajudicial, para resolver litigios entre personas que pueden contratar; Artículo 852.- Es prohibido compromiso para la solución de cuestiones de Estado, de derecho personal de familia y de otras que no tengan carácter estrictamente patrimonial; Artículo 853.- En los contratos, se admite la cláusula compromisoria, para resolver divergencias mediante juicio arbitral, en la forma establecida en ley especial».

cional bajo la óptica brasileña, así como el papel desempeñado por el país en el actual escenario internacional, es que se dirige el presente estudio.

## 2. DELIMITACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL SEGÚN EL DERECHO BRASILEÑO

Como es notorio, el arbitraje internacional es, sin duda, el modo adecuado para la solución de conflictos contemporáneos, en consecuencia de sus variadas características, destacándose, entre ellas, la neutralidad y la libertad. El arbitraje internacional es una realidad irreversible en el ámbito universal, a punto de llevar un autor brasileño a aseverar que su desconocimiento acarrea inferioridad y desactualización de un país en el plano jurídico-cultural.<sup>18</sup>

En efecto, el crecimiento de la importancia del arbitraje comercial en el escenario mundial, y específicamente en Brasil, se concretó acompañando la evolución del país, que es hoy un importante foco de inversiones externas y una economía largamente dirigida al comercio internacional.

¿Cómo conceptuar el arbitraje comercial internacional bajo la óptica brasileña?

### *2.1. Concepto y naturaleza jurídica*

Iniciemos por el propio concepto de arbitraje. Sobre el tema, la doctrina expone tres principales concepciones de la naturaleza jurídica del instituto, que consideran sus elementos constitutivos y finalidades intrínsecas: (i) concepción privatista, por la cual el arbitraje tendría carácter contractual, por surgir de un acuerdo de voluntades; (ii) concepción publicista, de acuerdo a la cual su naturaleza jurídica sería jurisdiccio-

<sup>18</sup> STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996, p. 23.

nal, ya que el poder decisorio de los árbitros adviene de la ley, siendo considerados «jueces privados»;<sup>19</sup> y (iii) concepción ecléctica, la cual reconoce que el arbitraje nace de un convenio, pero también considera su aspecto jurisdiccional.

Para los privatistas, debería ser alejado el sentido jurisdiccional, pues el árbitro estaría desprovisto de poder coercitivo con relación a las partes,<sup>20</sup> bien como de poder investigador para oír testigos, ordenar inspecciones, entre otras medidas inherentes a la *jurisdictio*. Bajo tal visión, la sentencia arbitral sería apenas una opinión, imputable a las partes en función del acuerdo de voluntades. Para los publicistas, por otro lado, el carácter jurisdiccional del arbitraje estaría modelado en la función administrativa de justicia desempeñada por los árbitros, los cuales, respetando los principios del contradictorio y de la imparcialidad, emitieron un verdadero juicio del conflicto a ellos sometido, lo que equivaldría a la prestación de un servicio público.

Hay que observar que si se admite la tesis privatista, hoy largamente criticada, podría sustentarse que la naturaleza jurídica del arbitraje sería de un mandato común, siendo la sentencia arbitral una mera emanación de la voluntad convenida, cuya obligatoriedad estaría tallada en el contrato establecido entre las partes y el árbitro, así como en el principio del *pacta sunt servada*. Por otro lado, a partir del entendimiento de la corriente publicista, el arbitraje tendría naturaleza jurisdiccional como el de un proceso judicial, emanando el poder de los árbitros de la propia ley. En ese contexto, la decisión arbitral tendría el carácter de sentencia, aunque no pudiese ser directamente ejecutada por faltarles a los árbitros la maquinaria estatal.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Expresión utilizada por SIMÃO, J.F. «A natureza jurídica da arbitragem». En *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. Sao Paulo: Fiuza, 2004.

<sup>20</sup> En esa línea de pensamiento, el eminentе Cornelutti, conforme advierte Simão, J.F. *Idem*, p. 226, citando a KROETZ, T.A. en *Arbitragem, Conceito e pressupostos de Validade*.

<sup>21</sup> Conforme apunta SIMÃO, J.F. *idem*, pp. 226-227.

Intrínsecamente, después de quince años de intensa exégesis sobre el tema, el arbitraje es conceptuado tanto a la luz de su carácter convencional, cuanto en su aspecto jurisdiccional, siendo que muchos juristas son pactantes de la corriente que predica una naturaleza híbrida o *sui géneris*. De un lado, no hay cómo refutar, bajo la óptica del ordenamiento jurídico brasileño, su carácter jurisdiccional en vista a la disposición del artículo 18 de la Ley de Arbitraje, según el cual «El árbitro es un juez de hecho y de derecho y la sentencia que profiera no se sujeta a recurso o a homologación por el Poder Judicial».

Con llegada de la Ley de Arbitraje, una serie de dispositivos pasaron a trazar el carácter jurisdiccional del arbitraje. Primeramente, se alteró la expresión «laudo» (para hacer la referencia a la decisión de los árbitros) por «sentencia arbitral»,<sup>22</sup> lo que confiere el carácter jurisdiccional del acto, ya que la denominación «sentencia» en el Derecho brasileño designa el acto jurisdiccional que pone fin al pleito judicial. Además, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje garantizó fuerza obligatoria a la sentencia arbitral que, si es condenatoria, configuraría título ejecutivo judicial.<sup>23</sup>

De la misma manera, el artículo 22 de la Ley de Arbitraje revela su aspecto jurisdiccional, pues concede a los árbitros poder instructivo, hasta autorizando la intimación al Poder Judicial para el fin de imponer

---

<sup>22</sup> «Artículo 26.- Son requisitos obligatorios de la sentencia arbitral: I el informe, el cual contendrá los nombres de las partes y un resumen del litigio; II los fundamentos de la decisión, adonde serán analizadas las cuestiones de hecho y de derecho, mencionándose, expresamente, si los árbitros juzgarán por equidad; III el dispositivo, adonde los árbitros resolverán las cuestiones sometidas a ellos y establecerán el plazo para el cumplimiento de la decisión, siendo ese el caso; y IV la fecha y el lugar adonde fue dada. Párrafo único. La sentencia arbitral será firmada por el árbitro o por todos los árbitros. Cabrá al presidente del tribunal arbitral, en la hipótesis de uno o de algunos de los árbitros no puedan o no quieran firmar la sentencia, certificar tal ocurrencia».

<sup>23</sup> «Artículo 31.- La sentencia arbitral produce entre las partes y sus sucesores los mismos efectos de la sentencia proferida por los órganos del Poder Judicial, y, siendo condenatoria, constituye título ejecutivo».

un testigo a declarar en una audiencia.<sup>24</sup> Todavía la posibilidad de impugnación de los árbitros por las partes, según previsión de los artículos 15 y 20 de la Ley de Arbitraje,<sup>25</sup> traduce la similitud entre ellos y el juez de derecho, ya que si están impedidos para el juzgamiento de la causa, la sentencia arbitral dada será nula o susceptible de anulación.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> «Artículo 22.- Podrá el árbitro o el tribunal arbitral tomar las declaraciones de las partes, oír testigos y determinar la realización de pericias u otras pruebas que juzgue necesarias, ante requerimiento de las partes o de oficio. § 1º Las declaraciones de las partes y de los testigos serán tomadas en lugar, día y hora previamente comunicados, por escrito, y colocadas en acta, firmada por el testigo o por los árbitros; § 2º En caso de no atender, sin justificación, la convocatoria para declaración personal, el árbitro o tribunal arbitral llevará en consideración el comportamiento de tal parte, al emitir su sentencia, si la ausencia es del testigo, en las misma circunstancias, podrá el árbitro o el presidente del tribunal arbitral requerir a la autoridad judicial que conduzca al testigo renuente, para demostrar la existencia del convenio de arbitraje; § 3º La rebeldía de la parte no impedirá que sea proferida la sentencia arbitral; § 4º Resguardado lo dispuesto en el § 2º, habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán solicitarlas al órgano del Poder Judicial que era originalmente competente para juzgar la causa; § 5º Si, durante el procedimiento arbitral, un árbitro es sustituido, queda a criterio del sustituto repetir la prueba ya producida».

<sup>25</sup> «Artículo 15.- La parte interesada en argüir la recusa del árbitro presentará, en conformidad con el artículo 20, la respectiva excepción, directamente al árbitro o al presidente del tribunal arbitral, aduciendo sus razones y presentando pruebas pertinentes. Párrafo único. Acogida la excepción, el árbitro impedido, que será sustituido, será alejado como lo dispone el artículo 16 de esta Ley»; y «Artículo 20.- La parte que pretende argüir cuestiones relativas a la competencia, impedimento de árbitro o de árbitros, bien como nulidad, invalidez o ineficacia del convenio de arbitraje, deberá hacerlo en la primera oportunidad que tenga para manifestarse, después de la institución del arbitraje; § 1º Acogida la afirmación de impedimento, el árbitro será sustituido según artículo 16 de esta Ley, reconocida la incompetencia del árbitro o del tribunal arbitral, así como la nulidad, invalidez o ineficacia del convenio de arbitraje, las partes se remitirán al órgano del Poder Judicial competente para juzgar la causa; § 2º No siendo acogida la afirmación, el arbitraje tendrá normal seguimiento, sin perjuicio de ser examinado por la decisión del órgano del Poder Judicial competente, cuando sea posible la presentación de la demanda de la cual trata el artículo 33 de esta Ley».

<sup>26</sup> Según se extrae de los artículos 32, VIII, 21 segundo párrafo y 14 de la Ley de Arbitraje, *in verbis*:

Por eso es que la mayoría de los juristas se posicionan en la misma línea que Philippe Fouchard, en el sentido de que el arbitraje es contractual en su base y jurisdiccional en su función,<sup>27</sup> siendo concebido como «[...] la instancia jurisdiccional practicada en función del régimen contractualmente establecido, para dirimir controversias entre personas de derecho privado y público, con procedimientos propios y fuerza ejecutoria ante tribunales».<sup>28</sup>

Tal concepción se aúna con la escuela ecléctica, hoy representada por la mayor parte de los autores nacionales, que convergen en que el entendimiento de que la naturaleza del arbitraje sería inicialmente contractual, evolucionando, entretanto, hacia un carácter público.<sup>29</sup>

«Artículo 32.- Es nula la sentencia arbitral si: [...] VIII no fueren respetados los principios de los cuales trata el artículo 21, § 2º, de esta Ley; Artículo 21.- El arbitraje obedecerá al procedimiento establecido por las partes en el convenio de arbitraje, que podrá referirse a las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada, facultándoles a las partes delegar el propio árbitro, o al tribunal arbitral, regular el procedimiento. [...] § 2º Serán siempre respetados en el procedimiento arbitral los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento»; y

«Artículo 14.- Están impedidos de actuar como árbitros las personas que tengan, con las partes o con el litigio sometido, alguna de las relaciones que caracterizan los casos de impedimento de jueces, aplicándoles, los mismos deberes y responsabilidades, conforme previsto en el Código de Procedimiento Civil; § 1º Las personas indicadas para ejercer como árbitros tienen el deber de revelar, antes de la aceptación de la función, cualquier hecho que denote duda justificada en cuanto a su imparcialidad e independencia; § 2º El árbitro solamente podrá ser recusado por motivo ocurrido después de su nombramiento. Podrá, entretanto, ser recusado por motivo anterior a su nombramiento, cuando: a) el árbitro no fuera nombrado, directamente, por la parte; o b) el motivo para la recusa del árbitro sea conocido posteriormente a su nombramiento».

<sup>27</sup> BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: visão a partir do Brasil*. São Paulo: Renovar, 2010, vol. I, p. 6, refiriéndose a la obra de Phillip Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International* y la de otros renombrados juristas.

<sup>28</sup> FRADERA, V.M.J. «A Arbitragem Internacional». En *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 468.

<sup>29</sup> SIMÃO, J.F. *Op. cit.*, p. 228. Sin embargo, en ese sentido, la visión de Matthieu Boisssesson, así expuesta por Irineu Strenger: «[...] ese concepto revela en su con-

Por eso, conceptúase hoy, con mayor propiedad, el arbitraje como un contrato de investidura, por medio del cual las partes confieren al árbitro jurisdicción, cuya eficacia queda suspendida hasta la instauración de un conflicto o, más precisamente, hasta la constitución del árbitro único o del tribunal arbitral competentes para la solución de la controversia.

### *2.1.1. El carácter comercial e internacional del arbitraje*

Hay dos principales tipos de arbitraje en el ámbito internacional: el de Derecho Público, que se pauta en tratados y convenciones supranacionales, y el de Derecho Privado que, aunque compuesta de uno o más elementos extranjeros, se basa eminentemente en la autonomía de la voluntad. Mientras la primera se propone resolver litigios entre Estados, tratando sobre cuestiones territoriales, políticas y económicas, el arbitraje que interesa al Derecho Privado pasa entre particulares y trata, en el mérito, sobre el comercio internacional. Sobre estas últimas discurrirá el presente estudio.<sup>30</sup>

El carácter comercial del arbitraje es de simple delimitación. El arbitraje que dirime demandas advenidas de transacciones comerciales tiene naturaleza comercial, cuyo concepto comprende «[...] cualquier relación de naturaleza mercantil, de origen contractual o no, independien-

---

junto la naturaleza compuesta del arbitraje, que presenta aspecto contractual, en razón de los convenios de arbitraje que le dan nacimiento; aspecto jurisdiccional, en razón de la sentencia que la encierra; y aspecto procesal, en razón del desarrollo de la verdadera instancia arbitral» (STRENGER, Irineu. *Op. cit.*, p. 34).

<sup>30</sup> Nótese que, por ahora, el presente trabajo no abordará los arbitrajes entre particulares y el Estado que tratan de inversiones. Sobre el tema, basta consignar que aunque los inversionistas busquen cada vez más apoyo para sus inversiones en el exterior, Brasil no es signatario de la Convención de Washington sobre resolución de disputas entre inversionistas y Estados, y todavía no ratificó ningún tratado bilateral de inversiones. Actualmente, Brasil estudia firmar tratados bilaterales de inversiones con Chile y México, los cuales prevén al arbitraje como método de resolución de conflictos. Hay, por lo tanto, que esperar para desarrollar el tema.

temente de si las partes son o no comerciantes a la luz de las legislaciones nacionales».<sup>31</sup>

La internacionalidad del arbitraje es materia revestida de gran dificultad, ya que Brasil, en el ámbito legislativo, opta por un sistema monista, aplicando los mismos criterios internos a los arbitrajes nacionales e internacionales. Por otro lado, la ley brasileña ya adopta estándares internacionales para el arbitraje nacional, lo que permitiría a un país, en teoría, abdicar de un régimen jurídico propio al arbitraje internacional, bajo el riesgo de que las normas internas no imprimiesen solución ideal a los conflictos internacionales, en vista de sus peculiaridades.<sup>32</sup>

En esa misma medida, se predica, hace tiempo, la necesidad de un criterio fijo de distinción entre los arbitrajes nacionales e internacionales, sea con el objetivo de aplicar, a ciertos procedimientos, las convenciones internacionales que rigen la materia de arbitraje internacional,<sup>33</sup> sea intentando superar conflictos de leyes establecidos entre diferentes sistemas jurídicos internos.<sup>34</sup> Eso porque la reglamentación internacio-

<sup>31</sup> Según apunta FERRER CORREIA, António. *Temas de direito comercial, arbitragem comercial internacional, reconhecimento de sentenças estrangeiras, conflito de leis*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 178.

<sup>32</sup> Es lo que se extrae de BRAGHETTA, Adriana. *Op. cit.*, pp. 338-342.

<sup>33</sup> BOSCO LEE, João. «A especificidade da arbitragem comercial internacional». En *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional* (coordinador Paulo Borba Casella). São Paulo: LTr, 1999, segunda edición, p. 200. La posición es, con todo, criticada por juristas como Pero Batista Martins, para quien «Si, por un lado, el legislador no se refirió claramente a un arbitraje internacional; sin embargo, no es imposible, todo lo contrario». BATISTA MARTINS, Pedro. *Aportamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2008, primera edición, p. 347.

<sup>34</sup> En ese sentido, «Debe admitirse, asimismo, que uno de los aspectos dignos de notar es que la división que se hace entre arbitraje internacional y doméstico. Ese desarrollo es especialmente fundamental. Si no se admitiese la validez de esa división, sería muy difícil lograrse la anhelada armonización de normas y costumbres del comercio internacional, como también superar los conflictos de leyes originales de diferentes sistemas jurídicos internos».

nal tiende a privilegiar el elemento consensual, siendo, por lo tanto, más adaptada a los conflictos atenientes al comercio internacional. Una ventaja de tal diferenciación, por ejemplo, sería la posibilidad de evitarse, en los arbitrajes internacionales, proteccionismos estatales indeseables en relación con consumidores y empleados, prestigiando, así, la autonomía de las partes.<sup>35</sup>

El arbitraje internacional es identificado como aquél en el cual al menos un elemento (base del litigio, nacionalidad de las partes y de los árbitros, derecho aplicable o lugar de desenvolvimiento del arbitraje) se vinculase a un orden jurídico diverso de la de los elementos restantes.<sup>36</sup> Así, sería nacional solamente el procedimiento cuya totalidad de sus elementos constituyentes poseyesen conexión con el sistema jurídico brasileño. Hoy, parece ser ése el entendimiento de internacionalidad, el cual la mayoría de los juristas nacionales adoptan. Similar acepción, todavía muy difundida entre los internacionalistas, es la de que el arbitraje internacional sería aquél «[...] destinado a *producir efectos en el exterior*, sea porque las partes pertenecen a Estados diversos, sea porque el litigio ocurre en territorios de países diversos».<sup>37</sup> (Resaltado nuestro).

Hay dos criterios posibles para la conceptuación de los arbitrajes internacionales: el *jurídico* y el *económico*. El criterio jurídico considera aspectos objetivos de conexión, como la nacionalidad de las partes y de los árbitros, la sede arbitral y el local de ejecución del contrato. Y la concepción económica se relaciona al mérito del arbitraje, o sea, a la finalidad

<sup>35</sup> Según Braghetta, «Es importante imprimir, culturalmente, una concepción diferenciada entre el arbitraje interno y el internacional, ya que algunos proteccionismos naturales en la revisión del arbitraje interno no tienen sentido ante un arbitraje internacional [...] se permitiría cierto proteccionismo estatal, exactamente para evitar que las partes más frágiles (empleados y consumidores) sean lesionadas, mientras que el arbitraje internacional gozaría de la más amplia autonomía posible». BRAGHETTA, Adriana. *Op. cit.*, pp. 340-342.

<sup>36</sup> STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Sao Paulo: LTr, 1998, p. 14.

<sup>37</sup> TEIXEIRA, Sálvio F. *Op. cit.*, p. 27.

del contrato relevante al procedimiento, clasificando como internacional el arbitraje que discute intereses relativos al comercio internacional.<sup>38</sup>

Brasil adoptó en su Ley de Arbitraje (artículo 34, párrafo único),<sup>39</sup> el criterio geográfico o territorial<sup>40</sup> para la definición de sentencia arbitral extranjera, concepto ése importante para la clasificación de laudos extranjeros sujetos a la homologación en territorio nacional.

El criterio elegido por la legislación no es, con todo, absoluto, tampoco exento de críticas, ya que la definición de internacionalidad pasa por diversos otros elementos, además del lugar de pronunciamiento de la sentencia. Más aún, algunos autores sustentan que el dispositivo traería una terminología imperfecta, visto que «“el lugar de práctica de un acto” no debe confundirse con la “sede jurídica”, concepto éste que significa un universo más amplio que la simple localización espacial de un negocio a través de uno de sus elementos constitutivos, a saber, el menos relevante, como su formalización por escrito».<sup>41</sup>

<sup>38</sup> BOSCO LEE, João. *Op. cit.*, p. 202. Según apunta, tal concepción equivaldría a la del Derecho francés, prevista en el artículo 1492 del NCPC.

<sup>39</sup> «Artículo 34.– La sentencia arbitral extranjera será reconocida o ejecutada en Brasil de conformidad con los tratados internacionales con eficacia en el ordenamiento interno y, en su ausencia, estrictamente de acuerdo con los términos de esta Ley. Párrafo único. *Se considera sentencia arbitral extranjera la que haya sido dada fuera del territorio nacional*» (resaltado nuestro).

<sup>40</sup> Dolinger, al explicar que el régimen de la territorialidad, enseña que «Es el régimen de Derecho Internacional Privado que determina la aplicación irrestricta de la ley local, la ley de foro, sin considerar la nacionalidad o domicilio de la persona». DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. Río de Janeiro: Renovar, 1993, segunda edición, p. 243.

<sup>41</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. «As Arbitragens Internacionais e aquelas reguladas no Direito Interno Brasileiro, nos termos da Lei n.º 9.307 de 23.09.1996. Alguns aspectos». En *Reflexões sobre Arbitragem. In Memoriam do Desembargador Claudio Vianna de Lima* (coordinadores Pedro Batista Martins y José Maria Rossani Garcez). São Paulo: LTr, 2002, p. 498, citado BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Op. cit.*, p. 357.

## *2.2. Sede del arbitraje, local del pronunciamiento de la sentencia y elección de foro*

Inicialmente, cabe un examen más atento de las expresiones «local de pronunciamiento de la sentencia», referida en los artículos 10 y 34 de Ley de Arbitraje,<sup>42</sup> y «sede del arbitraje», utilizada por diversos ordenamientos jurídicos para definir la nacionalidad de una sentencia, elemento útil para el fin de: (i) determinarse un orden jurídico que asegurará efectos positivos y negativos a la convención de arbitraje, en carácter subsidiario; (ii) averiguar la necesidad o no de homologación de la sentencia arbitral ante determinado orden jurídico, y de ese modo disponer el ordenamiento en el cual se pretenda la ejecución de la sentencia; y (iii) verificar cuál es el órgano del Poder Judicial competente para eventuales medidas coercitivas, ejecuciones y acciones de anulación.

Algunos autores nacionales conciben «sede» como el «lugar de desenvolvimiento del arbitraje», y no como el «sitio donde es emitida la sentencia». Para esos autores, a pesar de que la palabra tenga, en algunos ordenamientos, gran significado jurídico, en Brasil el concepto sería menos relevante en materia de arbitraje, ya que consistiría meramente en el lugar en donde son practicados los actos del procedimiento (audiencias de testigos, etcétera). En su visión, la sede del arbitraje es elemento facultativo de la convención arbitral<sup>43</sup> y puede ser fijada en uno o varios locales, los cuales pueden ser distintos del local de pronunciamiento de la sentencia.<sup>44</sup>

En vertiente opuesta a la cual nos ubicamos, está parte de la doctrina que entiende las expresiones «local de pronunciamiento de senten-

<sup>42</sup> «Artículo 10.- Constará, obligatoriamente, en el compromiso arbitral: [...] IV. el lugar en el cual será emitida la sentencia arbitral».

<sup>43</sup> Dispone el artículo 11 de la Ley de Arbitraje: «Podrá, todavía, el compromiso arbitral contener: I. local, o locales donde se desarrollará el arbitraje; [...]».

<sup>44</sup> Según apunta CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 208-209.

cia» y «sede de arbitraje» como conceptos equivalentes, «[...] de modo que se debe considerar pronunciado el laudo en sede de arbitraje, aunque haya sido firmado por los árbitros en local o locales diferentes». <sup>45</sup> La expresión «local de pronunciamiento del laudo» en el sentido de «sede arbitral» es también utilizada por la Convención de Nueva York y por el Protocolo de Panamá, <sup>46</sup> así como por reglamentos internacionales, como el de la Cámara de Arbitraje de la Corte Internacional de Comercio de París (CCI) y de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA).

Aunque divergentes en cuanto al significado de la expresión «sede», las vertientes doctrinarias citadas consienten en la visión de que el local en el cual son practicados los actos del arbitraje es irrelevante para la delimitación de la nacionalidad de la sentencia, importando en realidad, al revés, el lugar donde es dada, el cual configura elemento obligatorio de la convención de arbitraje, según el artículo 10, inciso IV, y también de la sentencia arbitral, en conformidad con el artículo 26 de la Ley de Arbitraje. <sup>47</sup>

En efecto, el local donde es emitida la sentencia no se refiere a un concepto físico, pero sí puramente jurídico, apenas destinado a la elección de la «Ley de la sede», es decir, de la «[...] Ley Nacional de Arbitraje, la cual será aplicada a las materias no comprendidas en las autonomías de las voluntades de las partes [...].» <sup>48</sup> Tal orientación, que se encuentra con la presunción *juris et de jure* prevista en la Ley Modelo Uncitral, es de suma importancia para los casos en que los árbitros firman la senten-

<sup>45</sup> BRAGHETTA, Adriana. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>47</sup> «Artículo 10.- Constará, obligatoriamente, en el compromiso arbitral: [...] IV. el lugar donde será proferida la sentencia arbitral»; y «Artículo 26.- Son requisitos obligatorios de la sentencia arbitral: [...] IV. la fecha y el lugar en donde fue emitida».

<sup>48</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. «A definição de Sentença Arbitral Estrangeira». En *Revista de Arbitragem e Mediação*. Sao Paulo: RT, abril/junio de 2003, n.º 9, p. 64.

cia en países diversos, o en los cuales no es viable el pronunciamiento en la sede fijada por las partes.

En otras palabras, partiendo de una interpretación de la *ratio legis* brasileña, habiendo las partes elegido una sede de arbitraje (entendida ésta como el local de pronunciamiento de la sentencia), tal local revelará el orden jurídico aplicable a las condiciones de validez y eficacia de la sentencia arbitral, a la competencia coercitiva de la autoridad estatal, a las condiciones de la anulación de la sentencia, entre otros aspectos no alcanzados por la convención expresa entre las partes.<sup>49</sup>

Por lo tanto, todavía se vislumbra la sede arbitral como un elemento importante en el Derecho brasileño, en la medida en que confiere mayor efectividad a la convención de arbitraje, además de actuar en favor de la eficacia del reconocimiento de los laudos internacionales.<sup>50</sup>

Importa resaltar, en cambio, que de tal acepción no resulta la conclusión de que los árbitros no tendrían libertad para decidir sobre el orden jurídico aplicable a las cuestiones relativas al arbitraje. En efecto, el tribunal arbitral está dotado de tal prerrogativa cuando no haya acuerdo entre las partes respecto a la sede y cuando no queden plenamente garantizados los principios concernientes al debido proceso. Deben las partes, con todo, cuidar para que sus expectativas sean siempre atendidas, recomendándose para ello la indicación de la sede de arbitraje en el momento de la firma de la cláusula compromisoria.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Es decir, en casos en que las partes no tengan sometido el convenio arbitral a una legislación específica, tampoco hayan elegido foro para resolución de cuestiones conexas al arbitraje.

<sup>50</sup> Conforme lo elucidado por BRAGHETTA, Adriana. «A Importância da Sede da Arbitragem». En *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares - In Memoriam* (coordinadores S. Lemes, C.A. Carmona y P.B. Martins). São Paulo: Atlas, 2007, pp. 24-25.

<sup>51</sup> Según A. Braghetta. *Ibidem*.

Nótese que, en ese contexto, Brasil ha sido sede de innumerables arbitrajes internacionales,<sup>52</sup> justamente por estar dotado de una legislación moderna, sea en lo que se refiere a la anulación y homologación de las sentencias arbitrales, sea con relación a las condiciones de validez y eficacia de la cláusula compromisoria y a los principios derivados de la autonomía de la voluntad de las partes (como el de la *kompetenz-kompetenz*). Además, el Poder Judicial brasileño ha mostrado apoyo irrestricto al arbitraje, pronunciando decisiones acertadas y contribuyendo de manera significativa al desarrollo y conferencia de seguridad jurídica a este instituto en nuestro país.

Merece referencia, en ese punto, un caso paradigmático llevado a la justicia brasileña, en el cual «El Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, en un fallo del 12 de junio de 2003, decidió de un modo admirable un recurso de nulidad (llamado en razón de otras pretensiones ligadas a la de nulidad del laudo, anticipación de tutela) contra un laudo parcial de la CCI en el hoy famoso caso Renault. En dicho caso, la sede es la ciudad de Nueva York. A pesar de ello, los demandados del proceso arbitral en la CCI solicitaron la nulidad del laudo parcial sobre la competencia ante el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo. En su fallo, el Tribunal de Justicia [...] precisa con claridad que no es competente para conocer de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral emitido en el extranjero, [...] éste sería competente para conocer de un *exequátur*». <sup>53</sup>

Otro aspecto que merece mención, todavía en lo relacionado a la elección del orden jurídico aplicable a las cuestiones paralelas al arbitraje, es la elección de foro en contratos internacionales que, evi-

<sup>52</sup> Hay que destacar como sede las ciudades de Sao Paulo y Río de Janeiro.

<sup>53</sup> Así describe Eduardo Silva acerca del Fallo del Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo del 12 de junio de 2003, en el caso entre Carlos Alberto de Oliveira Andrade y otros y Renault S.A. y otras; Rodrigues de Carvalho, relator. SILVA ROMERO, Eduardo. «América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales». En *Revista de Arbitragem e Mediação*. Sao Paulo: RT, enero/abril del 2004, n.º 1, p. 98.

dentemente, no se confunde con la elección de la sede de arbitraje. Mientras la elección de la sede delimita la nacionalidad de la sentencia arbitral, y, en caso de ausencia, de la elección de foro, fija el orden jurídico aplicable a las cuestiones conectadas al arbitraje, la cláusula de elección de foro tiene como objeto la delimitación de la competencia estatal relativa, es decir, aquélla que puede ser derogada por la voluntad de las partes antes de la instauración de una demanda, como la competencia territorial.<sup>54</sup>

Como es sabido, la concomitancia entre cláusula de elección de foro y cláusulas compromisorias es una situación que raramente representa una antinomia o contradicción, pues habiendo cláusula compromisoria, ésa tendrá el efecto negativo de alejar la jurisdicción estatal en lo tocante al mérito de la disputa, conforme el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil brasileño,<sup>55</sup> aunque deba el intérprete indagar siempre sobre la real voluntad de las partes en la celebración del contrato.

Como regla general, la interpretación en estos casos debe ser la de que el foro elegido será accionado en caso de «necesidad de concurso del Poder Judicial antes de ser instituido el arbitraje, sea para la constitución del tribunal arbitral (cláusula vacía de contenido), sea para medidas de urgencia»,<sup>56</sup> inclusive para la proposición de una demanda sobre la cual trata el artículo 7 de la Ley de Arbitraje (admissible cuando la cláusula compromisoria es vacía de contenido y hay resistencia por la parte contraria a someterse al juicio arbitral) y acciones de anulación. En suma, la cláusula de elección de foro tendrá como objeto demandas judiciales atadas al arbitraje, no concernientes al mérito, eventualmente

<sup>54</sup> CARMONA, Carlos Alberto. «Considerações sobre a Cláusula Compromissória e eleição de foro». En *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares - In Memoriam* (coordinadores S. Lemes, C.A. Carmona y P.B. Martins). Sao Paulo: Atlas, 2007, p. 35.

<sup>55</sup> «Artículo 267.- Se extingue el proceso, sin resolución de mérito: [...] VII por el convenio de arbitraje».

<sup>56</sup> CARMONA, Carlos Alberto. «Considerações sobre a Cláusula Compromissória e eleição de foro». *Op. cit.*, p. 37.

necesarias para efectuar la tutela jurisdiccional a ser concedida por los árbitros.

Como medida de urgencia, resáltese que la cláusula de elección de foro podrá ser momentáneamente desconsiderada por la parte requisitante en caso de que el ofrecimiento de la demanda en el foro elegido pueda implicar el perecimiento del derecho que se busca. Tal permisión en nada afecta la eficacia de la cláusula compromisoria, ya que la medida concedida deberá ser ratificada o reformada por los árbitros competentes.<sup>57</sup> Asimismo, durante el transcurso del arbitraje, en carácter instructivo, pueden los árbitros desconsiderar la cláusula de elección de foro para apelar a un juicio más adecuado.<sup>58</sup>

Otra cuestión atinente a la concomitancia de la cláusula compromisoria y elección de foro en un mismo contrato se refiere a los límites de la convención de arbitraje. Es posible que la convención de arbitraje limite la materia a ser discutida por tal vía, lo que permitirá que cuestiones no abarcadas sean llevadas al foro elegido por las partes, en razón del principio que dicta que la cláusula compromisoria debe ser interpretada restrictivamente.<sup>59</sup> Por el mismo principio, se puede imaginar una situación con diversos contratos o diversas partes en que la convención de arbitraje se limitaría a solamente algunos contratos/partes, adonde cabe al foro elegido la apreciación de los conflictos advenidos de los contratos/partes restantes.

La aparente concurrencia de jurisdicciones podría advenir también de un contrato que prevé cláusula de elección de foro nacional y cláusula compromisoria eligiendo sede extranjera. No hay, con todo, alguna dificultad en esos casos, dado que es perfectamente posible que el Poder Judicial brasileño se pronuncie sobre cuestiones relativas al arbitraje extranjero, antes y durante el procedimiento arbitral, solamente no

<sup>57</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 42.

siéndole facultada la ejecución directa de la sentencia, la cual necesitará de previa homologación ante el Tribunal Superior de Justicia nacional (STJ).

La principal dificultad de la concomitancia de la cláusula compromisoria y de elección de foro se encuentra cuando la sede del arbitraje es en Brasil y el foro escogido para las cuestiones de apoyo a la tutela jurisdiccional de los árbitros es en el extranjero.<sup>60</sup> En esos casos, aunque el STJ ya tenga una posición en el sentido de que «la elección del foro extranjero es válida, excepto cuando la lid envuelve intereses públicos»,<sup>61</sup> no debiéndose invalidar la voluntad de los contratantes; la jurisprudencia dominante, cuando trata de competencia concurrente (en conformidad al artículo 88 del Código de Procedimiento Civil brasileño y artículo 12 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho brasileño)<sup>62</sup> o exclusiva (artículo 89)<sup>63</sup> camina en el sentido de que la convención entre las partes no podrá obstaculizar el acceso a la justicia brasileña.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>61</sup> STJ, Resp. n.º 242.383-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, juzgado el 3 de febrero de 2005.

<sup>62</sup> «Artículo 88..- Es competente la autoridad judicial brasileña cuando: I. el reo, de cualquier nacionalidad, esté domiciliado en Brasil; II. en Brasil tenga que ser cumplida la obligación; III. la acción se origina de hecho ocurrido o de acto practicado en Brasil. Párrafo único. Para el fin de lo dispuesto en el n.º I, repútese domiciliada en Brasil la persona jurídica extranjera que aquí tenga agencia, filial o sucursal» y «Artículo 12..- Es competente la autoridad judicial brasileña, cuando el reo sea domiciliado en Brasil o aquí tenga que ser cumplida su obligación. § 1º Sólo a la autoridad judicial brasileña compete conocer de las acciones relativas a inmuebles situados en Brasil».

<sup>63</sup> «Artículo 89..- Compete a la autoridad judicial brasileña, con la exclusión de cualquier otra: I. conocer de acciones relativas a inmuebles situados en Brasil; II. proceder con la realización del inventario o partición de bienes situados en Brasil, aunque el autor de la herencia sea extranjero o tenga residencia fuera del territorio nacional».

<sup>64</sup> Conforme apunta CARMONA, Carlos Alberto. «Considerações sobre a Cláusula Compromissória e eleição de foro». *Op. cit.*, p. 46.

Así, a despecho de la elección de foro extranjero para las medidas cautelares de apoyo al arbitraje en casos de competencia concomitante, cuando tales medidas sean propuestas por una de las partes ante el Poder Judicial brasileño, existe el riesgo de que el juez brasileño venga a reconocer su competencia para manifestarse sobre ellas. Esto porque, conforme dispone el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, «La acción pretendida ante tribunal extranjero no genera litispendencia, ni obsta que la autoridad judicial brasileña conozca de la misma demanda y de las que le son conexas». Tal reconocimiento no implicará, sin embargo, nulidad de cláusula de elección de foro (lo que sólo podrá ocurrir tratándose de competencia exclusiva),<sup>65</sup> mas sí hará prevalecer el primer pronunciamiento respecto de la medida solicitada, conforme orientación del STJ.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Aunque algunos juristas apoyan que el artículo 89 deba ser interpretado en sentido amplio, es decir, se extraen de él, a *contrario sensu*, los casos en que la competencia es exclusiva del juez extranjero. Por lo tanto, si el juez brasileño es exclusivamente competente cuando los bienes inmuebles están en Brasil, también será exclusivamente competente el juez extranjero cuando los bienes inmuebles estén fuera de Brasil.

<sup>66</sup> En ese sentido, véase el siguiente pasaje del voto en relación con la SEC n.º 349, Relator Min. Eliana Calmon, juzgado el 2 de marzo de 2007, en sentencia en apelación sobre «Contrato firmado en Japón, entre empresa brasileña y japonesa, con indicación de foro de Japón para dirimir las controversias»: «5. En verdad, en el campo contractual en el cual gravitan intereses disponibles rige la regla del artículo 90 del CPC según el cual “la acción intentada ante el tribunal extranjero no genera litispendencia, ni obsta para que la autoridad judicial brasileña conozca de la misma causa y de las que les son conexas”. 6. Consecuentemente, valdrá en esas hipótesis de jurisdicción, concomitante a la primera decisión que es apelada, es decir, la decisión nacional o la homologación del *decisum extranjero*». Hay, todavía, alguna discusión doctrinaria acerca de la vigencia del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que sería contrario al principio de la no simultaneidad del Derecho Internacional Privado (el cual habría sido reconocido por Brasil por medio del Decreto n.º 2067/96, que promulga el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, el Protocolo de Las Leñas, por medio del cual, en presencia de dos sistemas que tomen decisiones, hay que tenerse, al final, a una única decisión pasible de

Concluyase, por lo tanto, que la cláusula de elección de foro puede limitar la abarcadura de la «Ley de la sede», presumida a partir de la elección de la sede en el convenio de arbitraje para demandas conectadas del procedimiento, pero raramente tendrá el designio de interferir en la validez de la cláusula compromisoria, tampoco en la determinación de la nacionalidad de la sentencia arbitral. No obstante, la cláusula de elección de foro en contratos internacionales es cuestión que debe ser tratada con mucho cuidado, ya que puede afectar directamente los costos de transacción, pudiendo hasta desincentivar ciertos negocios, en vista de las normas brasileñas que permiten el acceso a la justicia nacional en caso de elección de foro extranjero.

Actualmente, la Convención de Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 —aún no firmada por Brasil— surge como una opción que, si es aceptada por el país, podrá conferir mayor seguridad en lo tocante a la elección de foro en contratos internacionales, ya que «[...] promueve el regreso de las partes a la justicia para cuidar de sus litigios comerciales, al establecer las mismas condiciones de seguridad para la cláusula de elección de foro ya existente para la cláusula arbitral, en razón de las reglas de la Convención de Nueva York sobre el Arbitraje Internacional». <sup>67</sup> Asimismo, el anteproyecto de la reforma del Código de Procedimiento Civil brasileño, recientemente sometido a la apreciación del Congreso Nacional, puede representar una solución en ese sentido, ya que garantiza la elección de las partes para que un tribunal extranjero juzgue, con exclusividad, cualquier litigio surgido entre ellas.

---

efectiva ejecución. El principio, con todo, no prohíbe el enjuiciamiento de dos acciones en sistemas diversos, razón por la cual se aleja su relevancia *in casu*.

<sup>67</sup> Conforme afirma DE ARAÚJO, Nadia. «Convenção de Haia sobre Escolha de Foro e o Brasil: Necessidade de sua Adoção». En *Revista Brasileira de Arbitragem*. Sao Paulo: abril/mayo/junio del 2008, n.º 18, p. 28.

### 2.3. Elección y control de la ley aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales

Hasta acá fue abordada la *lex fori*, aplicable a cuestiones de apoyo al arbitraje. Trátase, diversamente, en el ítem presente, de la posibilidad de elección por las partes, de la ley aplicable al mérito de la disputa sometida a un juicio arbitral, así como de las normas que orientarán tal procedimiento.

Se puede pensar, en un primer momento, que la cuestión ocasionaría un gran debate, en virtud de la disposición del artículo 9 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho brasileño (Ley de Introducción), que determina, para las demandas de cumplimiento de obligaciones, la aplicación de la ley del país adonde las referidas obligaciones hubieran sido constituidas (*locus regit actum*).<sup>68</sup> Sin embargo, hoy domina en la doctrina y jurisprudencia brasileñas la visión de que los artículos 2 y 21 de la Ley de Arbitraje, siguiendo a la Ley Modelo Uncitral, derogaron<sup>69</sup> la previsión de la Ley de Introducción, al conferir a las partes la más amplia autonomía para la elección de la ley aplicable a disputas oriundas de un contrato.

Para gran parte de la doctrina, a la cual nos adherimos, la elección de ley extranjera por las partes, por medio del convenio de arbitraje, es

---

<sup>68</sup> «Artículo 9.- Para cualificar y regir las obligaciones, será aplicada la ley del país adonde se constituyeren. § 1º Destinándose una obligación a ser ejecutada en Brasil y dependiendo de forma esencial, será observada, admitidas las peculiaridades de la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto. § 2º La obligación resultante del contrato repútese constituida en el lugar en que reside el proponente».

<sup>69</sup> «Artículo 2.- El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes. § 1º Podrán las partes escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, desde que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público. § 2º Podrán, también, las partes decidir que el arbitraje se realice con base en los principios generales del Derecho, en los usos y en las costumbres, y en las reglas internacionales del comercio». (Resaltado nuestro).

plenamente posible, pues el arbitraje es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo ésa soberana en cuanto a la elección de la ley aplicable al mérito de la controversia.<sup>70</sup> Tal voluntad —resáltese— se extiende también en la elección de la ley procedural.<sup>71</sup>

Para varios autores, en sede de arbitraje, aun cuando las partes no estipulan expresamente cuál sería la ley aplicable a la controversia, se aleja la necesidad de observancia por los árbitros a las normas de Derecho Internacional Privado, las cuales dictan la ley aplicable a las diferentes cualidades de causas, a las cuales están sujetos los jueces togados. Esto porque, en el ámbito arbitral, la omisión deberá ser suprimida a la luz de la apuración de la real voluntad de las partes, aun si es tácita.<sup>72</sup>

Así, no es imperativa, en el arbitraje comercial internacional, la aplicación de las normas de la Ley de Introducción sobre conflictos de ley en el espacio, así como el eventual análisis acerca de los elementos de conexión predominante y otras teorías aplicables a la verificación de la ley incidente en el ámbito judicial. Referidos elementos podrían ser utilizados, en teoría, apenas con el intuito de orientar a los árbitros en

<sup>70</sup> TIBURCIO, Carmen. «A Lei aplicável às Arbitragens Internacionais». En *Reflexões sobre Arbitragem. In Memoriam do Desembargador Claudio Vianna de Lima* (coordinadores Pedro Batista Martins y José Maria Rossani Garcez). São Paulo: LTr, 2002, pp. 92-114. Aunque haya una importante vertiente de opinión contraria liderada por J. Bosco Lee (véase, en ese sentido, BOSCO LEE, João. *Op. cit.*, pp. 176-204), la mayor parte de los juristas nacionales se manifiesta hoy según la corriente retratada. Por lo tanto, serán abordados en este estudio sólo los puntos de vista doctrinarios predominantes.

<sup>71</sup> En ese sentido: «Las partes pueden elegir reglas (criterios) propias de juzgamiento, alejando inclusive el Derecho (interno) escrito, para apoyarse en los principios generales del Derechos y en las reglas internacionales de comercio». (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral de Arbitragem - Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 58).

<sup>72</sup> BASSO, Maristela. «A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio». En *Direito e Comércio Internacional: Tendências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994, p. 51.

la decisión —la cual cabe a ellos en el caso de omisión por parte de la convención de arbitraje—<sup>73</sup> sobre la ley aplicable.

Al optar por ciertos reglamentos, como el de la CCI, las partes confieren amplia libertad a los árbitros para la elección de la ley aplicable, los cuales, para tal tarea, deberán siempre «[...] estar preparados para justificar sus conclusiones (o por los menos reflexionar en ese respecto) refiriéndose no sólo a la ley que ellos evalúan sea aplicable (cuando esta opción es permitida), sino también a otras leyes en busca de alejar problemas generados de la ejecución».<sup>74</sup>

Si, por un lado, los árbitros deben guardar, en la decisión sobre la ley aplicable al fondo de arbitraje, extrema diligencia, por otro, las partes, al elegir una ley aplicable en sede contractual, deberán estar pautadas por el principio de la buena fe. Es decir, «Obviamente, el ejercicio de esta libertad será legítimo y válido si no ha sido provocado o deliberado con el fin de eludir disposiciones imperativas. Si ése fue el objetivo, será nulo el pacto arbitral, según el artículo 166, VI, del Código Civil».<sup>75</sup> Con todo, tal conducta sólo podrá ser realizada *a posteriori*, en sede de acción de anulación.

<sup>73</sup> En ese sentido, véase FINKELSTEIN, C.: «A menudo, en el silencio de acuerdo y sin aceptación de las partes, compete a los árbitros extraer del contrato la ley aplicable a la solución de controversias. Se aplican, así, las reglas de solución de conflictos. El árbitro, al contrario del juez estatal, no está limitado a aplicar las reglas del artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil». (FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem Internacional - Unidroit, CISG e Direito Brasileiro* (coordinadores Cláudio Finkelstein, Jonathan B. Vita, Napoleão Casado Filho). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 48.

<sup>74</sup> FERREIRA DOS SANTOS, Maurício Gomm. «A situação dos países da América Latina no que tange à Lei aplicável ao mérito do litígio submetido a uma arbitragem comercial internacional». En *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, mayo/agosto del 2004, n.º 2, pp. 106-107.

<sup>75</sup> BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Op. cit., p. 45. Reza el artículo 166, inciso IV, del Código Civil: «Artículo 166.- Es nulo el negocio jurídico cuando: [...] VI. tenga por objetivo defraudar la ley imperativa».

Habrá, también, control ulterior del Poder Judicial en lo que se refiere al orden público<sup>76</sup> y a sus buenas costumbres,<sup>77</sup> que limitan la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable.

### 3. REGLAS APLICABLES A LOS ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES

Los arbitrajes internacionales poseen un enorme espectro de reglas potencialmente aplicables. En ese repertorio, se encuentran: (i) las reglas materiales que rigen las disposiciones contractuales; (ii) las reglas procedimentales generales aplicables a los conflictos oriundos del mismo contrato (leyes de arbitraje o procesales); (iii) las reglas procedimentales específicas previstas, en el caso del arbitraje institucional, por las cámaras de arbitraje establecidas o, en el caso del arbitraje *ad-hoc*, por el cuadro arbitral; y (iv) reglas procesales posarbitrales o de homologación.<sup>78</sup>

En el plano de las reglas materiales, las partes son dotadas de amplia autonomía de voluntad, teniendo la posibilidad de escoger, para la resolución de sus controversias: (i) la ley del país de la sede de uno o de otro contratante; (ii) la ley del local del arbitraje; (iii) la ley del local de la conclusión del negocio; y (iv) la ley internacional positiva. Además

<sup>76</sup> El instituto del orden público será tratado con mayor profundidad en el ítem IV del presente trabajo.

<sup>77</sup> Las buenas costumbres, difíciles de conceptuar, son usualmente comprendidas como un desdoblamiento del concepto del orden público. En ese sentido, enseña M. Helena Diniz: «Como las buenas costumbres son las que se pueden inferir de los preceptos de la moral, resultantes de la aplicación de la moral conforme la entienden los pueblos cultos, el criterio para considerar algo ofensivo a las buenas costumbres deberá ser basado en hechos, es decir, evaluar el grado medio de moral del pueblo, de la civilización y del desarrollo de la legislación». (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Sao Paulo: Saraiva, 1994, p. 355).

<sup>78</sup> Conforme esclarece VITA, Jonathan B. «Os conflitos entre as estruturas normativas nas arbitragens internacionais». En *Arbitragem Internacional - Unidroit, CISG e Direito Brasileiro* (coordinadores Cláudio Finkelstein, Jonathan B. Vita, Napoleão Casado Filho). Sao Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 57-58.

de la elección de la ley aplicable, las partes son libres para decidir sus disputas con base en un derecho no positivado, a partir, por ejemplo, de la equidad y también de la *lex mercatoria*.

### *3.1. Equidad; principios generales del derecho; usos, costumbres y reglas internacionales del comercio*

El Derecho brasileño no sólo otorga amplia libertad en la elección de la ley aplicable, también permite que las partes renuncien a la aplicación del derecho elegido, previendo que el juzgamiento por los árbitros sea fundamentado por la equidad de los principios generales del derecho, de los usos y costumbres, y de las reglas internacionales del comercio, consonante con el artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

Dispone el *caput* del artículo 2 que «El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes». Aunque no sea común en Brasil —que observa, en gran mayoría, arbitrajes de derecho—, el arbitraje por equidad es perfectamente posible e, inclusive, muy defendido por algunos autores que sustentan su adecuación por demandas, envolviendo «[...] contratos de alta complejidad técnica, contratos de larga duración, contratos de concesión, contratos de abastecimiento de materia prima, contratos de ingeniería, contratos de planta industrial “llave en mano”, contratos de licencia, contratos de “joint ventures”, contratos de dirección, contratos de distribución, etcétera».<sup>79</sup>

La principal cuestión instaurada internamente sobre equidad es si tal medio de decisión sería supletorio o sustitutivo del derecho escri-

<sup>79</sup> LEMES, Selma Ferreira. «A Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado». En *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam* (coordinadores Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona y Pedro Batista Martins). São Paulo: Atlas, 2007, p. 228. También pondera Strenger que «La equidad es siempre deseable en los contratos a largo plazo que normalmente tienen relaciones de comercio internacional, pero también pueden ocurrir en el comercio interno. STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. Op. cit.*, p. 21.

to. Hay legisladores que entienden que ambas formas de juzgamiento serían permitidas, siendo que la equidad no se opone al derecho, pero alargan su interpretación y rigidez para permitir consideraciones más variadas [...] procurando siempre evitar que la aplicación de esas disposiciones se revele “*inequitable*” para una u otra de las partes presentes».<sup>80</sup>

Esa línea doctrinaria —la cual defendemos— pondera que el juzgamiento por equidad, por la permisión legislativa, es eminentemente sustitutivo, pero puede darse, todavía, en las funciones supletoria, correctiva y frágil.

El segundo párrafo del artículo 2 de la Ley de Arbitraje habla sobre arbitrajes conducidos bajo el molde de los principios generales de derecho, de los usos y costumbres, y de las reglas internacionales del comercio. Los arbitrajes de esos tipos, calificados de «extralegales»,<sup>81</sup> aunque permitidos, no son frecuentes en Brasil. En principio, se condicen más con el arbitraje comercial internacional, ámbito en que la autonomía de la voluntad parece tener mayor amplitud que en el ambiente doméstico.

Con respecto a la utilización de usos y costumbres, hay que notar que esto no implica un juzgamiento por equidad, ya que el árbitro debe amparar su decisión en parámetros de conducta repetidos en la práctica comercial, por los cuales las partes procuran, casi siempre, dispensar la aplicación de reglas de un determinado derecho nacional. Los usos y costumbres son de gran utilidad en el comercio internacional y de su aplicación resultan consecuencias importantes en el procedimiento, así como la carga de la prueba del uso y costumbre por la parte que la invoca, bajo pena de vicio de la sentencia arbitral, puesto que es fundada en prueba ineficaz.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>81</sup> Expresión usada por STRENGER, I. *Idem*, p. 25.

<sup>82</sup> Conforme apunta Strenger, *Idem*, p. 29. En la práctica, los usos y costumbres, en el ámbito internacional se confunden con la *Lex Mercatoria*, más adelante referida.

Entre los principios generales de Derecho, se encuentran, a título ilustrativo, aquéllos atados a la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, cuya aplicación para algunos juristas implicaría, en último análisis, un juzgamiento por equidad.<sup>83</sup>

Es importante destacar, en ese sentido, que los principios generales del Derecho privado, no obstante reconocidos por la legislación civil brasileña, carecen de elementos objetivos que orienten su interpretación y aplicación, a fuerza de que son referidos de forma demasiado «abierta».<sup>84</sup> Así es que la referencia a las reglas internacionales de comercio,<sup>85</sup> tales como los principios del *International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit), figura como una alternativa para los contratantes en el ámbito del comercio internacional, con el fin de minimizar incertidumbres y conferir mayor seguridad jurídica en las relaciones comerciales.<sup>86</sup> Trátase aquí de una fuente de Derecho positivo, no recibida internamente y, por lo tanto, sólo podrá ser invocada si las

<sup>83</sup> Bajo tal acepción véase CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. Op. cit., p. 72.

<sup>84</sup> Es lo que señala RANGEL DE MENEZES CÔRTES, Carlos Eduardo. «Força obrigatória dos Contratos e Princípios do Unidroit aplicados em Arbitragem». En *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Río de Janeiro: Forense, 2008, pp. 97-98.

<sup>85</sup> Entendidas esas como «[...] fuentes que pueden ser cogidas en estatutos jurídicos, tales como tratados y convenciones, y en instrumentos particulares, escritos, y divulgados por instituciones, asociaciones, corporaciones, jurisprudencia de las cortes arbitrales, etc. [...], excluidos, naturalmente, los tratados y convenciones, que internados automáticamente o a través de alguna norma en los diversos países comprometidos pasan a ser parte de sus ordenamientos jurídicos» (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. «Os princípios fundamentais da Arbitragem». En *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional* (coordinador Paulo Borba Casella). Segunda edición. Sao Paulo: LTr, 1999, p. 118).

<sup>86</sup> Hay que resaltar, en ese contexto, la cláusula 6.2.2 de los principios de la Unidroit, que así definen *hardship* (tema poco tratado en nuestro ordenamiento jurídico): «There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished».

partes optaren por un juzgamiento con la observancia de las reglas de comercio internacional.

En el mismo nivel se debe mencionar los *Incoterms*, que son normas que estandarizan la transferencia de responsabilidades entre comprador y vendedor en el ámbito del comercio internacional, así como la Ley Modelo Uncitral, que configura una de las más importantes estructuras normativas formuladas con el fin de armonizar las legislaciones nacionales sobre el arbitraje comercial.<sup>87</sup>

La *lex mercatoria* es comúnmente definida como «[...] el sistema legal que rige las actividades de la comunidad de los comerciantes internacionales, estando formado por los principios generales y reglas sugeridas de usos y costumbres de comercio internacional, el cual carece de vinculación con los sistemas jurídicos nacionales, y cuyo objetivo es regular las relaciones que se desenvuelven en el ámbito del comercio internacional».<sup>88</sup>

Así, la opción por la *lex mercatoria* es realizada en detrimento de cualquier legislación nacional y también por esta razón es por algunos considerada como una fuente supranacional, aunque el tema sea controvertido y la controversia mayoritaria clasifique la *lex mercatoria* ape-

<sup>87</sup> En las palabras de M. Gomm F. Santos, «Es fundamental el papel de CNY y de la LM-UNCITRAL en la misión de armonizar sistemas jurídicos y culturas distintas, posibilitando la formación de un “consenso internacional”. La LAB y la reciente jurisprudencia del STJ indican una postura coherente con tal “consenso”, trayendo —por consecuencia— creciente previsibilidad y seguridad a los participantes del comercio internacional, así como a los extranjeros que deseen invertir en Brasil». (GOMM FERREIRA DOS SANTOS, Mauricio. «Existe un “consenso internacional” en el ámbito de arbitraje comercial? ¿Está Brasil en línea con tal “consenso”?». En *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, «In Memoriam»* (coordinadores Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona y Pedro Batista Martins). Sao Paulo: Atlas, 2007, p. 424).

<sup>88</sup> PUCCI, Adriana Noemi. «Arbitragem e Lex Mercatoria no Direito Brasileiro». En *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil* (coordinador L.F. Vale A. Guilherme). Sao Paulo: Fiuba, 2004, p. 22.

nas como una estructura normativa facilitadora de la relación comercial internacional, que no llega a configurar un sistema jurídico único.<sup>89</sup>

La autonomía de la voluntad en la elección de las fuentes retratadas, en especial de la *lex mercatoria*, aunque consagrada por el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, no sólo encuentra límites en el orden público y las buenas costumbres, también ocasiona cautela en lo que se refiere a la ejecución en territorio brasileño. Primeramente, porque aunque prevalezca el entendimiento de que la Ley de Arbitraje haya derogado el artículo 9 de la Ley de Introducción<sup>90</sup> por medio de su artículo 2, el tema todavía es controvertido.

En segundo lugar, porque siendo la *lex mercatoria* un sistema que carece de autonomía estructural, en casos en que la convención de arbitraje autoriza a los árbitros a decidir según el derecho y éstos deciden a partir de las reglas internacionales del comercio, por ejemplo, tal decisión podría ser considerada nula, a tenor del artículo 32, IV de la Ley de Arbitraje,<sup>91</sup> bajo el entendimiento de que los árbitros habrían actuado como *amiable compositeurs* y no con base en el derecho positivo.<sup>92</sup> Con todo, discordamos de tal posición y entendemos que Brasil ya está en estado de maduración jurídica para que sentencias arbitrales emitidas con fundamento en la *lex mercatoria* puedan ser tranquilamente consideradas plenamente válidas y ejecutables en nuestro país.

### 3.2. Convenciones y tratados ratificados por Brasil

Desde 1977, prevalece el entendimiento jurisprudencial de que el tratado internacional recibido por el orden público brasileño se equipara

<sup>89</sup> TIBURCIO, Carmen. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>90</sup> «Artículo 9.- Para cualificar y regir las obligaciones, será aplicada la ley del país en que sean constituidas».

<sup>91</sup> «Artículo 32.- Es nula la sentencia arbitral: [...] IV. que sea proferida afuera de los límites de la convención de arbitraje».

<sup>92</sup> En ese sentido véase PUCCI, Adriana Noemi. *Op. cit.*, pp. 27-28.

jerárquicamente a la ley interna.<sup>93</sup> Ilustrando la manutención de tal entendimiento, la Sentencia Extranjera Contestada (SEC) n.º 3035, dada en el 2009, dispone que «Al menos, en principio, analizando la cuestión a la luz del Derecho brasileño, es sabido que un tratado o una convención, al ser recibido por un país contratante, pasa a tener el mismo estatus de la ley interna de ese país».<sup>94</sup>

Así, en principio, los tratados y las convenciones deberían predominar por sobre la ley interna por consistir en normas específicas, revocando así la norma general.<sup>95</sup> Raros son los casos de contradicción entre una norma prevista en un tratado y otra prevista en la ley interna, dado que estos diplomas, por lo general, tienen una relación de complementariedad.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> Tal entendimiento se representa en la sentencia proferida en sede de Recurso Extraordinario, así: «Convención de Ginebra - Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias - Aval adjunto a la Nota Promisoria no registrada en el plazo legal - Imposibilidad de ser el avalista accionado, aun por las vías ordinarias. Validez del Decreto Ley n.º 427, de 22.1.1969. Aunque la Convención de Ginebra previó una ley uniforme sobre letras de cambio y notas promisorias que tenga aplicabilidad en el derecho interno brasileño, ella no se sobrepone a las leyes del País, de eso resulta la constitucionalidad y consecuente validez del Decreto Ley n.º 427/1969 [...]» (STF, RE n.º 80.004, Relator Min. Xavier de Albuquerque, juzgado el 1 de junio de 1977).

<sup>94</sup> STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. el 19 de agosto del 2009.

<sup>95</sup> Como ya decidió el propio Superior Tribunal de Justicia brasileño. Confírrese: «En los contratos internacionales, gana relevo la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional en detrimento de la estandarización específica de cada país, lo que justifica, en las especies en examen, el análisis de la cláusula arbitral celebrada entre las partes bajo la óptica del protocolo de Ginebra de 1923. Con eso, sea en razón de la naturaleza procesal de la norma, sea por tratarse de contrato internacional, debe ser mantenido el posicionamiento adoptado por el Tribunal de origen que, acogiendo preliminar referente a la existencia de la convención de arbitraje, extinguió la demanda sin juzgamiento del mérito. Precedentes citados». (REsp n.º 712.566-RJ, Relator Min. Nancy Andrighi, juzgado el 18 de agosto de 2005).

<sup>96</sup> BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: visão a partir do Brasil*. Op. cit., pp. 328-329.

Como se verá más adelante, el STJ, por lo general, no ha adoptado las fuentes «internalizadas» por el Derecho brasileño en la homologación de sentencias arbitrales extranjeras como prioritarias, aplicando, al revés y directamente, la Ley de Arbitraje brasileña, que solamente debería ser invocada en casos en que ésa figurase más favorable a la homologación que el tratado incidente.

En lo que se refiere al posible confrontamiento entre tratados o convenciones, hay que observar que es solucionado, por lo general, por las reglas de compatibilidad usualmente insertadas en los tratados nacionales. Si, con todo, la concurrencia normativa no puede ser así solucionada, deberá observar: (i) cuál es la regla posterior (que, se entiende, deroga a la más antigua); (ii) cuál es el sistema normativo especial (que deroga al general); y (iii) cuál es el diploma regional (que prevalece sobre el global). Es necesario señalar hacia la regla de máxima eficacia, la cual, por medio de la aplicación de la norma más beneficiosa, visa la armonización y coordinación eficaz de los tratados internacionales.<sup>97</sup>

Después de hecha esta breve síntesis sobre la relación entre las normas internas e «internalizadas» por el Derecho brasileño aplicables al arbitraje comercial internacional, se pasa a un análisis sistemático de las principales convenciones y tratados de arbitraje firmados y ratificados por el Derecho brasileño, en sus principales aspectos.

### *3.2.1. Código de Bustamante*

Se refiere a la primera convención firmada por Brasil, la cual buscó uniformizar las reglas del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. El sistema normativo, el cual pasó a regir internamente a partir del Decreto n.º 18871, del 18 de agosto de 1929, fue firmado por veinte países latinoamericanos y ratificado por quince, si bien el Código no tuvo repercusión en Brasil.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> *Idem*, pp. 303-305.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 269.

Aunque en desuso, hay que notar que la legislación en comento trajo algunas contribuciones a la reglamentación del arbitraje comercial internacional, trayendo e infundiendo ese entendimiento en el escenario nacional, tales como: (i) el principio de la territorialidad como delimitador de las cuestiones concernientes a la capacidad y competencia de los árbitros, la conclusión y los efectos del convenio de arbitraje; y (ii) la ejecución de sentencia arbitral condicionada a su ejecución en el país de origen, a la competencia del tribunal respectivo, a la regularidad de la citación de las partes y a la ausencia de cualquier violación al orden público.<sup>99</sup>

### *3.2.2. Convención de Ginebra de 1923*

Firmado el 24 de septiembre de 1923 en Ginebra, bajo los auspicios de la Liga de la Sociedad de las Naciones (y en ámbito global), el estatuto fue ratificado por Brasil por medio del Decreto n.º 21187, del 22 de marzo de 1932. La Convención en referencia fue revocada en el 2002 por la Convención de Nueva York en lo relativo a las materias a ser regladas por aquella Convención, especialmente en lo que se refiere a los efectos positivos y negativos de la cláusula compromisoria.

### *3.2.3. Convención Interamericana de Panamá*

Elaborada en la Primera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, la Convención de Panamá fue firmada por algunos países del Mercosur en 1975, y por Brasil el 15 de junio de 1976, que recién la ratificó el 6 de junio de 1995 por medio del Decreto n.º 90. Actualmente abierta a países de todo el mundo, la Convención fue celebrada inicialmente con la intención de validar, en los Estados interamericanos, la cláusula de arbitraje pactada entre partes de los países miembros, en el ámbito comercial internacional, aunque no haya espe-

---

<sup>99</sup> *Idem*, pp. 273-275.

cificación de lo que deba ser entendido como «internacional», ni como «comercial».<sup>100</sup>

La convención representó un importante paso en la reglamentación del arbitraje en Brasil, antes de la ratificación en el país de la Convención de Nueva York. Entre los principales aspectos del sistema normativo en cuestión se destacan: (i) el artículo 1, que estableció los efectos positivo y negativo de la cláusula compromisoria;<sup>101</sup> (ii) la ausencia de reciprocidad expresa, aunque se entiende por la existencia de una reciprocidad implícita entre los países signatarios,<sup>102</sup> razón por la cual se dice que la Convención debe ser aplicada cuando el arbitraje es internacional, trate de cuestión mercantil o sea la sentencia dada en país diverso de aquél de la homologación, y cuando existen condiciones de reciprocidad; (iii) la existencia de un régimen de reconocimiento y ejecución de laudos nacionales o extranjeros, ya que establece su naturaleza mercantil; y (iv) la previsión de que, en la ausencia de convención entre las partes, las reglas procesales aplicables serán las de la Comisión Interamericana de

<sup>100</sup> *Idem*, p. 281, entendiendo que la Convención de Panamá, en lo concerniente a la materia mercantil, tendría menor alcance que la Convención de Nueva York. Pero, con relación al concepto de internacionalidad, sería más abarcadora, ya que podría ser aplicada a sentencias emitidas en territorio nacional.

<sup>101</sup> Carlos Alberto Carmona lidera la posición divergente, en ese punto, negando que del artículo 1 de la Convención de Panamá se pueda extraer el efecto negativo de la cláusula compromisoria (*cf.* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 280). CARMONA, Carlos Alberto. «Arbitragem Internacional». En *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 177. Dispone el artículo 1 de la Convención de Panamá: «Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someterse a decisión arbitral las divergencias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de naturaleza mercantil. El respectivo acuerdo constará en el documento firmado por las partes, o de cambio de cartas, telegramas o comunicaciones por télex».

<sup>102</sup> En ese sentido KLEINHEISTERKAMP, Jan y Albert VAN DEN BERG. «The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?». En *Arbitration International*, 1989, vol. 5, n.º 3, p. 219, *apud*, BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: visão a partir do Brasil*. *Op. cit.*, p. 283.

Arbitraje Comercial - CIAC (las cuales son idénticas a las de arbitraje de la Uncitral),<sup>103</sup> disposición que debe sobreponerse a la regla contenida en el artículo 7 de la Ley de Arbitraje,<sup>104</sup> que prevé el recurso judicial en casos de cláusula patológica y en que haya resistencia al arbitraje por la parte contraria.

### 3.2.4. *Convención de Montevideo de 1979*

La norma en cuestión, aunque firmada el 8 de mayo de 1979, fue aprobada por Brasil el 20 de junio de 1995, por medio del Decreto n.º 93.

La aplicación de la Convención de Montevideo es realizada de forma subsidiaria a la Convención de Panamá, consonante con su artículo 1.<sup>105</sup> Nótese que, como condiciones de eficacia de las sentencias y laudos extranjeros, la convención establece una lista extensa, en su artículo 2, que en mucho se asemeja a los requisitos para homologación de sentencias extranjeras previstos en la Ley de Arbitraje.<sup>106</sup> En relación a éstos, Brasil

<sup>103</sup> Como recuerda A. Braghetta, *idem*, p. 290.

<sup>104</sup> «Artículo 7.- Existiendo cláusula compromisoria y habiendo resistencia a la institución del arbitraje, podrá la parte interesada requerir la citación de la otra parte para comparecer en juicio con el fin de redactar el compromiso, designando el juez audiencia especial para tal fin».

<sup>105</sup> «Artículo 1.- Esta Convención es aplicada a sentencias judiciales y laudos arbitrales emitidos en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que en el momento de la ratificación sea hecha, por alguno de estos, reserva expresa para limitar a las sentencias condenatorias en materia patrimonial».

Las normas de esta Convención serán aplicadas, en lo tocante a laudos arbitrales, en todo lo que no esté previsto en la Convención Interamericana, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975.

<sup>106</sup> Es lo que sustenta LUSTOSA, Isabel. «Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros». En *A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional*; y en *Integração Jurídica Interamericana - As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado* (coordinadores C.B. Casella y N. Araujo). Sao Paulo: LTr, 1998, pp. 324-338.

presentó reservas a la letra «d»<sup>107</sup> y, en el ámbito doctrinario, hay fuerte crítica a la letra «g»,<sup>108</sup> que —como afirma J. Bosco Lee— podría generar el entendimiento de que Brasil todavía exigiría el doble *exequátur*.<sup>109</sup>

### 3.2.5. *Protocolo de Las Leñas*

Entre los principales tratados en ámbito del Mercosur, se encuentra el protocolo sobre la Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, firmado en 1992 y ratificado mediante el Decreto n.º 2067, del 12 de noviembre de 1996. El tratado es bastante criticado por la doctrina, porque: (i) en su artículo 22 condiciona la ejecutoriedad de una sentencia o laudo arbitral a la compatibilidad con pronunciamiento anterior, emitido por aquel Estado,<sup>110</sup> lo que podría generar actitudes temerarias de ingreso en el Poder Judicial antes que al arbitraje, aunque exista una cláusula compromisoria; (ii) desconsidera principios básicos del arbitraje como el de la *competencia-competencia*; y (iii) contiene cláusula de compatibilidad que, en realidad, afirma su supremacía.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> «d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto».

<sup>108</sup> «g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados».

<sup>109</sup> BOSCO LEE, João. «A Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975: existência e vicissitudes do sistema Interamericano de Arbitragem Comercial Internacional». En *Reflexões sobre Arbitragem - «In memoriam» do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 565.

<sup>110</sup> «Artículo 22.- Cuando se trate de una sentencia o laudo arbitral entre las mismas partes, fundadas en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en el Estado requerido, su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado requerido».

<sup>111</sup> BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: visão a partir do Brasil*. Op. cit., p. 296.

### 3.2.6. *Acuerdo de Buenos Aires*

También en el ámbito del Mercosur, el Acuerdo de Buenos Aires, firmado el 23 de junio de 1998 y en vigencia en Brasil a partir del 9 de octubre de 2002 (después de la aprobación en el Congreso Nacional por medio del Decreto n.º 265, del 29 de diciembre de 2000), fue concebido con el fin de «[...] regular el arbitraje resultante de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales firmados por personas jurídicas o físicas de derecho privado de los Estados parte del Mercosur».<sup>112</sup>

Pedro Batista Martins, en interesante estudio sobre el tratado,<sup>113</sup> señala, entre otros, los siguientes aspectos: (i) el acuerdo se aplica únicamente a personas jurídicas de derecho privado, lo que incluiría también las sociedades de economía mixta y las empresas públicas; (ii) el tratado define el arbitraje comercial internacional tanto bajo el aspecto jurídico, como bajo el aspecto económico;<sup>114</sup> (iii) el acuerdo prevé que la cláusula compromisoria deberá ser pactada de buena fe y tratar equitativamente y de forma no abusiva a los contratantes, en especial en contratos de adhesión;<sup>115</sup> (iv) prevé que la validez formal de la convención arbitral

<sup>112</sup> Según señala BATISTA MARTINS, Pedro. «Observações sobre o Texto do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2006, n.º 9, p. 7, adicionando que el acuerdo tiene por principio: «(i) pactar soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración del Mercosur; (ii) promover e incentivar la solución extrajudicial de controversias privadas por medio del arbitraje en el Mercosur; y (iii) uniformizar la organización y el funcionamiento del arbitraje internacional en los Estados parte para contribuir con la expansión del comercio regional e internacional».

<sup>113</sup> *Idem*, pp. 7-39.

<sup>114</sup> Como pondera Batista Martins, «Basta la simple existencia de uno de estos elementos —económico o jurídico— para que la controversia se sujete a los efectos legales del Acuerdo de Arbitraje Mercosur». BATISTA MARTINS, Pedro. «Observações sobre o Texto do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul». *Op. cit.*, p. 11.

<sup>115</sup> Sobre el tema, afirma Batista Martins que el Acuerdo de Buenos Aires no restringe el tratamiento cuidadoso de la cláusula compromisoria a los contratos de adhe-

será regida por el derecho y lugar de la celebración, en consagración de la teoría del «Local de la sede»; (v) trata el acuerdo, expresamente, del principio de la *kompetenz-kompetenz*; (vi) el tratado es restringido a lo que se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de las reglas aplicables a las controversias, dada la determinación de que la elección del derecho aplicable se haga con base en el Derecho Internacional.<sup>116</sup> Por eso, la reserva efectuada por Brasil en relación al artículo 10 del acuerdo, «[...] que debe ser interpretado en el sentido de permitirles a las partes que escojan, libremente, las reglas del derecho aplicable a la materia a la cual se refiere el dispositivo en análisis, respetando el orden público internacional»;<sup>117</sup> (vii) se extrae del acuerdo la prohibición de la posibilidad de elección de reglas de arbitraje distintas de aquéllas previstas en el reglamento de la institución apuntada para la administración del procedimiento; (viii) el tratado dispone que las partes podrán designar un Estado parte como sede del tribunal arbitral, lo que limita la autonomía de las partes a escoger uno de los países de Mercosur como lugar de la sede; (ix) no se limita la apreciación de medidas cautelares al juicio arbitral (con posterior consticción por el Poder Judicial), facultándose a las partes el ingreso directo ante el poder estatal, sin que eso implique renuncia al convenio de arbitraje; y, finalmente, (x) establece el tratado que la sentencia arbitral es definitiva y que tiene que ser fundamentada y por escrito. El plazo para una eventual acción de nulidad es de noventa días.

En relación a los problemas inherentes a las reglas establecidas por el Acuerdo de Buenos Aires, son de tres frentes: (i) el campo de apli-

---

sión, «reprimiéndola también, cuando sea no equitativa o abusiva», enfoque que es criticado por la doctrina. *Idem*, p. 14.

<sup>116</sup> Artículo 10 del Acuerdo de Buenos Aires: «Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al Derecho Internacional Privado y sus principios, así como al Derecho del Comercio Internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes».

<sup>117</sup> Según el artículo 1 del Decreto n.º 4,719/2003, por medio del cual fue promulgado internamente el Acuerdo de Buenos Aires.

cación del tratado, que puede resultar en su aplicación extraterritorial; (ii) falta de referencia del acuerdo de que la cláusula compromisoria es suficiente para iniciar un arbitraje; y (iii) redacción ambigua sobre la ley aplicable al litigio.<sup>118</sup>

### 3.2.7. *Convención de Nueva York*

Aunque celebrada el 20 de junio de 1958, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fue ratificada por Brasil el 23 de julio de 2002. El atraso no presenta justificaciones plausibles, menos aún cuando se constata la similitud de las reglas presentes en la Ley de Arbitraje sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras con las previsiones de la Convención, la cual, sin duda, sirvió como modelo de la primera.

Por esta razón, se dice que a pesar de que la Convención de Nueva York fue «[...] el más relevante diploma internacional multilateral concerniente al arbitraje, tanto por su alcance mundial, cuanto por haber sido y continuar siendo el principal resorte propulsor del desenvolvimiento del arbitraje»,<sup>119</sup> fueron tímidas las innovaciones traídas al ordenamiento jurídico brasileño a partir de su ratificación. Por otro lado, hay que resaltar la importancia simbólica, aumentando la seguridad jurídica de las partes extranjeras de participar en procedimientos arbitrales con partes brasileñas.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: visão a partir do Brasil*, p. 298.

<sup>119</sup> STETNER, R.P. y Eleonora M.B. LEAL COELHO. «A Convenção de Nova Iorque ratificada pelo Brasil». En *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. Sao Paulo: Fiuzza, 2004, p. 308.

<sup>120</sup> *Ibidem*. «A pesar de la ratificación de la Convención de Nueva York, no hubo alteraciones de mayor monta en el ordenamiento jurídico interno, una vez que la Ley n.º 9,307/96 traía disposiciones sobre el reconocimiento y homologación de sentencias arbitrales extranjeras similares a aquéllas contenidas en la Convención.

Entre los elementos traídos por la Convención de Nueva York, se destacan: (i) la adopción del criterio geográfico o territorial para la determinación de la internacionalidad de la sentencia arbitral, como ya estaba previsto en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, además del criterio que permite su aplicación a sentencias arbitrales que no fueren consideradas nacionales en el Estado en que se pretenda su reconocimiento o ejecución; (ii) la eliminación de la exigencia del doble *exequátur*, condición para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras;<sup>121</sup> (iii) la inversión de la carga de prueba a partir de la incorporación del artículo V, es decir, «Se surge del principio de que la sentencia arbitral extranjera siempre tiene condiciones de ser homologada hasta que se pruebe lo contrario»;<sup>122</sup> (iv) confirmación de los requisitos para la homologación de sentencias arbitrales establecidas en los artículos 38 y 39 de la Ley de Arbitraje, atinentes a la capacidad de las partes, validez del convenio arbitral, en respeto al contradictorio y al estatus jurídico de la sentencia arbitral;<sup>123</sup> (v) la observancia de las garantías del contradictorio y de la inviolabilidad de la defensa al garantizar a las partes

---

No hay duda que la ratificación aumenta la seguridad jurídica de las partes extranjeras en participar en procedimientos arbitrales con partes brasileñas [...].».

<sup>121</sup> Según destaca J. Bosco Lee, «El doble *exequátur* en el contexto brasileño satisface una laguna del derecho positivo. El CPC (Código de Procedimiento Civil brasileño) no poseía ninguna disposición referente a la homologación de sentencias arbitrales extranjeras. Solamente los juzgamientos extranjeros merecían la atención del legislador. Tanto que, para suprimir esa laguna, el sistema del doble *exequátur* fue impuesto. Con la entrada en vigor de la Ley n.º 9,307/96, el doble *exequátur* no es más considerado como una condición “*prima facie*” para la homologación de las sentencias extranjeras. [...] Efectivamente, el legislador brasileño retoma el artículo V, § 1º, e) de la Convención de Nueva York, que tenía como uno de los principales objetivos la supresión del sistema del doble *exequátur* previsto en la Convención de Ginebra de 1927». BOSCO LEE, João. «A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira». En *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 179.

<sup>122</sup> *Idem*, p. 181.

<sup>123</sup> Será tratado más detalladamente sobre el asunto en ítem propio, sobre la homologación de sentencias arbitrales extranjeras en Brasil.

el recibimiento de la notificación apropiada acerca de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral y que les sea posible presentar y contrapresentar sus argumentos;<sup>124</sup> (vi) en conformidad con el artículo V, 1, a), la validez del convenio de arbitraje debe ser analizada según la ley a la cual las partes sometieron la disputa; (vii) imposibilidad de homologación de sentencias en las cuales el árbitro tenga decidido *extra o ultra petita*; (viii) impedimento de reconocimiento y ejecución de decisiones liminares proferidas en sede de medidas cautelares;<sup>125</sup> (ix) prohibición, por el artículo V, 2, de homologación de sentencias que versen sobre materias inarbitrables según la ley del país de su ejecución; (x) la imposibilidad, según el artículo V, 2, 6, de homologación de sentencia que viole el orden público del país en que se pretende su reconocimiento o ejecución; y (xi) consagración del principio de máxima eficacia (por medio del artículo VII, 1) o *more-favourable-right position*, de modo que deberán prevalecer sobre la convención las normas de derecho interno o tratados multilaterales o bilaterales que sean más favorables a la homologación de determinada sentencia arbitral.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Según destacan STETNER, R.P. y Eleonora M.B. LEAL COELHO. *Op. cit.*, p. 320, sobre el artículo V, 1, b, de la Convención de Nueva York.

<sup>125</sup> Conforme se puede extraer del artículo V, I, e, de la Convención. En ese sentido, *idem*, p. 321.

<sup>126</sup> Sobre el tema, es importante notar que la Uncitral recomienda que el principio sea aplicado no sólo al conflicto de normas sobre homologación de sentencias, sino también en materia de validez y eficacia del convenio de arbitraje. En ese sentido, expone J. Bosco Lee, «La Uncitral pretende dar una interpretación más moderna del artículo II de la Convención de Nueva York, de 1958, principalmente en lo que concierne a la exigencia de lo escrito como condición de validez de la convención de arbitraje. De esa forma, deberá prevalecer la norma más favorable a la convención de arbitraje, visando siempre al interés de beneficiar la validez del acuerdo arbitral». BOSCO LEE, Joáo. «Recomendación relativa a la Interpretación del artículo II, § 2º, y del artículo VII, §1º de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, el 10 de junio de 1958, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho Comercial Internacional el 7 de julio de 2006 en la 39.<sup>a</sup> Sesión». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, julio/agosto/septiembre de 2007, n.º 15, p. 241.

Sin embargo, tal vez el aspecto más importante de la Convención de Nueva York para Brasil resida en el hecho de que el gobierno brasileño no realizó reservas de comercialidad o reciprocidad al sistema normativo en comento, de forma que la aplicación de la convención no encuentra limitaciones en razón de la materia objeto del arbitraje, tampoco en función del Estado signatario adonde haya sido dada la sentencia arbitral. Por lo tanto, hay efectiva reciprocidad entre Brasil y los demás Estados signatarios de la Convención de Nueva York, lo que representa un gran paso a la modernidad en materia de arbitraje internacional.

### *3.3. Principales aspectos de la Ley de Arbitraje brasileña*

Como es sabido, la promulgación de la Ley de Arbitraje representó un momento histórico en el desenvolvimiento y receptividad del arbitraje en Brasil.

Según lo pacificado por el STJ, en razón de su carácter procesal, «Las disposiciones de la Ley n.º 9307/96 tiene incidencia inmediata en los contratos celebrados anteriormente, si en ellos está inserta la cláusula arbitral».<sup>127</sup> De esa forma, la alegación de que la cláusula de arbitraje en contratos celebrados antes de 1996 estaría condicionada a su ratificación posterior por las partes no es sustentable en el ámbito nacional porque, según también está decidido en el mismo precedente, la eficacia de la cláusula compromisoria es independiente del compromiso arbitral.

Como principios base, la Ley de Arbitraje adopta la autonomía de la voluntad y la buena fe, principios éos que «[...] dan sustento a su concepción desde su formulación teórica, su instauración y su carácter instrumental».<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> STJ, SEC n.º 349 (2005/0023892-2), Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21 de marzo de 2007.

<sup>128</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Op. cit.*, p. 113.

Según lo anteriormente expuesto, la autonomía de la voluntad se revela por la amplia libertad de elección de las partes, no sólo por la ley material aplicable al litigio, sino también por las normas procesales que regirán el procedimiento arbitral, encontrando límites apenas en el orden público y en las buenas costumbres. Tratándose de materia arbitrable, es decir, de cuestiones referentes a derechos patrimoniales disponibles (susceptibles, por lo tanto, de transacción),<sup>129</sup> las partes son libres para escoger o no si se someterán al arbitraje, indicar las leyes materiales y procesales aplicables, establecer número y eventuales requisitos de los árbitros, escoger el local del arbitraje, vincular o no el procedimiento a una institución, entre otras libertades.<sup>130</sup>

A su vez, el principio de la buena fe, corolario de la autonomía de la voluntad, transcurre del carácter contractual del arbitraje y viene inscrito en el artículo 422 del Código Civil brasileño, según el cual «Los contratantes son obligados a guardar, así en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe».<sup>131</sup> Tanto durante la firma de la cláusula arbitral, cuanto en el recurrir y después del procedimiento arbitral, el principio mencionado se proyecta en sus

---

<sup>129</sup> Regla basilar prevista en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, *in verbis*: «Artículo 1.- Las personas capaces de contratar podrán utilizar el arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles».

<sup>130</sup> En LEMES, Selma M. Ferreira. «Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem». En *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem* (coordinadores Pedro Batista Martins, Selma. F. Lemes y Carlos Alberto Carmona). Río de Janeiro: Forense, 1999, p. 79. Todavía cabe consignar el entendimiento de R.R. Almeida, para quien «El principio de la autonomía de la voluntad alcanzó tal grado de consenso y generalidad en el arbitraje comercial internacional que se considera convertida en regla material (es decir, no conflictual) de un sistema autónomo sustitutivo de método de conflicto de leyes». ALMEIDA, R.R. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Sao Paulo: Renovar, 2005, p. 22).

<sup>131</sup> Resalta todavía Selma F. Lemes que «Tener también, como sustrato del principio de buena fe que la legislatura concede, el acuerdo de arbitraje obligatorio y vinculante». FERREIRA LEMES, Selma M. «Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem». *Op. cit.*, p. 81.

derechos, impidiendo abusos, y en sus deberes, exigiendo probidad, diligencia y lealtad.<sup>132</sup>

Una importante repercusión de la aplicación del principio de la buena fe en el Derecho brasileño se traduce en la prohibición al comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*), que en mucho se asimila al principio internacional *is est interdit de se contredire au détriment d'autrui*.

En conjunto, la noción es la de que es prohibido a las partes, después de haber acordado someter un conflicto al arbitraje, no respetar tal compromiso. En ese sentido, se acoge todavía la teoría del *estoppel*, originada del principio de la *bona fides*, por la cual no se permite, por ejemplo, que una parte, después de haber presentado su defensa en el procedimiento arbitral sin nunca haberse pronunciado sobre la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cláusula compromisoria, pretenda, después de formada la cosa juzgada, su anulación en razón de la ausencia de alguno de esos elementos, o que busque la anulación de un laudo fundado en una supuesta parcialidad del árbitro, si en el momento apropiado no presentó la adecuada impugnación.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> En palabras de De Almeida Santos: «Hay que decir que los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe, según delineados, reforzarían la naturaleza exclusivamente contractual del arbitraje, pero no es demasiado recordar que los mismos principios están presentes en todo el desarrollo del juicio arbitral, tanto en su fase embrionaria, de mera previsión de litigio futuro, hasta su desenvolvimiento, bajo un efectivo conflicto entre las partes, y sobre todo, el cumplimiento de la decisión arbitral. Quien opta por el arbitraje, en los límites de su libertad, se supone que lo hace de buena fe y, de este modo, se rinde a la jurisdicción privada y tiene el propósito de cumplir lo decidido, independientemente de la coacción a través de la jurisdicción del Estado». DE ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. *Op. cit.*, p. 113.

<sup>133</sup> A ese respecto, hay que citar la sentencia en apelación emitida por el Tribunal de Justicia del Estado de Paraná, así enmendado, que decidió en consonancia al principio del *estoppel*, aunque sin mencionarlo expresamente: «Apelación civil. Nulidad de sentencia arbitral [...]. No observancia de procedimiento y principios del arbitraje. No ocurrencia. Sospecha de parcialidad de árbitro. Extensión y

En cuanto al principio en referencia, aún hay que resaltar el entendimiento de que en el ámbito internacional la propia validez de la cláusula arbitral transcurre del principio general de la buena fe de los contratantes, siendo independiente de la ley que la establezca.<sup>134</sup> En efecto, se reconoce internamente el carácter vinculante de la cláusula compromisoria, no sólo en razón de la previsión legal, sino, primordialmente, en función del principio de la buena fe contractual<sup>135</sup> y del principio del *pacta sunt servanda*, que de aquél nace.

Otros importantes principios abarcados por la Ley de Arbitraje pautan las condiciones y eficacia del convenio de arbitraje, así como la conducta de los árbitros y las normas aplicables al procedimiento arbitral. Tales premisas serán abordadas en concomitancia con las principales reglas previstas en la Ley de Arbitraje, que se analizan a continuación.

### 3.3.1. Convención de arbitraje

Con la aparición de la Ley, la cláusula compromisoria acordada entre las partes pasó a ser dotada, *per se*, de plena eficacia, independientemente de posterior ratificación. Como se ha visto, quedó superado el entendimiento de que la cláusula tendría la naturaleza de mera promesa, pasible de producir efectos apenas por medio de un compromiso,<sup>136</sup> ya

---

profundidad de la relación entre las partes y el árbitro cuenta en el momento de la elección. Recurso negado». (TJPR, Apel. Cível n.º 436.093-6, Rel. Des. DEL PRETTE MISURELLI, Vicente, j. el 14 de noviembre del 2007).

<sup>134</sup> En ese sentido: MAGALHÃES, José Carlos de y Pedro BATISTA MARTINS. *Arbitragem Comercial*. Río de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 67, *apud*, BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem: visão a partir do Brasil*. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>135</sup> En ese sentido, debe mencionarse la parte paradigmática de la sentencia en apelación emitida por el Tribunal Superior de Justicia. Véase: «Aún en los contratos internacionales no sujetos al Protocolo [...] hay que conferirse validez plena a la cláusula arbitral por el simple hecho de que debe prevalecer el principio de la buena fe» (STJ, Resp n.º 616-RJ, Rel. Min. Gueiros Leite, j. el 24 de abril de 1990).

<sup>136</sup> En efecto, dispone el artículo 3 de la Ley de Arbitraje que «Las partes interesadas pueden someter la solución de sus litigios al juicio arbitral mediante convenio

que ambos (cláusula y compromiso) fueron elevados a la categoría de convenio de arbitraje,<sup>137</sup> siendo, de ese modo, instrumentos igualmente aptos a la instauración de un procedimiento arbitral.<sup>138</sup>

Si bien en la práctica se observa una menor utilización del compromiso arbitral, por lo general, se firma cuando ya existe un conflicto entre las partes. El compromiso, a diferencia de la cláusula compromisoria, posee forma rígida y una serie de requisitos legales obligatorios.<sup>139</sup>

---

de arbitraje, así entendida la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral».

También hay que citar, en ese sentido, el precedente del STJ, REsp. 712.566/RJ.

<sup>137</sup> Sobre el tema, véase: «La nueva ley puso fin a este estado de cosas, tratando en un mismo capítulo —y en la misma rúbrica— tanto la cláusula como el compromiso. El cambio no fue sólo formal, como se ha señalado, pues a partir de 1996 tanto la cláusula como el compromiso son capaces de desplazar la jurisdicción estatal e instituir el arbitraje, insistiendo en que no hay obligatoriedad de que los litigantes firmen un compromiso arbitral [...]. Es preciso insistir en que el arbitraje no tiene —como les parece a algunos— como presupuesto necesario al compromiso». CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96. Op cit.*, pp. 77-78. Y además: «Cláusula compromisoria y compromiso ahora son especies del género convenio de arbitraje. Siguiendo la tendencia del instituto en el campo del Derecho Internacional, las legislaciones domésticas modernas (como la belga, la francesa y la española) pasaron a uniformizar el tratamiento de los efectos jurídicos de la cláusula arbitral y del compromiso». BATISTA MARTINS, Pedro. «O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei n.º 9.307/96 (segunda parte)». En *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Sao Paulo: RT, julio/septiembre de 2000, n.º 9, p. 337.

<sup>138</sup> En ese sentido, vale citar el fallo del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro: «Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral excluyen, por la sistemática de la Ley n.º 9.307/96, la jurisdicción. Constituyen hoy especies del género convenio de arbitraje según el artículo 3. La ley reconoce la eficacia de ambos a la iniciación de la vía arbitral, superadas la distinción terminológica y sus nefastas consecuencias [...].» (Apel. Cível n.º 28.020/2002, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, j. el 12 de marzo de 2003).

<sup>139</sup> «Artículo 9.- El convenio arbitral es un acuerdo por el cual las partes someten una controversia al arbitraje de una o más personas, ya sea judicial o extrajudicial. § 1º El compromiso arbitral judicial deberá ser celebrado en el proceso, ante un juez o tribunal donde la demanda está en curso. § 2º El compromiso arbitral

Por su menor relevancia y observancia, tanto en el ámbito interno como internacionalmente, será tratado este ítem sobre la validez y la eficacia del convenio de arbitraje bajo el enfoque de la cláusula compromisoria.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje define la cláusula compromisoria como «La convención a través de la cual las partes en un contrato se comprometen a someter al arbitraje los litigios que puedan surgir, relativos a tal contrato». Establece, además, en el párrafo primero del mismo artículo que la cláusula debe ser estipulada por escrito, pudiendo estar insertada en el propio contrato o en documento apartado que a él se refiera.<sup>140</sup>

---

extrajudicial será celebrado por escrito particular, firmado por dos testigos, o por instrumento público».

«Artículo 10.- Constará, obligatoriamente, en el compromiso arbitral: I. el nombre, profesión, estado civil y domicilio de las partes; II. el nombre, profesión y domicilio del árbitro, o de los árbitros, o si es aplicable, la identificación de entidad a la cual las partes delegaron la indicación de árbitros; III. la materia que será objeto del arbitraje; y IV. el lugar en el cual será dada la sentencia arbitral». El artículo 11 de la Ley de Arbitraje establece, todavía, elementos facultativos. Véase: «Podrá, todavía, el compromiso arbitral contener: I. local o locales donde de desenvolverá el arbitraje; II. la autorización para que el árbitro o los árbitros juzguen por equidad, si así fue acordado por las partes; III. el plazo para presentación de sentencia arbitral; IV. la indicación de la ley nacional o de las reglas corporativas aplicables al arbitraje, cuando así lo acordaren las partes; V. la declaración de responsabilidad por el pago de los honorarios y gastos del arbitraje; y VI. la fijación de honorarios del árbitro o árbitros. Párrafo único. Fijando las partes los honorarios del árbitro, o de los árbitros, en el compromiso arbitral, éste constituirá título ejecutivo extrajudicial; no habiendo tal estipulación, el árbitro requerirá al órgano del Poder Judicial que fuera competente para juzgar, originariamente, una causa que los fije por sentencia».

<sup>140</sup> Establece, todavía, el segundo párrafo del artículo 4 que, «En los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria sólo tendrá eficacia si el adherente toma la iniciativa de instituir el arbitraje o concordar, expresamente, su institución, por escrito en documento anexo o en negrito, con la firma o visto especialmente para esa cláusula». Véase, por lo tanto, que en esa especie de contratos la cláusula compromisoria tiene su eficacia suspendida hasta que cumplan con las condiciones previstas en el referido dispositivo.

Por lo tanto, se entiende como existente la cláusula compromisoria firmada de forma expresa y por escrito, o que, con base en la Convención de Nueva York (artículo II, 2), incluya el pacto de arbitraje en el intercambio de cartas y telegramas.

Como regla general, no se reconoce la cláusula tácita, ni se permite la extensión de cláusula compromisoria a terceros no signatarios del contrato. Con todo, la doctrina y la jurisprudencia brasileñas han dado una interpretación atenuada a tales impedimentos, siendo recientemente admitido que el examen acerca del consentimiento con relación a la cláusula compromisoria no se funde exclusivamente en la celebración del contrato, sino también en la «[...] conducta de las partes en todas las etapas de la relación contractual, es decir, en el momento de la negociación, celebración y ejecución del contrato o, todavía, en el propio arbitraje». <sup>141</sup> Hay, por lo tanto, una tendencia en que se reconoce la cláusula compromisoria en relación con determinada parte desde que está probado su consentimiento.<sup>142</sup>

Como requisitos de validez de la cláusula compromisoria, hay que mencionar: (i) la capacidad de las partes para contratar, la cual debe

<sup>141</sup> WALD, Arnoldo y Valeria GALÍNDEZ. «Jurisprudência Comentada. Caso Trelleborg». En *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 10, julio-septiembre, 2006, pp. 246-247, sobre la celebrada sentencia en apelación emitida por el Tribunal de Justicia de Sao Paulo: «Sentencia que establece el tribunal arbitral para dirimir conflictos entre las partes –ilegitimidad de la parte pasiva alejada–. Argumento reiteradamente desarrollado que cae en función a las pruebas que demuestran la evidencia de la participación en las negociaciones en el decurso del litigio instaurado –inexigibilidad de existencia de contrato previo–. Artículo 1 de la Ley n.º 9.307/96 que tiene como exigencia la capacidad de las partes para contratar, lo que debe ser entendido como capacidad civil para mantener una relación jurídica que envuelva derechos patrimoniales disponibles». (Apelação Cível n.º 267.450-4/6, j. el 24 de mayo de 2006).

<sup>142</sup> Hay diversas teorías discutidas en el ámbito doctrinario en lo que se refiere a la interpretación del consentimiento, como la de la presunción de conducta, la del tercero beneficiario (estipulación a favor de tercero), la del álder ego (desconsideración de la personalidad jurídica), la del agente y la del grupo de contratos.

ser analizada según la legislación del país de domicilio de la persona;<sup>143</sup> y (ii) la arbitrabilidad de la materia en litigio, la cual deberá versar solamente sobre derechos patrimoniales disponibles.<sup>144</sup> Así, se entiende como «derecho disponible» aquél sobre el cual se puede transigir.<sup>145</sup> En ese concepto se insertan, además de las disputas entre los contratantes, personas físicas y jurídicas: (i) disputas de carácter laboral, aunque la justicia laboral brasileña todavía se resiste a admitir la validez de las cláusulas compromisorias insertas en el contrato laboral;<sup>146</sup> (ii) de consumo, desde que observa la condición prevista en el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley de Arbitraje;<sup>147</sup> y (iii) de derecho público, cuando la Administración Pública actúa como gestora de negocios.

---

<sup>143</sup> Tal previsión consta en el artículo 7 de la Ley de Introducción, *in verbis*: «La ley del país en que es domiciliada la persona determina las reglas sobre el comienzo y el final de la personalidad, el nombre, la capacidad y los derechos de familia».

<sup>144</sup> «Artículo 1.- Las personas capaces de contratar podrán usar el arbitraje para dirigir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles».

<sup>145</sup> «Se dice que un derecho está disponible cuando puede o no ser ejercido libremente por su titular sin que haya norma imperativa que imponga el cumplimiento del precepto, bajo pena de ser anulado o anulable del acto practicado por su infracción. Así, son disponibles [...] aquellos bienes que pueden libremente ser alienados o negociados, por encontrarse desembarazados, teniendo el alienante plena capacidad jurídica para hacerlo. [...] Son arbitrales, por lo tanto, las causas que traten de materias al respecto de las cuales el Estado no cree reserva específica por el resguardo de los intereses fundamentales de la colectividad, y desde que las partes puedan libremente disponer acerca del bien sobre el cual controvieren». CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. Malheiros. *Op. cit.*, 1998, p. 48.

<sup>146</sup> Cabe señalar que la rescisión del contrato de trabajo transforma en disponibles los derechos del trabajador, ya que son pasibles de transacción.

<sup>147</sup> Entendemos, a ese respecto, a pesar de la prohibición del artículo 51 del Código del Consumidor brasileño («Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que no se aplican a las relaciones de consumo: [...] VII. determinen la utilización compulsoria de arbitraje»), que la cláusula compromisoria que envuelve la relación de consumo es válida, sólo pudiendo ser cuestionada cuando se inserta en el modelo de contrato en el que el consumidor no tiene ningún poder de negociación. Debe resaltarse que ya hay protección al consumidor por medio de la Ley de Arbitraje (artículo 4, segundo párrafo), que es ley especial y, por lo tanto, deroga la norma general.

En lo que se refiere a la validez de las cláusulas compromisorias, hay que notar que es actualmente aceptada por la doctrina y jurisprudencia nacionales, sea porque la Administración Pública frecuentemente actúa en la órbita privada (que nada tiene que ver respecto a su *ius imperium*),<sup>148</sup> o porque tanto la Ley n.º 8987/95, de la Concesión y Permiso de Servicios Públicos, como la Ley n.º 9472/97, de Telecomunicaciones, la Ley n.º 9478/97, de Petróleo, y la Ley de Transportes Terrestres y Acuíferos n.º 10233/01 prevén, expresamente, la posibilidad de utilización del arbitraje en sede administrativa. Asimismo, la jurisprudencia nacional coronó la validez de la cláusula compromisoria en contratos firmados por entes de la Administración Pública recientemente en la decisión en el recurso especial entre *AES Uruguaiana* en contra de *Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE*, en la cual declaró que «Son válidos y eficaces los contratos firmados por las sociedades de economía mixta [...] que estipulen cláusula compromisoria sometiendo al arbitraje eventuales litigios que transcurren del ajuste».<sup>149</sup>

En lo que se refiere a la eficacia de la cláusula compromisoria, cumple abordar, primeramente, la distinción entre la cláusula completa y la incompleta. Entiende la doctrina nacional como cláusula completa aquélla que indique, por lo menos: (i) el número de árbitros y (ii) el (los) árbitro(s) o la forma de su elección por las partes, para que se pueda instaurar el procedimiento, concediéndose a un árbitro o a un panel de árbitros jurisdicción para la resolución de la controversia.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> En ese sentido: «Cuando se actúa afuera de su condición de entidad pública practicando actos de naturaleza privada —donde podría ser sustituido por un particular en la relación negocial—, no se puede pretender aplicar las normas propias de los contratos administrativos, amparadas en el derecho público. Si la premisa de esta constatación es que se puede contratar en la órbita privada, la consecuencia natural es la de que se puede también firmar un compromiso arbitral para decidir litigios que puedan transcurrir de la contratación». *Idem*, pp. 52-55.

<sup>149</sup> STJ, Recurso Especial n.º 606.345 - RS (2003/0205290-5), Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. el 17 de mayo de 2007.

<sup>150</sup> A ese respecto, véase, RENNÓ LIMA, L.R.: «Determinese a la libre elección de los involucrados si el arbitraje será instituido y procesado de acuerdo con las reglas de

Hay que hacer notar que la simple referencia al reglamento de una institución de arbitraje configura elemento suficiente para hacer operar la cláusula compromisoria, dado que la totalidad de los reglamentos brasileños de los cuales hay conocimiento prevén mecanismos para la elección de árbitros.

Vale mencionar en ese punto que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje concede amplia autonomía a las partes en la elección entre someter la administración del arbitraje a una institución arbitral u optar por un procedimiento *ad-hoc*. La opción por una institución arbitral, en general, encarece el arbitraje, pero posee la ventaja de garantizar mayor conveniencia y seguridad para el procedimiento.<sup>151</sup>

Los contratantes tienen hoy, en Brasil, innumerables opciones en la elección de la cámara arbitral, siendo algunas de ellas muy utilizadas para la administración de arbitrajes de gran porte y, también, en forma creciente, de carácter internacional, como el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CCBC), la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo - Ciesp (CMA), la Cámara de Arbitraje de la Fundación Getúlio Vargas (FGV), la Cámara de Arbitraje Empresarial de Brasil (CAMAarb) y la Cámara de Mediación y Arbitraje de la Asociación Comercial de Paraná (Arbitac), dotadas ellas, de modo general, de reglamentos consistentes, inspirados en reglas emitidas por instituciones como la CCI.

---

arbitraje utilizadas por algún órgano arbitral institucional o entidad especializada, o, si las partes optan por establecer en la propia cláusula, o en otro documento, la forma acordada para la institución del arbitraje. Se trata, aquí, de la cláusula arbitral completa. Es la cláusula en la cual las reglas acerca de forma de elección del (los) árbitro(s) ya está estipulada por las propias partes, o a través de una indicación de un órgano arbitral institucional, cuyo reglamento tenga esta previsión». RENNÓ LIMA, L.R. *Arbitragem: Uma Análise da Fase Pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 67-68.

<sup>151</sup> Según apunta STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. Op. cit.*, p. 53.

La práctica brasileña revela que las partes prefieren señalar una cámara para la administración del procedimiento arbitral para conferir mayor seguridad y efectividad al procedimiento. Con todo, es necesario esclarecer que el arbitraje *ad-hoc* también puede ser realizado a partir de la observancia de un reglamento, en caso de que la cláusula compromisoria o el tribunal arbitral así estipulen, sin tener interferencia directa de una cámara. En ese sentido, véase que la referencia al reglamento de una institución también podrá ser realizada por medio de una cláusula compromisoria (completa), estableciendo el arbitraje *ad-hoc*.

Por el contrario, existen las llamadas «cláusulas patológicas», que por tener redacción ambigua, contradictoria, incompleta o de cualquier forma deficiente, generan problemas en cuanto a su utilización, al punto de ser consideradas inválidas, dependiendo del vicio presentado.<sup>152</sup> La cláusula incompleta es una especie de este género y es conceptuada por la doctrina como aquélla que no contiene, básicamente, las indicaciones para nombramiento de árbitros, con vistas a la institución del arbitraje.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> Carmen Tiburcio y Luis Roberto Barroso enseñan que las cláusulas patológicas son aquéllas «[...] firmadas sin los elementos mínimos esenciales o de forma atécnica, pueden ser inválidas o, hasta susceptibles de validez, a depender de la gravedad de su vicio». Afirman también que «Las cláusulas arbitrales pueden patológicas por varios motivos, a saber, indicar órgano arbitral de modo incorrecto, indicar que la sumisión de conflictos al arbitraje es opcional, contener mecanismo defectuoso de indicación de árbitros, entre otros». TIBURCIO, Carmen y Luis Roberto BARROSO. «Cláusula Compromissória: Interpretação, Efeitos e Questão Intertemporal». En *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos* (coordinadores Joaquim de Paiva Muniz y Rafaella Ferraz). Río de Janeiro: Forense, 2008, p. 111.

<sup>153</sup> La cláusula incompleta viene prevista en la hipótesis del artículo 6 *capuz*, de la Ley de Arbitraje: «No habiendo acuerdo previo sobre la forma de instituir el arbitraje [...]. Sobre tal especie, así se manifestó Wald: «Se denomina cláusula “en blanco”, aquélla que no proporciona tales informaciones (modalidades que permitirán la futura elección y nombramiento de los árbitros), ni directamente, indicando la modalidad de composición del tribunal arbitral, ni indirectamente, por referencia al reglamento de arbitraje de una institución especializada [...]. WALD, Arnoldo. «O regime da

Ambas cláusulas —completa e incompleta— son pasibles de producir efectos de orden positivo y negativo. El efecto positivo se relaciona a la garantía de instauración de procedimiento arbitral, mientras el efecto negativo se presta al alejamiento de jurisdicción estatal.<sup>154</sup>

Cuando la cláusula es completa, el efecto positivo se refiere a la garantía de instauración de procedimiento arbitral, directamente, ante una institución (con posterior indicación de árbitro[s]), o simplemente por medio de indicación de uno o más árbitros, tratándose de arbitraje *ad-hoc*.<sup>155</sup> No hay, por lo tanto, necesidad de recurso al Poder Judicial, aunque haya resistencia de la otra parte en participar del procedimiento.

Ya en la hipótesis de cláusula incompleta o vacía, el efecto positivo es en respecto a la garantía de socorro al Poder Judicial para el fin compeler de la parte resistente a la celebración de un compromiso. Hay que hacer resaltar que antes de recurrir al poder estatal, la parte que desea instaurar el arbitraje debe notificar a la otra de su intención, convocándola a firmar compromiso con la finalidad de ver completa la cláusula

---

cláusula compromissória na jurisprudência recente». En *Aspectos Atuais da Arbitragem* (coordinadora Adriana Noemi Pucci). Río de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

<sup>154</sup> En ese sentido, asevera BATISTA MARTINS, Pedro: «La cláusula compromisoria opera eficacia “positiva” y “negativa”. La incorporación de esos propósitos nobles al sistema legal arbitral es la piedra angular para validar las negociaciones de arbitraje en su carácter contractual. Acordada la cláusula compromisoria, su eficacia desde ya se proyecta en el tiempo a modo de asegurarse ante futuros ataques o resistencia ante la adopción del arbitraje». BATISTA MARTINS, Pedro. «O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei nº. 9.307/96 (primera parte)». En *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, RT, julio/septiembre de 2000, n.º 9, pp. 320-321.

<sup>155</sup> El efecto está previsto, aunque parcialmente, en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje: «Artículo 5.- Reportándose las partes, en la cláusula compromisoria, a las reglas de algún órgano arbitral institucional o entidad especializada, el arbitraje será instituido y procesado de acuerdo con las reglas, siéndoles posible, igualmente, a las partes establecer en la propia cláusula, o en otro documento, la forma acordada para la institución del arbitraje».

compromisoria, previendo, por lo menos, un mecanismo de indicación de árbitro o de tribunal arbitral competente.<sup>156</sup>

Resistiendo la parte contraria a firmar el compromiso arbitral, la cuestión podrá ser llevada al Poder Judicial, que deberá proferir una «sentencia-compromiso», pretendiendo la instauración del arbitraje entre las partes, contra la cual cabe apelación apenas del efecto devolutivo.<sup>157</sup>

A su vez, el efecto negativo de la cláusula completa es aquél que hace que el efecto positivo sea oponible al juez, imponiéndole a él abstenerse de conocer y juzgar la cuestión antes de su apreciación por el árbitro,<sup>158</sup> es

<sup>156</sup> Es lo que dispone el artículo 6 de la Ley, *in verbis*: «No existiendo acuerdo previo sobre la forma de instituir arbitraje, la parte interesada le manifestará a la otra parte su intención de dar inicio al arbitraje, por vía postal o por otro medio cualquiera de comunicación, mediante comprobación de recibimiento, convocándola para, en día, hora y local ciertos, firmar el compromiso arbitral. Párrafo único. No compareciendo la parte convocada o, compareciendo y recusándose a firmar el compromiso arbitral, podrá la otra parte proponer la demanda sobre la cual trata el artículo 7 de esta Ley, ante el órgano del Poder Judicial al que, originariamente, le tocaría el juzgamiento de la causa».

<sup>157</sup> Según el artículo 7 de la Ley, «Existiendo cláusula compromisoria y también resistencia en cuanto a la institución del arbitraje, podrá la parte interesada requerir la citación de la otra parte para comparecer en juicio a fin de elaborar el compromiso, designando el juez audiencia especial para tal fin». Aunque se refiere a un mecanismo importante para la garantía de eficacia de la convención de arbitraje incompleta, un reciente trabajo encomendado por la FGV, en conjunto con el Comité Brasileño de Arbitraje acerca de decisiones jurisprudenciales recolectadas sobre el tema, se reveló que: (i) es reducido el número de precedentes jurisprudenciales sobre el asunto; y (ii) todavía está en maduración ante nuestros tribunales, persistiendo un considerable número de decisiones que aplican equivocadamente las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje sobre la acción de ejecución específica de la cláusula compromisoria.

<sup>158</sup> COELHO, Eleonora. «Os Efeitos da Convenção de Arbitragem. Adoção do Princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil». En *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Gudo Fernando da Silva Soares, «In Memoriam»* (coordadores Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona y Pedro Batista Martins). São Paulo: Atlas, 2007, p. 331.

decir, consiste en el deber del juicio estatal de, ante una cláusula compromisoria, dejar de apreciar el mérito de la controversia,<sup>159</sup> de conformidad con lo previsto en el artículo 267, VII, del Código de Procedimiento Civil.<sup>160</sup>

Ya tratándose de cláusula incompleta, el Poder Judicial, si es incitado a proferir sentencia-compromiso en los términos del artículo 7 de la Ley de Arbitraje, no se pronunciará sobre el mérito de la controversia, pero no podrá extinguir la acción de inmediato, dado que deberá indicar, en sentencia, la forma de instauración del juicio arbitral.

De todos modos, siendo la cláusula compromisoria completa o incompleta, se operan los efectos originados del principio de la *competencia-competencia*, establecido en el párrafo único del artículo 8 de la Ley,<sup>161</sup> el cual preceptúa que sólo el árbitro podrá manifestarse sobre la existencia, la validez y la eficacia de la convención de arbitraje e, igualmente, sobre la jurisdicción. La simple aparición de una cláusula compromisoria es suficiente para determinar que cualquier cuestión a ellas atinentes sea solucionada por el árbitro o tribunal arbitral competente.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> Cabe anotar que, además de la Ley de Arbitraje, «La convención de Nueva York resguarda el efecto negativo de la convención de arbitraje en el inciso 3 de su artículo II, al disponer que la autoridad judicial de un país signatario, al serle propuesta una acción judicial sobre la materia en relación a la cual tengan las partes pactado una convención de arbitraje, a pedido de una de ellas, las someterá al arbitraje [...]. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. «Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional». En *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática*. Río de Janeiro, Renovar, 2003, p. 21.

<sup>160</sup> «Artículo 267.- Se extingue el proceso, sin resolución de mérito: [...] VII. por la convención de arbitraje».

<sup>161</sup> «Artículo 8.- La cláusula compromisoria es autónoma en relación con el contrato en que esté inserta, de tal modo que la nulidad de éste no implica, necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria. Párrafo único. Cabrá al árbitro decidir de oficio, o por provocación de las partes, las cuestiones acerca de la existencia, validez y eficacia del convenio de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria».

<sup>162</sup> Sobre el principio de la competencia-competencia, véase: «[...] la competencia-competencia produce efectos positivos y negativos. René David aisló, de modo correcto, el efecto positivo y el efecto negativo del convenio de arbitraje. [...] En su efecto

Todavía en lo tocante al principio de la *kompetenz-kompetenz*, resáltese que se encuentra ampliamente reconocido en Brasil, tanto en sede doctrinaria,<sup>163</sup> cuanto jurisprudencial,<sup>164</sup> desempeñando el importante

---

negativo, el principio de la competencia-competencia se dirige a las jurisdicciones estatales. Él prolonga el efecto negativo del convenio de arbitraje, prohibiendo las jurisdicciones estatales accionadas por una de las partes en un litigio —a despecho de la existencia, al menos “*prima facie*”, de un convenio de arbitraje— de decidieren cuestiones relativas a la existencia o a la validez de convenio, antes que los propios árbitros lo hagan. [...] (Para el Derecho francés) Aún en las hipótesis en que la controversia todavía no tenga sido llevada al árbitro, la jurisdicción estatal instada a conocer el mérito, a pesar de la existencia de cláusula compromisoria, debe declararse incompetente, al menos que la cláusula sea “manifestadamente nula”). GAILLARD, Emmanuel. «O Efeito Negativo da Competência-Competência». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2009, vol. 6, n.º 24, pp. 219-233.

<sup>163</sup> Véase la interpretación de FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: 1999, segunda edición, RT, p. 193: «No cabrá al Estado-juez decidir acerca de la existencia, validez o eficacia del convenio de arbitraje o del contrato que contenga la cláusula compromisoria, excepto en las hipótesis del artículo 32, I, cuando el Poder Judicial puede ser provocado para manifestarse en el ámbito de la acción anulatoria o en embargos del deudor». Conviene traer a colación el entendimiento manifestado por G. Tepedino, limitando el alcance del principio de la *kompetenz-kompetenz*, al afirmar que «No se puede suprimir al Poder Judicial el examen de la cláusula compromisoria inexistente, inválida o ineficaz, ya que la expresión del examen es necesaria para la renuncia del derecho fundamental del acceso a la justicia, consagrado en el artículo 5, inciso XXXV, de la Constitución Federal brasileña. [...] De este modo, a la parte que se siente perjudicada por la institución, efectiva o potencial, del arbitraje reservase siempre la posibilidad de recurrir directamente al Poder Judicial con vistas a eximirse de la aplicación de la cláusula inexistente, inválida o ineficaz». TEPEDINO, Gustavo. «Invalidade da Cláusula Compromissória e seu Controle (também) pela Jurisdição Estatal». En *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 172-173.

<sup>164</sup> «[...] cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria deberán ser apreciadas por el árbitro, a tenor de lo que disponen los artículos 8, párrafo único, y 20, de la Ley n.º 9.307/96. La “*kompetenz-kompetenz*” (competencia-competencia) es uno de los principios basilares del arbitraje, que confiere al árbitro el poder de decidir sobre su propia competencia, siendo condonable cualquier tentativa, de las partes o del juez estatal, en el sentido de alterar esa realidad. En otras palabras, en el encuentro con las autoridades judiciales, el árbitro tendrá la preferencia en el análisis de la cuestión, siendo suyo el beneficio de la

papel de conceder máxima eficacia a la cláusula compromisoria, ya que prestigia la voluntad de las partes, evitando alegaciones infundadas de nulidad del convenio arbitral y otras maniobras dilatorias, insertando a Brasil como *player* efectivo de las relaciones internacionales.<sup>165</sup>

El artículo 20 de la Ley de Arbitraje<sup>166</sup> corrobora también el principio, al disponer que la parte que cuestiona la validez o la eficacia del convenio de arbitraje debe hacerlo en la primera oportunidad para manifestarse, después de la institución del arbitraje.

Vale consignar que la eficacia de la cláusula compromisoria es tan amplia que vincula a las partes, aun si el contrato en que está inserta ha sido declarado nulo. Eso porque sus efectos están también íntimamente ligados al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria, derivación del principio de la *competencia-competencia*, previsto en el artículo 8, *caput*, de la Ley de Arbitraje, que garantiza la incomunicabilidad de los vicios del contrato con la cláusula arbitral, que se mantiene incólume para fines de la institución de arbitraje.

Así, sea en razón del principio de la *competencia-competencia*, sea por la autonomía de la cláusula compromisoria, por medio de voluntad libre y manifestada, las partes tienen asegurada, en Brasil, bajo la égida de la Ley de Arbitraje, la máxima eficacia del convenio arbitral.

En ese punto, hay que mencionar el vasto estudio jurisprudencial efectuado en sociedad por el Comité Brasileño de Arbitraje (CBAr) y por la Fundação Getúlio Vargas (FGV), acerca de la recep-

---

duda [...]. STJ, Medida Cautelar n.º 14.295 - SP (2008/0122928-4), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. el 9 de junio de 2008.

<sup>165</sup> En ese sentido, COELHO, Eleonora. *Op. cit.*, pp. 327 y 329.

<sup>166</sup> «Artículo 20.- La parte que pretende argüir cuestiones relativas a la competencia, suspensión o impedimento del árbitro o de los árbitros, bien como nulidad, invalidez o ineficacia de la convención de arbitraje, deberá hacerlo en la primera oportunidad que tenga de manifestarse, después de instituido el arbitraje».

tividad del Poder Judicial brasileño en relación con el arbitraje,<sup>167</sup> a partir del cual se llegó a las siguientes conclusiones en lo relativo a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria: (i) preponderan las decisiones judiciales que, ante los convenios de arbitraje, declaran la extinción de la demanda sin análisis y juzgamiento del mérito, reconociendo la eficacia vinculante del convenio arbitral; (ii) en estos últimos años hubo sustancial y clara evolución en la interpretación y aplicación de la Ley de Arbitraje por los tribunales brasileños; y (iii) hubo creciente familiarización del Poder Judicial con los conceptos y principios arbitrales, además de una importante cooperación entre jueces y árbitros por la garantía de efectividad y seguridad jurídica en la elección del arbitraje.

### 3.3.2. Árbitros

Versa el artículo 13, *caput*, de la Ley de Arbitraje, que «Puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes». La capacidad, conforme lección de Selma F. Lemes, debe ser analizada bajo la óptica positiva, que se refiere a la capacidad en el ejercicio de derechos civiles, y otra negativa, que se atiene a la existencia o no de incompatibilidades que la afecten, como eventuales causas de impedimento.<sup>168</sup> Ya la confianza es concepto abstracto que denota el carácter *intuitu personae* de la relación entre partes y árbitro, lo que proporciona, necesariamente, la conclusión de que el árbitro debe ser persona física, nunca jurídica.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> Disponible en el sitio web del CBAr [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br).

<sup>168</sup> LEMES, Selma Ferreira. «Dos Árbitros». En *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 1999, p. 265. Con todo, para Pedro Batista Martins la ausencia de impedimentos de hecho y de derecho serían elementos inherentes a la confianza, la cual estaría, a su vez, fundada en los axiomas de la competencia, independencia e imparcialidad. BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. *Op. cit.*, p. 186.

<sup>169</sup> En ese sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. *Op. cit.*, p. 201.

Obsérvese que al prever que cualquier persona capaz pueda ser árbitro, la Ley de Arbitraje no prohíbe la elección de árbitros extranjeros, de cualquier nacionalidad, tampoco exige que el árbitro sea licenciado en Derecho, abogado, o que tenga alguna formación específica, lo que apenas será observado en caso de que las partes así acordaren. Nótese que también hay restricción en cuanto a la forma de indicación de árbitros, que puede ser realizada por persona diversa de las partes, física o jurídica, conforme se extrae de la redacción de artículos 10, inciso II y 13, párrafo tercero de la Ley de Arbitraje.<sup>170</sup>

Además, los artículos 17 y 18 de la Ley de Arbitraje<sup>171</sup> elevan al árbitro a la condición de juez de hecho y de derecho, equiparándolo a jueces, a efectos de responsabilización criminal.<sup>172</sup> Preceptúan, por lo

---

<sup>170</sup> «Artículo 10.- Obligatoriamente deberá contener el compromiso arbitral: [...] II. el nombre, profesión y domicilio del árbitro, o de los árbitros, o, en su caso, la identificación de entidad a la cual las partes delegaron la indicación de árbitros» (resaltado nuestro); y «Artículo 13.- [...] § 3.º Las partes podrán, de común acuerdo, establecer el proceso de elección de árbitros, o adoptar las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada».

<sup>171</sup> «Artículo 17.- Los árbitros, en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, son equiparados a funcionarios públicos, a efectos de la legislación penal.  
Artículo 18.- El árbitro es juez de hecho y de derecho, y la sentencia que emita no se sujeta a recurso o a homologación por el Poder Judicial».

<sup>172</sup> En la visión de L.R. Rennó Lima, citando a Carlos Alberto Carmona, no tendría el legislador pretendido equiparar los árbitros a los jueces estatales, pero sí, «[...] decir que también está el árbitro, así como el juez estatal, autorizado a decidir sobre las cuestiones de hecho y de derecho, o como bien afirmó Carmona, a conocer el hecho y a aplicar el derecho». RENNÓ LIMA, L.R. *Op. cit.*, p. 81. P. Furtado pondera, con todo, que los árbitros son jueces de hecho «[...] en cuanto al poder de pesquisa, dándole la debida valoración» y juez de derecho «[...] porque les toca formular el comando concreto de la ley que se traducirá y expresará en la sentencia arbitral». FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*. São Paulo: Nova Alvorada, 1995, pp. 61-68. Además, sobre el tema, téngase en cuenta la visión de Luiz Olavo Batista, en cuanto a la equiparación del juez y del árbitro en la esfera internacional: «Si, en el interior de los sistemas jurídicos nacionales, el Estado tiene el poder jurídico de decidir sobre las controversias, poder que le permite admitir que los particulares derogen la reglas general, eligiendo la solución arbitral, en el sistema interna-

tanto, los artículos en comento: (i) la jurisdicción concedida al árbitro, sobre la cual incide el principio del libre convencimiento, según el cual el árbitro es libre para, investigando sobre la verdad de los hechos, decidir conforme su convicción; y (ii) la responsabilización penal del árbitro, que puede ocurrir en casos de prevaricación, corrupción pasiva o concusión.

Hay que hacer resaltar que, a despecho de ser el árbitro dotado de inmunidad de juzgamiento (*right to error*), puede ser también responsabilizado civilmente, en caso de que incumpla obligación esencial de su función,<sup>173</sup> aunque tal previsión no conste expresamente de la Ley de Arbitraje.

Entre los deberes y requisitos intrínsecos de su función de árbitro hay que destacar: (i) el deber de conducción del procedimiento arbitral —en consonancia con el principio del impulso oficial— el cual debe ser realizado de forma diligente, respetando los principios de la igualdad y del contradictorio, concediéndoles a las partes amplia posibilidad de defensa e igualdad de oportunidades; (ii) la discreción en relación al procedimiento arbitral, siendo que debe el árbitro evitar comentarios a terceros en relación con el arbitraje en curso;<sup>174</sup> (iii) la

---

cional, por no existir ese poder, el juez y el árbitro están en pie de igualdad, pues no hay poder superior al de los Estados ni existe regla general para ser derogada». BAPTISTA, Luiz Olavo. «Sistema para Solução de Divergências nas Instituições de Integração do Mercosul». En *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais* (coordinadores Araminta de Azevedo Mercadante y José Carlos de Magalhães). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, vol. II, p. 445.

<sup>173</sup> En ese sentido, enseña Selma F. Lemas, que «En consecuencia de la “*receptum arbitrii*” el árbitro debe conducir el procedimiento arbitral con el debido cuidado y diligencia. Si deja de cumplir sus obligaciones, tales como no iniciar el procedimiento arbitral, renunciar o de dimitirse sin razones justificadas, no observar el plazo determinado por las partes o por disposición legal para dictar la sentencia arbitral, podrá ser responsabilizado civilmente». LEMES, Selma Ferreira. «Dos Árbitros». *Op. cit.*, p. 280.

<sup>174</sup> Resáltese que la Ley de Arbitraje en ningún momento menciona cualquier deber de sigilo en relación al arbitraje.

observancia del plazo para el pronunciamiento de la sentencia; (iv) la capacidad de juzgar, consistente en la aptitud para «entender, desenvolver raciocinio lógico que le posibilite emitir juzgamiento justo»;<sup>175</sup> (v) la competencia, que presupone formación técnica o especializada adecuada para la resolución de la controversia; y (vi) el deber de revelación de cualquier hecho que pueda denotar alteración de su estado de imparcialidad o independencia en relación a las partes o al objeto de la controversia.

Adicionalmente, sustentan los legisladores que uno de los requisitos para el ejercicio de la función del árbitro sería la disponibilidad, es decir, la disposición de tiempo suficiente para la dedicación y la resolución cuidadosa y satisfactoria de la controversia.

Tales exigencias, que transcurren, en parte, de la interpretación del artículo 13, párrafo sexto, de la Ley de Arbitraje,<sup>176</sup> y, en parte, de los presupuestos éticos y morales inherentes a la función arbitral, integran la llamada moralidad legalizada o positiva.<sup>177</sup>

Los principios de imparcialidad e independencia, inscritos en el artículo consisten en los elementos centrales de la función del árbitro, cuya inobservancia implica la invalidez del procedimiento arbitral.<sup>178</sup>

Conforme definen Jacob Dolinger y Carmen Tiburcio, la imparcialidad, difícilmente contrastable, consiste en una actitud psicológica, subjetiva, capaz de influenciar el árbitro contraria o favorablemente a una de las partes, al paso que la independencia es un elemento objetivo que se puede verificar a partir de la ausencia de condiciones fácticas que

<sup>175</sup> FERREIRA LEMES, Selma. «Dos Árbitros». *Op. cit.*, p. 265.

<sup>176</sup> Tales deberes están, según interpretación doctrinaria, previstos directa o indirectamente en el artículo 13, sexto párrafo, de la Ley de Arbitraje, *in verbis*: «En el desempeño de su función, el árbitro deberá proceder con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción».

<sup>177</sup> FERREIRA LEMES, Selma. «Dos Árbitros». *Op. cit.*, p. 273.

<sup>178</sup> Según el artículo 32, VII de la Ley de Arbitraje.

la denoten, tales como el hecho de que un árbitro haya abogado por una de las partes, o el hecho de haber sido reiteradamente indicado como árbitro por la misma parte.<sup>179</sup>

El deber de *disclosure* está previsto en el artículo 14, párrafo primero, de la Ley de Arbitraje<sup>180</sup> y alcanza a todos los actos o hechos que puedan dar oportunidad al cuestionamiento acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, aunque no se sientan imparciales o propensos a decidir de determinada forma. En el ámbito doctrinario, se propugna que tal examen sea realizado «ante los ojos de las partes», debiendo ser revelado, por lo tanto, cualquier hecho que, podría, en teoría, proporcionar desconfianza o incomodidad a las partes.<sup>181</sup>

Nótese que ése es el entendimiento mayoritario de la doctrina, que contempla la previsión contenida en el artículo 14, *caput*, de la Ley, la cual determina la aplicación, a los árbitros, de las hipótesis de impedimento de jueces, consustanciadas en el Código de Procedimiento Civil brasileño.<sup>182</sup>

En caso de duda, debe optarse por revelar el hecho, incluso porque no existe una lista vinculante de las situaciones caracterizadoras de par-

<sup>179</sup> DOLINGER, Jacob y Carmen TIBURCIO. *Arbitragem Comercial Internacional*. Río de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 234-244. Aunque, según ponderan los autores, pueda la imparcialidad no contrastable ser apreciable objetivamente en los casos en que el árbitro haya tenido previo conocimiento del litigio o en caso haber practicado actitud hostil para con alguna de las partes.

<sup>180</sup> «Artículo 14.- [...] § 1º Las personas indicadas para funcionar como árbitro tienen el deber, antes de la aceptación de la función, de revelar cualquier hecho que denote duda justificada en cuanto a su imparcialidad e independencia».

<sup>181</sup> Conforme apunta FERREIRA LEMES, Selma. «Dos Árbitros». *Op. cit.*, pp. 202 y 275.

<sup>182</sup> «Artículo 14.- Están impedidos de ejercer de árbitros las personas que tengan, con las partes o con el litigio sometido, algunas de las relaciones que caracterizan los casos de impedimento o suspensión de jueces, siendo aplicado, en su caso, los mismos deberes y responsabilidades, conforme lo previsto en el Código de Procedimiento Civil».

cialidad o ausencia de independencia de un árbitro. En ese sentido, el *IBA Guidelines* se presenta como un instrumento importante, pues en su condición de código de ética no imperativo orienta a la comunidad de árbitros en el análisis de situaciones dudosas —tanto en sede internacional como doméstica— en que no se tenga certeza sobre la incidencia o no del deber de revelación.

Sin embargo, es importante notar que la observancia de tales orientaciones no aleja la necesidad de prestigiar al buen sentido, a la ética y a las reglas morales de convivencia social; tampoco autoriza la falta de respeto a las hipótesis de impedimento previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En lo tocante al proceso de elección de los árbitros, el artículo 13, párrafo primero<sup>183</sup> de la Ley, garantiza a cada parte el nombramiento de uno o más árbitros, siempre en igual número. El número total de árbitros será siempre impar, previendo así eventuales y necesarios desempates. Cuando el total de árbitros nombrados por las partes sea un número par, el segundo párrafo del artículo 13<sup>184</sup> autoriza que los árbitros nombrados indiquen otro árbitro. En caso de no llegar a un acuerdo, la cuestión podrá ser llevada al Poder Judicial, mediante la acción prevista en el artículo 7 de la Ley.

Los árbitros pueden ser escogidos a partir de una lista consolidada por una institución, en caso de arbitrajes institucionales, o libremente, tratándose de un arbitraje *ad-hoc*.<sup>185</sup> Según el párrafo cuarto de la Ley,

<sup>183</sup> «Artículo 13.- § 1º Las partes deberán nombrar a uno o más árbitros, siempre en número impar, y podrán designar también los suplentes».

<sup>184</sup> «Artículo 13.- § 2º Si las partes designan un número par de árbitros, se les permite, desde luego, designar a otro árbitro. A falta de acuerdo, las partes requerirán a los órganos del Poder Judicial, a quienes corresponda originariamente conocer de la causa, el nombramiento del árbitro a lo que se aplicará, en lo que sea posible, el procedimiento previsto en el artículo 7 de esta Ley».

<sup>185</sup> «Artículo 13.- § 3º Las partes podrán convenir el proceso de elección de los árbitros, o adoptar las normas de una institución arbitral o una entidad especializada».

los árbitros indicados por las partes deben nombrar conjuntamente al árbitro presidente. Si no hay consenso sobre la cuestión, será nombrado presidente el árbitro de mayor edad.<sup>186</sup>

En lo que se refiere a la posibilidad de recusación de los árbitros, establece el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley de Arbitraje que aquélla, en principio, sólo podrá ser realizada con base en hecho ocurrido después del nombramiento del árbitro. Sólo se podrá ofrecer recusación al árbitro nombrado por hecho anterior al nombramiento si: (i) el árbitro no ha sido nombrado directamente; y (ii) si el motivo de la recusación sólo es reconocido posteriormente.<sup>187</sup>

En conformidad con el artículo 15 de la Ley,<sup>188</sup> la parte interesada en argüir la recusa del árbitro presentará la respectiva excepción, de acuerdo al artículo 20,<sup>189</sup> directamente al árbitro o al presidente del

<sup>186</sup> «Artículo 13.- § 4º Siendo designados varios árbitros, estos, por mayoría de votos, designarán el árbitro presidente. A falta de consenso, será nombrado presidente el de mayor edad». Definido el árbitro, cabrá el designar un secretario, que podrá ser uno de los demás árbitros». (Artículo 12, quinto párrafo).

<sup>187</sup> «Artículo 14.- § 2º El árbitro sólo podrá ser recusado por razones que se produjeran después de su nombramiento. Sin embargo, puede ser recusado antes de su nombramiento, cuando: a) no es nombrado directamente por las partes; o b) la razón para la negativa del árbitro se conoce después de su nombramiento».

<sup>188</sup> «Artículo 15.- La parte interesada en plantear la recusación del árbitro presentará, de conformidad con el artículo 20, la respectiva excepción, directamente al árbitro o al presidente del tribunal arbitral, deduciendo sus motivos y la presentación de pruebas pertinentes. Párrafo único. Acogida la excepción, se aparta al árbitro sospechoso o impedido, que será sustituido, según el artículo 16 de esta Ley».

<sup>189</sup> «Artículo 20.- La parte que desee plantear cuestiones de competencia, o recusación de un árbitro o los árbitros, como invalidez, nulidad o ineficacia del convenio arbitral, debe hacerlo en la primera oportunidad que posea después de instituido el arbitraje. § 1.º Acogido el planteamiento de recusación o impedimento del árbitro, será el árbitro sustituido de conformidad con el artículo 16 de la presente Ley, reconocida la incompetencia del árbitro o del tribunal arbitral, así como la nulidad, invalidez o inaplicabilidad del convenio arbitral, y las partes se dirigirán al órgano del Poder Judicial competente para juzgar la causa. § 2.º No acogido, el arbitraje continuará su curso con normalidad, sin perjuicio de ser examinada

tribunal arbitral, aduciendo sus razones y presentando las pruebas pertinentes. Regístrese que la medida podrá ser tomada antes o después de constituido el tribunal arbitral. Aceptada la excepción, será alejado el árbitro impedido, que será sustituido, en observancia a las condiciones previstas en el artículo 16 de la Ley.<sup>190</sup>

Resáltese que, durante todo el procedimiento arbitral hay posibilidad de sustitución de árbitros, desde que son atendidas las condiciones legales mencionadas anteriormente. En tal hipótesis, determina el párrafo quinto del artículo 22 de la Ley de Arbitraje<sup>191</sup> que, en caso de ser sustituido un árbitro, le cabe a su sustituto repetir o no las pruebas ya producidas.

### *3.3.3. Procedimiento arbitral*

Conforme preceptúa el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, el procedimiento podrá ser regido tanto por el reglamento de una institución, en caso de que las partes se refieran en el convenio de arbitraje, como por normas establecidas por las propias partes en el pacto arbitral o, todavía, por el árbitro único o tribunal, en caso de que nada haya sido estipulado

---

la decisión ante el órgano competente del Poder Judicial, a consecuencia de una eventual demanda a que alude donde sea posible la presentación de la demanda el artículo 33 de esta Ley».

<sup>190</sup> «Artículo 16.- Si el árbitro renuncia antes de la aceptación de su nombramiento, o después de la aceptación, muere o queda imposibilitado para el ejercicio de la función, o si es recusado, asumirá su lugar el sustituto indicado en el compromiso, si es que hubo mención. § 1.º No habiendo sustituto indicado para el árbitro, deberán ser aplicadas las reglas del órgano arbitral institucional o entidad especializada, si es que las partes las invocaron en la convención de arbitraje. § 2.º No disponiendo el convenio de arbitraje y no llegando las partes a un acuerdo sobre el nombramiento del árbitro que deberá ser sustituido, procederá la parte interesada según la previsión del artículo 7 de esta Ley, a menos que las partes tengan declarado expresamente, en el convenio de arbitraje, no aceptar sustituto».

<sup>191</sup> «Artículo 22.- § 5.º Si, durante el procedimiento arbitral, un árbitro es sustituido, le queda a criterio del sustituto repetir las pruebas ya producidas».

sobre las reglas aplicables al procedimiento.<sup>192</sup> Véase que la libertad de elegir las normas procedimentales es amplia, desde que se observan los principios del contradictorio, de la igualdad entre las partes,<sup>193</sup> de la imparcialidad y de la libre formación del convencimiento del árbitro.

En lo general, los reglamentos emitidos por las instituciones arbitrales brasileñas prevén que la parte interesada en iniciar un procedimiento arbitral deba presentar, ante la institución respectiva, una solicitud de instauración, succinctamente fundamentada (conteniendo el relato del objeto de la controversia y pedidos), acompañado de documento en que esté inserta la cláusula compromisoria.<sup>194</sup>

Tal solicitud podrá ser realizada por intermedio de abogado (conforme a lo dispuesto en el artículo 21, párrafo tercero). En esa misma

<sup>192</sup> «Artículo 21.- El arbitraje obedecerá al procedimiento establecido por las partes en el convenio de arbitraje, que podrá referirse a las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada, facultando, además, las partes al árbitro único o al tribunal arbitral a regular el procedimiento. § 1.º No habiendo estipulación acerca del procedimiento, cabrá al árbitro o al tribunal arbitral disciplinarlo. § 2.º Serán, siempre, respetados en el procedimiento arbitral los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento».

<sup>193</sup> Sobre los dos primeros principios, se pronunció Selma F. Lemes: «El principio del contradictorio equivale al principio de la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral. El principio del contradictorio encuentra resonancia en el aforismo romano *“audiatur et altera pars”*, que equivale al principio de la audiencia bilateral o del contradictorio. El árbitro no puede decidir sobre una pretensión sin oír a la otra parte. A las partes les deben ser dadas las mismas oportunidades para manifestarse en cuanto a las pruebas producidas y al documento juntado por la otra parte». LEMES, Selma Ferreira. «Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem». *Op. cit.*, pp. 202 y 275.

<sup>194</sup> Se sustenta, en sede doctrinaria, que la solicitud de instauración del procedimiento arbitral tendría el don de interrumpir la prescripción, apoyándose en artículo 202, VI, del Código Civil, *in verbis*: «La interrupción de la prescripción, que solamente podrá ocurrir una vez, se dará: [...] VI. por cualquier acto inequívoco, aunque extrajudicial, que importe en reconocimiento del derecho del deudor».

oportunidad, es habitual que el requirente indique un coárbitro o un árbitro único, según sea el caso. La requerida es, entonces, notificada y se manifiesta presentando contraargumentos y eventuales pedidos indicando uno o más árbitros.<sup>195</sup>

Aludidas manifestaciones preliminares tiene por objetivo suministrar elementos suficientes para la elaboración del Acta de Misión (conforme designación de la CCI), previsto en el párrafo único del artículo 19 de la Ley de Arbitraje,<sup>196</sup> documento que regirá el procedimiento arbitral, completando la cláusula compromisoria y, muchas veces, derogando ciertas normas procedimentales previstas en la cláusula y en el reglamento de institución arbitral.

El acta de misión no debe ser confundida con el compromiso arbitral. A diferencia de éste, no exige forma especial y tiene por finalidad exponer las pretensiones de las partes, identificar los puntos controver-

---

<sup>195</sup> Nótese, al respecto, que la parte requerida, si pactó el convenio de arbitraje, está obligada a aceptar la instauración del procedimiento. Pero, no hay, en el arbitraje, los mismos efectos de la rebeldía típicos del proceso civil. Esto es, no se presumen verdaderos los hechos alegados por la parte requerida, ni hay, en la omisión de la parte demandada, justificativa para un juzgamiento anticipado, debiendo la producción de pruebas ser realizada normalmente. Así, prevé el § 2.º: «En el caso de desatender, sin justa causa, la citación para prestar testimonio personal, el árbitro o el tribunal arbitral tendrá en cuenta el comportamiento de la parte incumplidora, para dictar laudo arbitral; si la ausencia es de un testigo en las mismas circunstancias, podrá el árbitro o árbitro presidente del tribunal arbitral requerir a las autoridades judiciales la práctica del testimonio no prestado, comprobando la existencia de convenio arbitral». Resáltese, todavía, que, en los términos del artículo 22, § 3.º: «La ausencia de una de las partes no impedirá el pronunciamiento del laudo arbitral».

<sup>196</sup> «Artículo 19..- Se considera instituido el arbitraje cuando el árbitro acepta el nombramiento, si es único, o todos, si hay varios. Párrafo único. Instituido el arbitraje y entendiendo el árbitro o el tribunal arbitral que hay necesidad de explicar alguna cuestión comprendida en el convenio arbitral se preparará, junto con las partes, un anexo, firmado por todos, que pasará a formar parte del convenio arbitral».

tidos y confirmar las reglas aplicables al procedimiento,<sup>197</sup> fijando, todavía, cronograma para los principales actos procesales. Según I. Strenger, son dos las principales ventajas del acta de misión: (i) la clarificación de las pretensiones y pedidos de las partes, que no siempre es de fácil apreciación en sus manifestaciones iniciales; y (ii) la delimitación del objeto de la controversia, restringiendo la posibilidad de proposición de nuevas demandas.<sup>198</sup>

En ese sentido, hay que destacar la importancia de los *terms of reference* en relación con la observancia por los árbitros del principio de acción o de la congruencia que deben fortalecer el arbitraje, garantizando la correspondencia entre lo que se pide y lo que se concede. De esa forma, se ha dicho que los árbitros están impedidos de decidir *infra, ultra* o *extra petita*, debiendo tener como punto de referencia los pedidos constantes en el Acta de Misión.

No obstante, hay que hacer notar que el procedimiento arbitral está también formado por los principios de informalidad, de economía procesal y de instrumentalidad, que confieren menor rigidez al proceso, alejando el rigor de la preclusión con la que es concebida en el Derecho Procesal Civil, así como permitiendo la desconsideración, por los árbitros, de ciertas disposiciones previstas en el acta de misión, en caso de que entiendan que tal alejamiento redunde en mayor justicia para las partes.<sup>199</sup>

Con todo, regístrese que el acta de misión sólo podrá ser firmada después de la debida institución del arbitraje, que en los términos del artículo 19, *caput*, de la Ley, es considerada instituida solamente cuando es aceptado el nombramiento por el árbitro, si es único, o por todos, si son más de uno. Esto porque es la aceptación del encargo por los ár-

<sup>197</sup> Conforme apunta STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. Op. cit.*, p. 120.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Op. cit.*, p. 229.

bitros, la que concretiza definitivamente la conexión procesal necesaria para el ejercicio de la jurisdicción.<sup>200</sup>

De esa condición, por lo menos, dos consecuencias pueden ser señaladas: (i) una vez que no hay efectiva jurisdicción antes de la constitución del tribunal arbitral, les es facultado a las partes, hasta que eso ocurra, el pleito de eventuales medidas de carácter de urgencia ante el Poder Judicial, las cuales serán posteriormente confirmadas o reformadas por el juicio arbitral;<sup>201</sup> y (ii) también por el mismo motivo, no hay que mencionar la litispendencia antes de la aceptación del encargo por todos los árbitros.

Instituido el arbitraje entre las partes, debe el árbitro, en concordancia con el principio de la oralidad y con el cuarto párrafo del artículo 21,<sup>202</sup> intentar conciliarlas. Resáltese que el principio citado engloba tres diferentes aspectos del procedimiento arbitral: (i) el contacto directo entre el árbitro y las partes; (ii) el deber del árbitro de mediárlas; y (iii) la concentración de los actos en una sola instancia, debido a: (a) que no hay cabida para recursos en función de decisiones interlocutorias; y (b) la coincidencia entre el órgano conductor de los actos procesales y el juzgador de la controversia.

---

<sup>200</sup> En las palabras de Pedro Batista Martins, *idem*, pp. 225-226, «La aceptación de la responsabilidad por los árbitros le da vida a los efectos jurídicos que se proyectan del convenio arbitral. Opera la completitud jurídica, la que se encamina toda la convención de arbitraje. La aceptación por el árbitro indicado «integra» el efecto procesal latente en los convenios arbitrales. La relación inicial del derecho privado, objeto de la convención particular, concretiza su conexión con el derecho público (procesal) a partir del momento en que se confirma la aceptación del “*munus*” por los árbitros». Registre, además, que algunos autores van más allá, entendiendo que apenas la confirmación de los árbitros sería apta para iniciar el procedimiento arbitral».

<sup>201</sup> Conforme resalta Pedro Batista Martins, *idem*, p. 227.

<sup>202</sup> «§ 4º Corresponde al árbitro o al tribunal arbitral en el inicio del procedimiento, tratar de conciliar a las partes, aplicando, en su caso, el artículo 28 de la presente Ley».

La Ley de Arbitraje no informa sobre los eventos o plazos para la presentación por las partes. Se deja a cargo de ellas e, indirectamente, de las cámaras arbitrales, la reglamentación del procedimiento. Al respecto, vale notar que algunas cámaras brasileñas adoptan procedimiento similar al proceso estatal, previendo alegaciones iniciales por la parte requeriente, contestación por la requerida, réplica y tríplica. Otras, en tanto, adoptan el sistema de manifestaciones simultáneas, como es el caso de la CCBC.<sup>203</sup>

Después de la fase postulante, le es facultado al árbitro tomar declaraciones de las partes, oír testigos y determinar la realización de pericias, así como de otras pruebas que juzgue necesarias;<sup>204</sup> puede, si desea, designar audiencias.<sup>205</sup> Nótese que el orden de la producción de pruebas debe ser fijada en el reglamento de la institución arbitral, pero puede ser alterada a criterio de los árbitros.

A diferencia de la forma de investigación adoptada en el proceso civil, las presentaciones de testigos en el arbitraje son realizadas, por lo general, directamente por los abogados de las partes. Además, ha sido cada vez más común en Brasil la adopción de declaraciones técnicas escritas, emitidas por especialistas sin conocimiento profundo de la controversia, denominados *expert witness*.

---

<sup>203</sup> Véase, a título ilustrativo, el artículo 9.2 del Reglamento de CCBC: «Las partes tendrán el plazo de 10 (diez) días para presentar sus alegaciones escritas, con indicación de las pruebas que pretendan producir, contados a partir de la audiencia, cuando la haya, o a partir de la notificación que les sea enviada para tal fin. 9.3. El Centro en los 5 (cinco) días subsiguientes a la recepción de las alegaciones de las partes remitirá las copias respectivas a los árbitros y a las partes, siendo que éstas en el plazo de 10 (diez) días presentarán sus respectivas manifestaciones».

<sup>204</sup> «Artículo 22.- Podrá el árbitro o el tribunal arbitral recibir el testimonio de las partes, escuchar testigos y determinar la realización de pericias u otras pruebas que considere necesarias, a petición de las partes o de oficio».

<sup>205</sup> «Artículo 22.- [...] § 1º La declaración de las partes y de los testigos será tomada en lugar, día y hora previamente comunicados, por escrito, y reducidos a término, firmado por el declarante, o a su ruego, y por los árbitros».

En algunos casos, el tribunal arbitral indica un *expert* de su confianza, cuyo trabajo puede ser impugnado o ratificado por técnicos escogidos por las partes. En otros, los peritos nombrados por las partes son oídos como testigos, no habiendo, por lo tanto, la figura de un tercer perito de confianza de los árbitros. En caso de contradicciones en las exposiciones, los árbitros han adoptado la práctica internacionalmente difundida del careo de peritos, la cual, cumpliendo su función, permite analizar y computar la verdad de los hechos por el propio tribunal.

Después de agotada la fase instructiva, permiten los reglamentos institucionales que las partes presenten memoriales finales, última oportunidad para la formulación de argumentos y elucidación de los hechos comprobados a lo largo del procedimiento arbitral.

### *3.3.4. Sentencia arbitral*

La sentencia arbitral debe darse dentro del plazo estipulado por las partes (sea por medio del Acta de Misión, por referencia al reglamento de una cámara arbitral o por el convenio arbitral), el cual puede ser prorrogado, de común acuerdo, por árbitros y partes.<sup>206</sup> Si nada fue acordado, versa la Ley que incidirá el plazo de seis meses, contado a partir de la institución del arbitraje o de eventual sustitución del árbitro.

Sustenta, en ámbito doctrinario, que el plazo acordado para el pronunciamiento de la sentencia corresponde al período en que el árbitro está autorizado al ejercicio de su jurisdicción.

De esta forma, la continuación del procedimiento arbitral, después de cerrado el plazo acordado para pronunciamiento de la sentencia,

---

<sup>206</sup> «Artículo 23.- La sentencia arbitral se dictará dentro del plazo estipulado por las partes. Si no se ha acordado nada, el plazo para la presentación del laudo arbitral es de seis meses, desde la institución del arbitraje o la sustitución del árbitro. Parágrafo único - Las partes y los árbitros, de común acuerdo, podrán ampliar el plazo».

ocasiona su nulidad, en consonancia con el artículo 32, IV, de la Ley de Arbitraje.<sup>207</sup> Con todo, es de notarse que el plazo supletorio de seis meses previsto en el párrafo único del artículo 23 no consiste en una norma imperativa, tampoco de orden público, pudiendo las partes, conjuntamente con los árbitros, estipular plazo diverso o hasta prorrogarlo sucesivamente, siempre que sea con razonabilidad y sin que olviden observar el principio de celeridad.<sup>208</sup>

Determina el artículo 24 de la Ley que la sentencia arbitral debe ser expresa, escrita y que la decisión debe ser tomada: (i) por mayoría, cuando hayan varios árbitros; y (ii) por el presidente del tribunal arbitral cuando no haya acuerdo mayoritario entre los árbitros. Además, permite la Ley que el árbitro divergente consigne su voto por separado. Tales normas configuran materia de orden público, no pudiendo, por lo tanto, ser derogadas a criterio de las partes.

Configuran requisitos obligatorios de la sentencia arbitral: (i) el informe, contenido nombres de las partes y resumen del litigio; (ii) el fundamento de la decisión, bajo la luz de las cuestiones de hecho y de derecho, debiendo ser mencionado expresamente si hubo o no juzgamiento por equidad; (iii) los dispositivos, en que los árbitros deben

---

<sup>207</sup> En ese sentido, BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Op. cit.*, p. 272.

<sup>208</sup> Anota Pedro Batista Martins, *idem*, p. 273, que «[...] la prorrogación no es poder arbitrario que puede ser utilizado en provecho de los árbitros inconsistentes o flojos. Al asumir el encargo, el árbitro debe tener conciencia de que las partes anhelan una respuesta clara a la demanda». Además, observe que la nulidad del laudo por exceso de plazo sólo podrá ser acogida si la parte, previamente, ha notificado a los árbitros sobre la cuestión, concediéndoles plazo suplementario de diez días para dictar la sentencia. Véase la redacción de los artículos 32, VII, y 12, III, de la Ley de Arbitraje: «Artículo 32.- Es nula la sentencia arbitral si: [...] VII. fue pronunciada fuera del plazo dispuesto en el artículo 12, inciso III, de esta Ley» y «Artículo 12.- Se extingue el compromiso arbitral: [...] III. con la expiración del plazo contemplado en el artículo 11, inciso III, desde que la parte interesada haya procedido a notificar al árbitro, o árbitro presidente, dándole diez días para la entrega y presentación de la sentencia arbitral».

resolver las cuestiones controvertidas, fijando plazo para cumplimiento de la decisión; y (iv) la fecha y el lugar del pronunciamiento de la sentencia.<sup>209</sup> Se trata de elementos imperativos, que si no son cumplidos llevan a la nulidad de la decisión arbitral.

En lo que se refiere a la necesidad de fundamentación de sentencia, queda consignar que reina en Brasil el principio de la motivación, consagrado por el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal.<sup>210</sup> No obstante, todavía mucho se discute sobre la posibilidad de homologación de sentencias extranjeras no motivadas. Por ahora, la cuestión sigue sin definición por los tribunales brasileños, y la doctrina se divide en una vertiente a favor de la homologación, y en otra contraria, que diverge especialmente en cuanto a si es o no, la referida materia, de orden público.<sup>211</sup>

Además, dice el artículo 27 de la Ley de Arbitraje que la sentencia deberá decidir sobre la responsabilidad de las partes acerca de costos y gastos del arbitraje, así como sobre los gastos derivados de la mala fe, en su caso, respecto a las disposiciones del convenio de arbitraje, si existen. Nótese que el árbitro no está sujeto a las normas del que pierde, siendo posible distribuir los costos a su libre criterio, en obediencia a los términos del convenio de arbitraje. Igualmente, a falta de parámetros en la Ley de Arbitraje en cuanto a la fijación de honorarios para la mala fe, se

<sup>209</sup> Según dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje.

<sup>210</sup> «IX. todos los juzgamientos de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, siendo que puede la ley limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a éstos, en los casos en que la preservación del derecho a la intimidad del interesado en cuestión, no perjudique el interés público a la información».

<sup>211</sup> A la corriente contraria de la homologación parece filiarse FERREIRA LEMES, Selma F. Véase: «Se va confirmando la convicción de que el problema surge, antes de todo, en el plano de los principios fundamentales, de orden político. [...] En ese contexto, la idea de seguridad aparece como inspiración básica y fin principal del deber de enunciar, públicamente, las razones justificativas de la decisión tomada». FERREIRA LEMES, Selma M. «Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem». *Op. cit.*, p. 101.

entiende que el árbitro debe aplicar los criterios previstos en el Código de Procedimiento Civil.<sup>212</sup>

La sentencia arbitral encierra el procedimiento —y, por consiguiente, la jurisdicción arbitral— produciendo entre las partes y sus sucesores los mismos efectos de la sentencia dada por el Poder Judicial. Constituye, por lo tanto, si es condenatoria, título ejecutivo judicial.<sup>213</sup> Emitida la sentencia, exige el artículo 29 de la Ley de Arbitraje que el árbitro (o árbitros) envíe(n) copia de la decisión a las partes, por vía postal o por otro medio, mediante comprobación del recibimiento, o la entregue directamente a las partes por medio de recibo.<sup>214</sup>

En el Derecho brasileño, la sentencia arbitral no comporta recurso de ninguna especie. En efecto, el doble grado de jurisdicción o doble instancia, aunque canon del proceso estatal, es principio completamente extraño al arbitraje una vez que cabe contra el laudo arbitral —llamado en Brasil «embargos arbitrales»— en el plazo de cinco días contados a partir de la notificación o desde que sea consciente de la decisión, proponiéndose: (i) corregir errores materiales; o (ii) la elucidación de decisión en relación a eventuales oscuridades, dudas, contradicciones u

<sup>212</sup> En el mismo sentido, PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. «Aspectos Processuais da Nova Lei de Arbitragem». En *Arbitragem: Lei brasileira e praxe Internacional* (coordinador Paulo Borba Casella). São Paulo: LTr, 1999, pp. 148-149.

<sup>213</sup> En los términos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, sobre el cual comenta RENNÓ LIMA, L.R.: «Aquí, una vez más, demostró el legislador su interés en dar al procedimiento arbitral brasileño medios para que se vuelva efectivamente utilizado en la práctica». RENNÓ LIMA, L.R. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>214</sup> «En este paso, es importante que los árbitros fijen mediante comprobante de las partes que evidencie no sólo la entrega de la decisión, sino también el conocimiento de su contenido. Por eso que, en caso de que los árbitros encontraren dificultades de obtener la recepción de los destinatarios, para comprobar el recibimiento de esa copia será más seguro si se entrega en el Registro de Títulos y Documentos. Si el texto de esta decisión contiene alguna materia considerada confidencial, entonces la comunicación registral deberá limitarse a convocar a la parte interesada para recibir directamente del árbitro la copia aludida». AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Arbitragem*, v. 753. RT, 1998, p. 21.

omisiones. En los términos de la Ley, la decisión sobre la referida medida deberá ser emitida en el plazo máximo de diez días.<sup>215</sup>

La principal cuestión que se tiene en lo tocante a los embargos arbitrales, es si tal medida podría ser dotada de efectos infringentes, llevando a la modificación de la parte dispositiva de la sentencia. A despecho de ser cuestión todavía bastante controvertida, muchos juristas —siguiendo el ejemplo de C.A. Carmona—, se han manifestado sobre la aludida posibilidad, principalmente en casos de pronunciamiento sobre materias omitidas.<sup>216</sup>

Terminada la jurisdicción arbitral con el pronunciamiento de la sentencia final y eventual decisión en sede de embargos arbitrales, cabe a la parte vencida cumplir lo juzgado, excepto si la sentencia es pasible de acción de nulidad, en vista de las hipótesis previstas en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, sobre lo que se discurrirá más adelante. En caso de no ser cumplida espontáneamente, la sentencia arbitral podrá ser ejecutada por la parte ganadora ante el Poder Judicial, en observancia al procedimiento previsto en los artículos 475-I a 475-R del Código de Procedimiento Civil (denominado «cumplimiento de sentencia»).

En lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sentencias arbitrales domésticas, hay que resaltar que las conclusiones obtenidas por la investigación jurisprudencial efectuada por el CBAr en sociedad con la FGV, en el sentido de que: (i) en la mayoría de las decisiones acerca

---

<sup>215</sup> Conforme dispone el artículo 30 de la Ley de Arbitraje.

<sup>216</sup> Para quien, «Conocidos los “embargos” puede la disposición llevar a la modificación del laudo. [...] El objetivo de los “embargos de declaración” (judiciales o arbitrales, poco importa), aun en caso de omisión, sigue siendo el de completar el juzgamiento, pero, no estando el juzgador limitado, en esta complementación, a los resultados fijados sin la decisión de la cuestión omitida. Tal cuestión, es fácil de percibir, puede hacer la diferencia, de modo que, si hubiese sido analizada —como debería— a tiempo y hora, el juzgamiento habría sido diferente». CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. *Op. cit.*, pp. 388-389.

de demandas de ejecución de sentencias arbitrales, la Ley de Arbitraje fue aplicada técnicamente; y (ii) el pequeño número de decisiones que envuelven el tema de ejecución y cumplimiento de sentencias arbitrales han sido, en su gran mayoría, cumplidas espontáneamente por las partes, factor que permite clasificar el arbitraje como un medio eficaz de solución de conflictos en Brasil.<sup>217</sup>

### *3.3.5. Medidas judiciales*

La jurisdicción del árbitro sólo tiene inicio después de la debida constitución del tribunal arbitral y es limitada al pronunciamiento acerca del mérito de la materia alcanzada por la cláusula compromisoria, no abarcando, por lo tanto, poderes coercitivos.<sup>218</sup> De esas dos premisas relativas a la jurisdicción arbitral discurre la necesidad de acudir al Poder Judicial, a fin de: (i) evitarse el perecimiento de un derecho, cuando todavía no se tiene un tribunal arbitral constituido; o (ii) garantizarse la efectividad de una decisión emitida en sede arbitral.

En el primer caso, la tutela de urgencia es concedida por el Poder Judicial y, posteriormente, reformada o confirmada por el tribunal arbitral constituido, órgano realmente dotado de jurisdicción para apreciarla.<sup>219</sup> Ya en relación con el segundo caso, más allá de la ejecución de la sentencia arbitral ante el Poder Judicial *supra* abordada, vale citar, a título ilustrativo: (i) la hipótesis de ejecución, en el transcurso del procedimiento arbitral, de anticipaciones de tutela eventualmente con-

---

<sup>217</sup> Disponible en el sitio web del CBAr, [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br).

<sup>218</sup> Por eso dispone el artículo 22, cuarto párrafo de la Ley de Arbitraje que «[...] habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán solicitarlas al órgano del Poder Judicial que sería, originariamente, competente para juzgar la causa».

<sup>219</sup> Eso porque, según esclarece Carlos Alberto Carmona enfáticamente, «Apenas el árbitro está autorizado a proferir la decisión final, ¡le toca también a él —y apenas a él— decidir si anticipará o no algún, algunos o todos los efectos que su decisión irá producir!». CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96. Op. cit.*, p. 330.

cedidas por el tribunal arbitral; y (ii) la situación, también en medio al procedimiento arbitral, en que un testigo se recusa a deponer, hipótesis sobre la cual incide el párrafo segundo del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, según el cual «[...] podrá el árbitro o presidente del tribunal arbitral requerir a la autoridad judicial que conduzca el testigo renuente, comprobando la existencia del convenio de arbitraje».

Es importante mencionar, en ese punto, que la investigación empírico-científica realizada por el CBAr en sociedad con la FGV<sup>220</sup> concluyó, en relación a las medidas de urgencia, que: (i) el Poder Judicial brasileño coopera con el instituto de arbitraje, aplicando técnicamente los dispositivos de la Ley en ese tocante; (ii) la vasta mayoría de las decisiones en medidas de urgencia ocurre en la fase prearbitral, siendo la celeridad y el cumplimiento espontáneo las razones posibles apuntadas para tal fenómeno; (iii) todavía se encuentra pendiente una definición de la justicia estatal en lo que concierne la jurisdicción superviniente del árbitro para la apreciación de medidas prearbitrales, aunque haya sido reconocida en algunas decisiones dispersas.

Una de las medidas judiciales más discutidas en el ámbito doctrinario es la prevista en los artículos 6 y 7 de la Ley de Arbitraje, destinada a compelir a la parte resistente a la firma de un compromiso arbitral para someterse al arbitraje pactado de forma incompleta, sin estipulación de la forma de constitución del tribunal arbitral.<sup>221</sup> Mediante tal medida, se busca el pronunciamiento de una sentencia-compromiso, que debe contener los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> Disponible en el sitio web del CBAr, [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br).

<sup>221</sup> Se tiene, por lo tanto, los dos elementos necesarios al interés para obrar del autor en la acción en comento: (i) la recusación de la parte contraria; y (ii) la existencia de la cláusula compromisoria vacía o incompleta.

<sup>222</sup> «Artículo 10.- Constará obligatoriamente en el compromiso arbitral: I. nombre, profesión, estado civil y domicilio de las partes; II. el nombre, profesión y domicilio del árbitro o árbitros, o, en su caso, la identificación de la entidad a la cual las partes delegan la designación de los árbitros; III. la materia que es objeto del arbitraje; y IV. el lugar donde será dictado el laudo arbitral».

Consonante con el artículo 7, la petición inicial de la acción de ejecución específica de la cláusula compromisoria deberá contener el objeto preciso del arbitraje, así como el documento en que ella esté inserto. Siguiendo el rito sumario, el juez deberá designar audiencia, en la cual tentará, previamente, una conciliación. Si no obtiene éxito, tentará conducir las partes a la celebración, de común acuerdo, de compromiso arbitral.

En caso de que las partes no logren un compromiso, el acusado será oído y el juez decidirá, en la propia audiencia o en el plazo de diez días sobre los términos del compromiso arbitral, en formato de sentencia, siendo que puede indicar árbitro único, en caso de que las partes nada tengan dispuesto sobre el número de árbitros. Todavía, en los términos del párrafo quinto del artículo 7, «La ausencia del autor, sin justo motivo, en la audiencia designada para labrar el compromiso arbitral, importará en la extinción del proceso sin juzgamiento de mérito», mientras que, «No compareciendo el acusado, cabrá al juez, después de oído al autor, estatuir respecto del contenido del compromiso arbitral, nombrando árbitro único» (párrafo sexto).

Cabe resaltar que la misma medida judicial ahora referida es también admisible en la hipótesis de omisión de cláusula compromisoria, en cuanto a la forma de sustitución del árbitro imposibilitado para el ejercicio de la función (sea por fallecimiento, renuncia o recusación), desde que está igualmente ausente en la cláusula compromisoria la referencia a una institución arbitral para la solución de la cuestión.<sup>223</sup> Además, podrá la medida en comento ser utilizada en caso de imposibilidad de acuerdo, entre coárbitros, en relación con el nombramiento de un tercer árbitro para componer un panel arbitral.

---

<sup>223</sup> En ese sentido, reza el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley de Arbitraje que «No habiéndose dispuesto nada en el convenio arbitral o no llegando las partes a un acuerdo sobre el nombramiento del árbitro sustituto, procederá la parte interesada en la forma prevista en el artículo 7 de esta Ley, salvo que las partes hayan declarado expresamente en el convenio arbitral que no aceptan un sustituto».

En ese contexto, el grupo de investigación formado por el CBAr y la FGV, analizando las decisiones existentes en la justicia brasileña sobre la materia, aunque todavía escasas, constató una creciente maduración del Poder Judicial en lo relativo a la acción del artículo 7 de la Ley, especialmente relacionado a cuestiones de naturaleza procesal. Se concluyó, por lo tanto, que la acción del artículo 7 posee una jurisprudencia en formación, cada vez más direccionada a conferir máxima eficacia a la cláusula compromisoria.<sup>224</sup>

Otra medida judicial referida en la Ley de Arbitraje es la prevista en el artículo 25, según el cual «Sobreviniendo en el transcurso del arbitraje controversia acerca de derecho indisponibles y verificándose que de su existencia, o no, dependerá el juzgamiento, el árbitro o tribunal arbitral someterá las partes a la autoridad competente del Poder Judicial, suspendiendo el procedimiento arbitral». La hipótesis trata de una cuestión prejudicial, cuya solución es posterior y unida a la sentencia de apelación al proceso, llevará el normal seguimiento del arbitraje.

Además, hay que resaltar la posibilidad de ingreso en juicio con acción anulatoria de sentencia arbitral. Como es visto, consonante con el artículo 31 de la Ley de Arbitraje, la sentencia arbitral consiste en título ejecutivo judicial, apenas pasible de anulación en hipótesis limitadísimas, listadas en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje,<sup>225</sup> que inspiradas en la Ley Modelo Uncitral se sitúan «[...] en el plano de las cuestiones

---

<sup>224</sup> Investigación disponible en el sitio web del CBAr, [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br).

<sup>225</sup> «Artículo 32.- Es nulo el laudo arbitral si: I. el compromiso es nulo; II. emanó de quien no puede ser árbitro; III. no contiene los requisitos del artículo 26 de la presente Ley; IV. se ha pronunciado fuera de los límites del convenio arbitral; V. no decidió toda la controversia sometida a arbitraje; VI. se ha comprobado que fue pronunciada con prevaricación, extorsión o corrupción; VII. fue pronunciada fuera de plazo dispuesto en el artículo 12, inciso III de esta Ley; y VIII. no se han respetado los principios de que trata el artículo 21, § 2 de la presente Ley».

relativas a la inobservancia de principios generales, cuestiones de orden público, y que no llevan a la revisión de mérito de la controversia».<sup>226</sup>

Aunque la ley utilice la palabra «nulidad», resáltese que los casos listados en los incisos (iii), (iv) y (v) del artículo 32 son de anulabilidad, lo que significa que el vicio generado no es absoluto, pero puede dar lugar a una nueva decisión por el tribunal arbitral.<sup>227</sup>

Es de notarse que todavía la violación al orden público o a la ley imperativa no configuran hipótesis abarcadas por la Ley, que prevé circunstancias restrictas de anulación, justamente en razón de la opción legislativa con la finalidad de mitigar las posibilidades de intervención judicial. El tema, con todo, es polémico y ocasiona el surgimiento de vertientes diversas, algunas de ellas sustentando la posibilidad de control judicial de la sentencia arbitral bajo la óptica del orden público nacional.

El plazo para enjuiciar la acción anulatoria es de noventa días (según el artículo 33)<sup>228</sup> y luego caduca. Si la decisión contuviese efectos condenatorios, la excepción de nulidad podrá ser realizada en sede de

<sup>226</sup> PINTO, José Emílio Nunes. «Anulação de Sentença Arbitral “*Infra Petita*”, “*Extra Petita*” ou “*Ultra Petita*”». En *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 250. Más aún, conforme resalta el eminent jurista, las circunstancias previstas en el artículo 32 de la Ley son *númerus clausus*.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 259.

<sup>228</sup> «Artículo 33.- El interesado podrá solicitar al órgano competente del Poder Judicial para decretar la nulidad del laudo arbitral, conforme a lo dispuesto en esta Ley. § 1º. La demanda de la anulación del laudo arbitral se tramitará según el procedimiento común previsto en el Código de Procedimiento Civil, y deberá plantearse dentro de los noventa días después del recibo de la notificación del laudo arbitral o su adición. § 2º. La sentencia que estimó la demanda: I. decretará la nulidad del laudo arbitral en los casos del artículo 32, incisos I, II, VI, VII y VIII; II. determinará que el árbitro o el tribunal arbitral dictará nuevo laudo arbitral, en otros casos. § 3 Un decreto de nulidad del laudo arbitral también podrá darse planteando el embargo del deudor, según el artículo 741 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en caso de ejecución judicial».

impugnación al cumplimiento de la sentencia arbitral, desde que está dentro del plazo de caducidad, según sustenta la mayor parte de la doctrina nacional.<sup>229</sup>

Todavía sobre el tema vale mencionar la investigación realizada por el CBAr y la FGV, que concluyó, en suma, que: (i) hay un gran número de arbitrajes que transcurren sin obstáculos, habiendo cumplimiento voluntario de las sentencias arbitrales; (ii) menos del 5% de las decisiones judiciales dadas en acciones anulatorias de sentencias arbitrales llegan a pronunciarse sobre el mérito de controversia; y (iii) la mayoría de las anulaciones han sido realizadas de forma técnica.<sup>230</sup>

Por fin, nótese que la Ley de Arbitraje prevé, en el artículo 34 y siguientes, la medida judicial de homologación de sentencia extranjera, a continuación sucintamente abordada.

#### 4. HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

Como ya se definió anteriormente, la sentencia extranjera es aquélla, en conformidad con la disposición legal prevista en el parágrafo único del artículo 34<sup>231</sup> de la Ley de Arbitraje, dada afuera del territorio brasileño.

<sup>229</sup> Según tal vertiente, se pronuncia Carlos Alberto Carmona: «[...] en los embargos (substituidos actualmente por la impugnación de cumplimiento de sentencia), el deudor podrá argüir las mismas materias que ya relacionó en la demanda anulatoria, haciendo idéntico pleito (anulación de título ejecutivo), siempre manteniéndose la premisa de que la impugnación sea manejada en el plazo de 90 (noventa) días previsto en el § 1º del artículo 33». CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96. Op. cit.*, pp. 428-429).

<sup>230</sup> Investigación disponible en el sitio web del CBAr, [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br).

<sup>231</sup> «Artículo 34.- La sentencia extranjera será reconocida o ejecutada en Brasil según los tratados internacionales con eficacia en el ordenamiento jurídico interno y, en su ausencia, estrictamente de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. Párrafo único. Considérase sentencia arbitral extranjera la que haya sido emitida afuera del territorio nacional».

Dejada atrás tal cuestión conceptual, nos cabe una explicación sobre el histórico de homologación de sentencias arbitrales extranjeras en Brasil. De este modo, hay que concentrarse en los cambios que se han hecho a lo largo del tiempo en la Constitución Federal brasileña de 1988 (CF), en lo referente a homologaciones de sentencias extranjeras.

Fue promulgada en el 2004 la Enmienda n.º 45 a la Constitución Federal de 1988, que generó cambios en el procedimiento de homologación de sentencias extranjeras en el país. Antes del 2004, la homologación de sentencias arbitrales extranjeras era de competencia del STF. Entretanto, mediante la Enmienda Constitucional n.º 45/2004, que agregó el inciso «i»<sup>232</sup> al artículo 105 de la Constitución, la competencia fue transferida al STJ.

De esta forma, pretendiendo el reconocimiento y ejecución de estas sentencias en territorio nacional brasileño, ellas deberán ser revisadas ante el STJ, donde sólo después de ser efectivamente aprobadas, de acuerdo a lo dictado en la Constitución Federal, producirán efectos jurídicos en el ámbito nacional. Los tribunales brasileños ya se han pronunciado, haciendo jurisprudencia<sup>233</sup> con respecto al cambio ocasionado por la referida enmienda. Es el caso de la SEC n.º 5573, procesada antes de la enmienda y propuesta ante el STF, el cual declaró la competencia del STJ para decidir sobre la cuestión.<sup>234</sup>

<sup>232</sup> «Artículo 105.- Compete al Superior Tribunal de Justicia I. procesar y juzgar originariamente, [...] i) la homologación de sentencias extranjeras y la concesión de exequáutur a las cartas rogatorias».

<sup>233</sup> Precedentes: (i) SEC 4.537, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 4 de marzo de 2005; (ii) SEC 8.292, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ 24 de febrero de 2005; (iii) SEC 5.906, rel. Min. Carlos Britto, DJ 1 de marzo de 2005; (iv) SEC 7.351, Rel. Min. Eros Grau, DJ 21 de febrero de 2005; (v) SEC 7.748, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 29 de marzo de 2005; (vi) SEC 7.908, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19 de abril de 2005.

<sup>234</sup> En ese sentido, el Tribunal Superior Federal decidió, en relación a pedidos de homologación de sentencia arbitral extranjera enjuiciados antes de la promulgación de la enmienda, declarando que, «La reforma constitucional en cuestión suprimió del Supremo Tribunal Federal su antigua competencia en tema de concesión de

Como es lógico deducir, el mismo raciocinio y entendimiento es usado cuando se da el enjuiciamiento de homologación de sentencia arbitral extranjera posterior a la vigencia de la EC n.º 45/2004, el cual deberá ser protocolado ante el STJ y no ante el STF.

Además, conforme a lo ya esclarecido, cuando se produce la ratificación de la Convención por el ordenamiento jurídico brasileño (Decreto n.º 4311, del 2002), sus efectos fueron minimizados por su aplicabilidad y su acepción adentro de los tribunales nacionales. Por lo tanto, «Se trata de un *trompe d'oeil*, pues la Convención de Nueva York debe prevalecer sobre la Ley de Arbitraje de 1996, donde ésta tendrá una aplicación subsidiaria»,<sup>235</sup> ya que, «Los tratados, en principio, producen efectos entre las partes contratantes; siendo de cumplimiento obligatorio, desde que hayan entrado en vigor».<sup>236</sup>

Más aún, la Convención de Nueva York, así como la Ley de Arbitraje, alejó el entendimiento anticuado por medio del cual se exigía que la sentencia arbitral fuera homologada en su país de origen, ocurriendo lo que se llama «homologación doble». Este requisito era un absurdo, ya que la sentencia arbitral no sería del interés del Estado donde fue proferida y sí del Estado en donde sería ejecutada.<sup>237</sup>

---

“exequátur” y de homologación de sentencias extranjeras. Tal modificación es revestida de aplicabilidad inmediata, alcanzando, desde luego, todos los pedidos de concesión de “exequátur” de cartas rogatorias y de homologación de sentencias extranjeras, las cuales están en curso ante el Supremo Tribunal Federal, desde de la promulgación de la EC 45/2004». (STF – SEC 5.573, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25 de febrero de 2005).

<sup>235</sup> BOSCO LEE, João. «A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira». *Op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>236</sup> ACCIOLY, Hildebrando; G.E. DO NASCIMENTO E SILVA; Paulo Borba CASELLA. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2009, décimo séptima edición, p. 139.

<sup>237</sup> «Si la sentencia arbitral es un acto privado emitido por personas que no ejercen función pública, ni son autoridades estatales, no habría que hablar de oficializarlo por medio de homologación de donde fue emitido y adonde se pretenda ejecutar, del mismo modo por el cual no se exige esa misma formalidad para los contratos

Antes de la edición de la Ley Arbitral, el STF —tribunal encargado de homologar sentencias extranjeras en la época— no homologaba sentencias arbitrales extranjeras, declarando que su competencia se refería estrictamente a la homologación de sentencias judiciales extranjeras, es decir, aquéllas dadas por jueces adecuadamente investidos de competencia o tribunales judiciales y no por árbitros.<sup>238</sup>

Como se vio, aunque la Constitución Federal silencie respecto a la jerarquía entre tratados internacionales y la legislación nacional, el STF<sup>239</sup> debe interpretar tales conflictos. El entendimiento adoptado es el de que «Las reglas de Derecho Internacional y de Derecho Interno están, en la pirámide de las normas, en el mismo nivel jerárquico; también, en el caso de conflictos entre ellas, la norma posterior deberá ser aplicada en prioridad. Así, si ninguna norma posterior de Derecho Interno deroga un tratado internacional, éste será aplicado sin ninguna restricción».<sup>240</sup>

Aparte del mencionado entendimiento del STF, resáltese que la Ley de Arbitraje, en el ya mencionado artículo 34, determina que se somete, en la ausencia de tratados o acuerdos internacionales eficaces jurídica e internamente, a las normas pertenecientes al ordenamiento doméstico, reconociendo, por lo tanto, la preeminencia de Derecho Internacio-

---

firmados en el exterior. Es esa misma confusión que preside la exigencia de homologación de la sentencia arbitral producida en el exterior, siendo confundida con la sentencia judicial, ésta sí, acto oficial del Estado extranjero que pretende producir eficacia en el país». DE MAGALHÃES, José Carlos. «A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente». En *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2008, n.º 18, p. 31.

<sup>238</sup> RIBEIRO, Rafael Pellegrini. «O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Direito Brasileiro». En *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 421-422.

<sup>239</sup> *Leading case* de este entendimiento: STF - RE 80004-SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. el 1 de junio de 1977.

<sup>240</sup> BOSCO LEE, João. «A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira». *Op. cit.*, pp. 183-184.

nal. Así, las decisiones que homologan y reconocen sentencias arbitrales extranjeras deben tener como fundamento legal reglas internacionales, dado que la propia ley brasileña imprime un carácter de subsidiariedad a las previsiones internas.

Así, no obstante la naturaleza subsidiaria de la legislación nacional, es común que el STJ se base en las disposiciones previstas por la ley interna, distinto de lo que debería hacer desde la ratificación de la Convención de Nueva York.

Luego, es irrefutable la supremacía de las reglas del Derecho Internacional, aunque el STJ use la Ley de Arbitraje todavía por falta de conocimiento y proximidad con tales leyes. Todavía se espera que pronto cambie este contexto y que la Corte Suprema haga cumplir la Convención de Nueva York y no el Derecho Interno, a fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica para todos y también aprovechar la vasta jurisprudencia y doctrina sobre dicha convención.

Una sentencia arbitral extranjera será homologada en el país a partir de que ciertas condiciones hayan sido satisfechas. La doctrina brasileña específica, por ejemplo, la importancia de que la sentencia arbitral extranjera haya sido elaborada con estricta observancia al *due process of law*. Esto porque «El desenvolvimiento del arbitraje en el país presupone que la población tenga confianza en este medio alternativo de solución de controversias, el cual sólo puede ser alcanzado cercando el arbitraje de garantías propias del *due process of law*». <sup>241</sup> Es decir, que tanto los principios del Derecho brasileño, como las garantías aseguradas por la Constitución Federal nacional, hayan sido, aunque indirectamente, respetados por la decisión extranjera.

---

<sup>241</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*, *Op. cit.*, tercera edición, p. 390.

El requerimiento de homologación de laudo arbitral extranjero deberá, en conformidad con el artículo 37<sup>242</sup> de la Ley de Arbitraje y artículo IV de la Convención de Nueva York, estar acompañado con la copia original de la sentencia, objeto del pedido de homologación, así como con la copia original de la convención arbitral y sus debidas traducciones, siendo posible presentar copias autenticadas de ambas. La copia de la convención arbitral es exigida como prueba de existencia del arbitraje y de su validez como institución.

Júntese a esas disposiciones, las previsiones de la Ley de Introducción, más específicamente, su artículo 15,<sup>243</sup> el cual reúne, nuevamente, los requisitos necesarios para la homologación de sentencias arbitrales extranjeras. De esta forma, existen los requisitos previstos en la Ley de Arbitraje adjuntos a los requisitos de la Ley de Introducción, los cuales resguardan la presencia de, por lo menos, lo esencial para la validez de cualquier sentencia en el ordenamiento jurídico brasileño. Además, el artículo 36<sup>244</sup> de la Ley de Arbitraje menciona los artículos 483-484 del CPC, los cuales dictan el procedimiento a ser adoptado para requerir la homologación de sentencias judiciales extranjeras. Así, la Ley Arbitral

---

<sup>242</sup> «Artículo 37.- La homologación de la sentencia arbitral extranjera será requerida por la parte interesada, debiendo la petición inicial contener las indicaciones de la ley procesal, conforme al artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, y ser instruida, necesariamente, con: I. el original de la sentencia arbitral o una copia debidamente certificada, autenticada por el consulado brasileño y acompañada de traducción oficial; II. el original de la convención de arbitraje o copia debidamente certificada, acompañada de traducción oficial».

<sup>243</sup> «Artículo 15.- Será ejecutada en Brasil la sentencia proferida en el extranjero, que reúna los siguientes requisitos: a) haber sido emitida por juez competente; b) haber sido citadas las partes o haber sido verificada legalmente la rebeldía; c) haber alcanzado el estándar de sentencia firme y estar revestida de las formalidades necesarias para la ejecución en el lugar en que fue emitida.; d) estar traducida por intérprete autorizado; e) haber sido homologada por el Supremo Tribunal Federal».

<sup>244</sup> «Artículo 36.- Se aplica a la homologación para el reconocimiento o la ejecución de sentencia arbitral extranjera, en lo que cabe lo dispuesto en los artículos 483 y 484 del Código de Procedimiento Civil».

reitera «la equiparación entre sentencia arbitral y sentencia estatal»,<sup>245</sup> siendo una equivalente a la otra; por lo tanto, «La equiparación entre la sentencia estatal y la sentencia arbitral hace con que la segunda produzca los mismos efectos que la primera».<sup>246</sup>

Entonces, estando presentes las exigencias mínimas de la petición inicial, observado lo dispuesto en el artículo 282<sup>247</sup> del Código Civil, así como los requisitos del artículo 37 de la Ley de Arbitraje, el autor no necesitará de más providencias para ver efectuada la pretendida homologación.

Hay que hacer notar que no cabe al STJ analizar el mérito de la sentencia —si ésta fue o no dada correctamente, de acuerdo a los hechos y derechos de la demanda— para que sea concedida la homologación y el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera. Al tribunal le es atribuido solamente observar los requisitos impuestos por la Convención de Nueva York, la Ley de Arbitraje y el orden público brasileño, alejándose, entonces, cualquier posibilidad de análisis del mérito de la sentencia.

Sin embargo, en caso de que la parte requerida compruebe la presencia de materia que viole las disposiciones de la legislación nacional, sea porque las partes de la convención arbitral son incapaces, sea porque

---

<sup>245</sup> RODRIGUES DO AMARAL, Antonio Carlos. *Direito do Comércio Internacional. Aspectos Fundamentais* (coordinador Antonio Carlos Rodrigues do Amaral). São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 346.

<sup>246</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96. Op. cit.*, tercera edición, p. 393.

<sup>247</sup> «Artículo 282.— La demanda inicial indicará: I. el juez o tribunal, a que es dirigida; II. los nombres, prenombres, estado civil, profesión, domicilio y residencia del autor y del reo; III. el hecho y los fundamentos jurídicos del pedido; IV. el pedido, con sus especificaciones; V. el valor de la causa; VI. las pruebas con que el autor pretende demostrar la verdad de los hechos alegados; VII. el requerimiento para la citación del reo».

ocurrió violación al contradictorio,<sup>248</sup> el autor tendrá la responsabilidad de probar que tales alegaciones no son auténticas. El acusado deberá, cuando presente las disposiciones incluidas en el artículo 38, incisos I-VI de la Ley de Arbitraje o artículo V, ítem 1, incisos «a»-«e» de la Convención de Nueva York, señalar y comprobar la existencia de la incompatibilidad jurídica entre el Derecho presente en la sentencia y los principios y garantías constitucionales, y referentes a materias no constitucionales, pero bases del Derecho nacional.

Asimismo, el referido artículo resguarda la inviolabilidad de la defensa del acusado, así como las disposiciones legales, sean nacionales o no. Esto porque el artículo 38 de la ley y sus incisos determinan las hipótesis en las cuales podrá ser denegada la homologación. De este artículo cabe resaltar la importancia de que la convención de arbitraje sea válida según la ley a la cual las partes sometieron el arbitraje o, en caso de que no haya indicación, en virtud de la ley del país en donde la sentencia fue dada (artículo 38, II de la Ley de Arbitraje). Por lo tanto, si la ley aplicada al arbitraje es la extranjera, la sentencia, además de no poder violar las normas brasileñas, tampoco puede violar las disposiciones de la convención arbitral y de la ley aplicada al procedimiento arbitral.

Por otro lado, conforme lo anteriormente abordado, tratándose de materia que no podría haber sido objeto de arbitraje, según la ley brasileña, o que viole el orden público nacional, la denegación de la homologación podrá ocurrir tanto en decurso de comprobación por parte del reo, o por el propio STJ —quien podrá hacerlo *ex officio*, sin necesidad de requerimiento por el reo—, conforme a los artículos 39

---

<sup>248</sup> Artículo 38 de la Ley de Arbitraje. «Solamente podrá ser negada la homologación para el reconocimiento o ejecución de sentencia arbitral extranjera, cuando el acusado demuestre que: [...] I. las partes en la convención de arbitraje son incapaces [...] III. no fue notificada designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o haya sido violado el principio del contradictorio, violando la defensa».

de la Ley de Arbitraje<sup>249</sup> y V, ítem 2, «a» y «b» de la Convención de Nueva York.

Hay que resaltar que existe inmensa dificultad por parte de la doctrina en conceptuar con precisión lo que es el orden público. Esto porque es demasiado amplio para otorgarle una única definición acerca de lo que pueda englobar, pues aunque parezca simple se refiere a los principios y reglas constitucionales de un Estado, los cuales deben, procurando mantener siempre el orden y la armonía social, inexcusablemente ser considerados los pilares del ordenamiento jurídico de un Estado. Así, «El respeto al orden público es un principio básico de un derecho. Es la protección otorgada a aquellos principios y normas perentorias de un Estado, los cuales no pueden ser relevados por la autonomía».<sup>250</sup>

Podemos tratar de explicar lo que es el orden público por medio de la definición atribuida por De Plácido y Silva, jurista brasileño, quien se refiere al orden público como una «[...] situación y el estado de legalidad normal, en el cual las autoridades ejercen sus atribuciones y los ciudadanos las respetan, acatan, sin constreñimiento o protesta».<sup>251</sup> Por lo tanto, es posible deducir que el orden público esté intrínsecamente relacionado a las normas estatales, las cuales mantienen el orden y el estricto cumplimiento de los derechos de los ciudadanos.

Aunque la doctrina brasileña use, genéricamente, normas o principios como palabras clave para entender o definir el orden público, su violación no sucede con el mero rompimiento de cualquier regla jurídica brasileña. Pues, por orden público se comprende necesaria la observancia de los pilares del ordenamiento jurídico nacional y no de todas

<sup>249</sup> «Artículo 39.- También será denegada la homologación para el reconocimiento o ejecución de sentencia arbitral extranjera, si el Supremo Tribunal Federal constata que: [...] la decisión ofende al orden público».

<sup>250</sup> RIBEIRO, Rafael Pellegrini. *Op. cit.*, p. 430.

<sup>251</sup> En DE PLÁCIDO Y SILVA. *Vocabulário jurídico*. Río de Janeiro: Forense, 2000, décimo séptima edición, p. 577.

las reglas existentes en la legislación brasileña. Por lo tanto, es necesario aplicar la razonabilidad para proceder con el juzgamiento de este tipo de pedido, ya que no hay concepto definido de lo que engloba el orden público y de lo que caracteriza su violación.<sup>252</sup>

El tema de orden público todavía es cuestionado y estudiado en los ordenamientos jurídicos, que «[...] escogen métodos diferentes de reportar al orden público, unos más explícitos, otros menos. Todos, de cualquier forma, tienen la misma preocupación de evitar que entre en circulación cualquier laudo que ofenda los principios importantes para la organización de la vida en sociedad (principios que, es necesario decir, varían en el tiempo y en el espacio, y dependen de tendencias políticas y sociales mutantes y variables, lo que ya muestra la dificultad en definir lo que es, al final, el orden público)».<sup>253</sup>

Otra discusión existente en el ámbito doctrinario es si el orden público referido por el artículo V de la Convención de Nueva York equivaldría al orden público interno o internacional. En ese sentido, compartimos la visión sustentada por Philippe Fouchard, en el sentido de que el orden público a ser observado es el internacional, el cual se presenta mucho más flexible y adaptado a la realidad de los arbitrajes internacionales.<sup>254</sup>

En conjunto, las decisiones que han homologado sentencias arbitrales extranjeras, en su mayoría, se han atenido a las disposiciones técnicas de la Ley de Arbitraje brasileña.<sup>255</sup> De esta forma, han reconocido

<sup>252</sup> RIBEIRO, Rafael Pellegrini. *Op. cit.*, p. 431.

<sup>253</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*, tercera edición, p. 4154.

<sup>254</sup> En FOUCARD, Philippe; Emmanuel GAILLARD; Berthold GOLDMAN. *Tratté de l'arbitrage commercial international*. París: Litec, 1996, p. 1012.

<sup>255</sup> «[...] en lo general, la Ley de Arbitraje viene siendo aplicada de manera técnica en sede de homologación de sentencia arbitral extranjera. El STF y, más recientemente, el STJ tienen examinadas las sentencias a ser homologadas de acuerdo con los requisitos previstos, sobre todo, en los artículos 38 y 39 de la Ley de Arbitraje,

y permitido la ejecución de sentencias, reconociendo la constitucionalidad del uso del arbitraje en Brasil.

## 5. NOTAS FINALES Y ASPECTOS RECENTES

Por medio del presente trabajo se buscó conferir un tratamiento sistemático a los principales aspectos del arbitraje comercial internacional bajo la óptica brasileña, demostrándose su progresiva maduración y desarrollo en los últimos quince años, tanto en el aspecto legislativo, como en los aspectos académico y jurisprudencial.

Primeramente, se verificó que el Derecho brasileño, impulsado por la Ley de Arbitraje —un momento histórico en la evolución del instituto—, adoptó las principales directrices internacionales en lo que se refiere al correcto soporte a arbitrajes comerciales internacionales, previendo, por otro lado, un sistema monista, al tratar de forma igualitaria a los procedimientos nacionales e internacionales.

La conceptuación del arbitraje por la doctrina nacional engloba tanto su carácter consensual como jurisdiccional, convergiendo los juristas brasileños para el entendimiento de que el arbitraje tiene naturaleza de un contrato de investidura, por medio del cual las partes confieren a los árbitros jurisdicción para juzgamiento de la controversia.

El criterio escogido por la legislación interna para la definición de la sentencia extranjera es el territorial, el cual, aunque criticado, ofrece seguridad jurídica y efectividad a la convención de arbitraje, en

---

que están en consonancia con el artículo V de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Además, han ejercido su función en relación al juicio de deliberación, sin adentrar en la fundamentación de sentencia arbitral y sin revisar el mérito, resguardando el reconocimiento y la práctica del arbitraje en Brasil» (conclusión obtenida a partir de una investigación realizada en asociación entre el CBAr y la FGV, disponible en el sitio web del CBAr, [www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br)).

la medida que genera la aplicación de la «Ley de sede» a las cuestiones de apoyo al arbitraje ante el Poder Judicial, así como permite evaluar la necesidad o no de homologación de determinada sentencia arbitral en Brasil.

No obstante, se consignó, en este estudio, que la presencia concomitante de la cláusula de elección de foro y cláusula compromisoria raramente interfiere en la validez y eficacia de ésta, tampoco en la determinación de la nacionalidad de sentencia arbitral. No obstante, nótese que la eventual adhesión de Brasil a la Convención de La Haya sobre Elección de Foro del 2005 podrá conferir mayor seguridad en lo tocante a la elección de foro en contratos internacionales.

Además, se vio que en Brasil, las partes son dotadas de amplia autonomía en la elección de ley material o procedural aplicable a la controversia, que podrá ser, inclusive, extranjera. Tal es la amplitud de la autonomía de las partes, que es permitida hasta la renuncia de éstas al derecho puesto, siendo que pueden los árbitros utilizar el principio de equidad, los principios generales de Derecho, de usos y costumbres y de las reglas internacionales de comercio no internacionalizadas por el Derecho brasileño. Igualmente, se observó que la Ley de Arbitraje brasileña permite a los árbitros desconsiderar las normas conflictuales previstas en la Ley de Introducción, ante la supremacía de la voluntad de las partes.

Los tratados y convenciones, según entendimiento predominante, deben prevalecer sobre la ley interna por consistir en norma específica, revocando, así, la norma general, aunque no haya, en lo general, contradicción entre las normas previstas en un tratado y las previstas en ley interna brasileña en materia de arbitraje. Entre los tratados y convenciones de arbitraje ratificados por Brasil están el Código de Bustamante, la Convención de Ginebra de 1923, la Convención Interamericana de Panamá, la Convención de Montevideo de 1979, el Protocolo de Las Leñas, el Acuerdo de Buenos Aires y la Convención de Nueva York,

siendo la última de extrema importancia para el país, una vez que posibilita la efectiva reciprocidad entre Brasil y los demás Estados signatarios, representando un gran paso para la modernidad en materia de arbitraje internacional.

Pese al hecho de que el STJ, en lo general, no adopta las fuentes internacionalizadas por el Derecho brasileño, en la homologación de sentencias arbitrales extranjeras tales decisiones tienen, en su mayoría, atendiendo a las disposiciones constantes en la Ley de Arbitraje, que en mucho se asimilan a aquéllas contenidas en la Convención de Nueva York.

En cuanto a la Ley de Arbitraje brasileña, se verificó que es fundada en la autonomía de la voluntad y en la buena fe contractual, abarcando los principios del arbitraje internacionalmente difundidos y estableciendo una serie de recursos con el objetivo de conceder máxima eficacia a la cláusula compromisoria, evitar la interferencia del Poder Judicial, eliminar el doble *exequátur*, entre otras relevantes contribuciones al desarrollo del instituto del arbitraje.

Acompañando el actual desarrollo de la economía brasileña, los últimos años se han consagrado como de notable importancia en la consolidación del arbitraje en el país, revelando un creciente fomento de la actividad académica en el ramo y del número de procedimientos arbitrales en curso, así como una saludable cooperación del Poder Judicial, que demuestra, progresivamente, su respaldo al instituto.

En vista de ese escenario, Brasil ha despertado el interés de renombradas instituciones, cámaras, profesionales y firmas de abogacía internacionales dedicados a la práctica arbitral, así como de empresas extranjeras, que pasan a vislumbrar en el país un campo fértil para el desarrollo del arbitraje, así como un ambiente seguro y confiable para su procesamiento.

Ejemplo reciente del enfoque académico en materia de arbitraje en Brasil es la investigación realizada en cooperación entre el CBAr y la FGV, mencionada durante el presente estudio, que desde el 2007 vienen indagando acerca de la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial, así como de la efectividad y la aplicación de la Ley de Arbitraje.<sup>256</sup> Además de mostrar gran crecimiento en el número de procedimientos arbitrales, año a año la investigación reveló también que la gran mayoría de decisiones arbitrales dadas en materia de arbitraje enfrenta temas relacionados a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral. En el aspecto cualitativo, tales decisiones, actualmente, señalan una perspectiva positiva, manteniendo en vista, principalmente, el posicionamiento del STJ que, frente al convenio válido y su eficacia, determina la extensión de la acción judicial, sin juzgamiento de mérito.

Otra importante conclusión obtenida es la de que la mayor parte de los arbitrajes brasileños han transcurrido sin grandes obstáculos, siendo las sentencias voluntariamente cumplidas por las partes. Del reducido número de sentencias arbitrales que llegan a ser objeto de acciones anuladoras, pocas tienen el mérito apreciado por el Poder Judicial. Aún más raras son las efectivas anulaciones de sentencias arbitrales, que cuando ocurren son realizadas, por lo general, de forma técnica, respetando la competencia de los árbitros para la resolución de la controversia, bien como los límites impuestos por la Ley de Arbitraje y por la cláusula compromisoria.

En lo que se refiere a las ejecuciones de sentencias arbitrales, aunque todavía se observe alguna confusión y desactualización en algunos de los

<sup>256</sup> El trabajo, que contempló un amplio examen de decisiones emitidas por los principales tribunales brasileños entre 1996 y 2008, abordó temas como (i) existencia, validez y eficacia del convenio de arbitraje; (ii) acciones de ejecución específica de cláusula compromisoria; (iii) ejecuciones y cumplimiento de sentencia arbitral; (iv) homologación de sentencias extranjeras; y (v) medidas de urgencia y coercitivas, y fue divulgado en el primer semestre del 2011, presentó resultados satisfactorios, que atestiguan una gran evolución del arbitraje en Brasil desde el año de la promulgación de la ley.

juzgados colacionados, un importante número de tribunales brasileños han reconocido la condición de título ejecutivo judicial de la sentencia arbitral, consonante con el artículo 475-N, IV, del Código de Procedimiento Civil.<sup>257</sup>

Así es que pese a algunas divergencias aún existentes entre los diversos órganos judiciales del país, bien como la predominancia de las decisiones en los tribunales de São Paulo y de Río de Janeiro —lo que denuncia la concentración del empleo del arbitraje en esos Estados—, el trabajo desarrollado en conjunto por el CBAr y la FGV revela claramente el acogimiento de la Ley de Arbitraje por el Poder Judicial brasileño, que, como un todo, viene evolucionando en su interpretación y aplicación y, progresivamente, se va familiarizando con los conceptos inherentes al instituto del arbitraje.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> A su vez, la acción para la ejecución específica del convenio arbitral prevista en el artículo 7 de la Ley de Arbitraje aún no ha sido apreciada en gran escala por nuestros tribunales, aunque ya existían discusiones importantes a ese respecto, especialmente de naturaleza procesal. La tendencia es que el pronunciamiento sobre la materia progrese al paso de la creciente opción por el arbitraje, lo que concederá mayor seguridad jurídica a la aplicación de ese importante mecanismo a disposición de las partes que acordaron someterse al arbitraje.

<sup>258</sup> En ese sentido, algunas decisiones paradigmáticas dadas recientemente merecen resaltarse. Entre ellas, la decisión en apelación emitida por el Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, relativa a la misma operación económica que contenía cláusulas compromisorias conflictivas, indicando dos cámaras arbitrales diversas. Referida decisión reconoció, en carácter inédito, la competencia exclusiva del juicio arbitral para la deliberación acerca de cuál sería la cláusula compromisoria aplicable en el caso en cuestión, lo que revela el respeto al principio de la *competencia-competencia*.

Otra importante decisión que corrobora el respaldo del Poder Judicial al mencionado principio fue dado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, por medio de la cual éste manifestó el entendimiento de que la constitución del tribunal arbitral se realiza cuando se da inicio efectivo al procedimiento arbitral. Tal interpretación es coherente con la Ley de Arbitraje, y con el enfoque internacional referente al tema.

Todavía se destaca una decisión relevante emitida en julio del 2010 por el STJ que, solucionando un antiguo embate e imprimiendo mayor seguridad jurídica,

Aunque todavía existen algunas decisiones temerarias, es cierto que el saldo de la jurisprudencia actual en materia de arbitraje es positivo, además de muy promisor. Eso porque la elección del foro arbitral viene registrando gran crecimiento, lo que se confirma por el aumento sus-

---

reconoció su propia competencia para la apreciación de los conflictos de competencia trabados entre árbitros y jueces. La oportuna decisión se basa en el entendimiento del deber del Poder Judicial de auxiliar a las partes en la solución, bien como en la relación de complementariedad existente entre el Poder Judicial y el juicio arbitral.

No obstante las mencionadas decisiones favorables al desarrollo del arbitraje en el país, también merece atención un incidente reciente, de junio del 2010, consustanciado en decisión judicial que confirmó una medida cautelar presentada por la Compañía Metropolitana de Sao Paulo contra los actos del tribunal arbitral actuante en el caso CCI n.º 15.283/JRF, consistente en la negativa de producción de prueba pericial. La decisión generó gran polémica y fue largamente criticada por la comunidad arbitral nacional, que llamó la atención por la clara violación de la autonomía de las partes en la elección del juicio arbitral, en exclusión del judicial, y por el «efecto negativo de la cláusula compromisoria». En el día 22 de julio de ese año, los efectos de la aludida decisión fueron debidamente suspendidos por el Tribunal de Justicia de Sao Paulo.

Otra decisión de dudosa justicia, del 15 de diciembre del 2010, se refiere al Proceso SEC 826/KR. La decisión en apelación, denegó la homologación de sentencia arbitral extranjera entendiendo que, no obstante la existencia de cláusula compromisoria en el contrato que había dado origen a la decisión a ser homologada, la autora se había declarado en quiebra previamente a la homologación de sentencia, habiendo efectuado el depósito correspondiente al valor del contrato objeto de sentencia arbitral. En el entendimiento del STJ, tal hecho denotaría la sumisión voluntaria de la autora a la competencia de la justicia estatal, imponiéndose, de esa forma, la denegación del pedido de homologación, bajo pena de ofensa a la soberanía nacional. Nótese, además, que la investigación comentada demuestra, en lo que se refiere a las medidas coercitivas —cuyo poder para concesión cabe exclusivamente al juez togado— que la actuación del Poder Judicial se ha dado, primordialmente, antes de la instauración del tribunal arbitral. Los motivos posibles señalados por los investigadores para ese hecho son la celeridad del procedimiento arbitral y el cumplimiento espontáneo de medidas conferidas por los árbitros. De todas formas, tanto en la fase prearbitral, cuanto durante y después del procedimiento, la apreciación de acciones cautelares visando medidas coercitivas, en general, han sido realizadas de forma acertada.

tancial de procedimientos arbitrales en curso ante las principales cámaras brasileñas.

Además de eso, el ambiente legal, doctrinario y jurisprudencial, sumado al excelente escenario económico del país, han sido vistos con buenos ojos por la comunidad arbitral extranjera, atrayendo inversiones en el área, que se delinean tanto en la elección de las ciudades de São Paulo y Río de Janeiro como sedes de procedimientos arbitrales envolviendo partes extranjeras, cuanto en la contratación de profesionales brasileños, como abogados y consultores, por grandes y tradicionales firmas de los Estados Unidos de América y Europa. Dado el suceso del procedimiento arbitral en Brasil se observa, además, un gran número de estudios de abogados brasileños con profesionales dedicados, exclusivamente, a la práctica de arbitraje.

Un reciente momento histórico de creciente importancia de Brasil en el ámbito del arbitraje internacional fue la realización del mayor evento mundial sobre el tema, el Congreso de la *International Council for Commercial Arbitration - ICCA*, realizado en la ciudad de Río de Janeiro, entre los días 24 y 26 de mayo de 2010. El congreso, que nunca antes había tenido como sede Latinoamérica, contó con número récord de inscritos, en su mayoría extranjeros. En esa oportunidad, fueron discutidos los temas más modernos relativos a la práctica internacional del arbitraje, proporcionando intenso intercambio de conocimiento y experiencias en el ramo entre juristas brasileños y extranjeros.

La conferencia fue seguida de una visita de miembros del ICCA y del CBAr al STJ, simbolizando la integración cada vez mayor entre el Poder Judicial y los organismos de arbitraje y mediación internacional, e inaugurado una nueva fase en el fortalecimiento de tales medios de resolución de conflictos en Brasil. Continuando a la iniciativa, se realizó en mayo del 2011 un importante debate que reunió al Poder Judicial y a los principales arbitralistas brasileños, en el seminario Poder Judicial y arbitraje: diálogo necesario, patrocinado en conjunto por el STF y el CBAr.

Véase que los citados eventos contribuyeron para confirmar la posición de destaque de Brasil en Latinoamérica, ya que desde el año 2006 es el líder latino en número de procedimientos arbitrales en curso ante la Cámara de Arbitraje de la Corte Internacional de Comercio de París (CCI).<sup>259</sup>

Para finalizar, hay que mencionar en el escenario internacional la inminente firma por parte de Brasil de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compra y Venta Internacional de Mercancías (CISG), que concede: (i) mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las transacciones en el ámbito del comercio internacional; (ii) universalización de las reglas aplicables a esas transacciones, sin beneficiar a alguna legislación; y (iii) menores costos de transacción, una vez que reduce la necesidad de contratación de especialistas en los países en que se pretenda negociar, comercializar o invertir.

Por todo lo expuesto, se concluye que en quince años de vigencia de la Ley de Arbitraje, Brasil pasó del estatus de poco conocimiento y retroceso en la aplicación del instituto, a una posición de destaque en Latinoamérica, insertándose progresiva y vertiginosamente en el comercio internacional, en transacciones englobadas por las cláusulas de arbitraje. En ese paso, se observa que las empresas brasileñas pasan cada vez más a disponer de recursos para negociar la estipulación de sede de procedimientos arbitrales en Brasil, como la aplicación de la Ley de Arbitraje en contratos celebrados con partes extranjeras.

---

<sup>259</sup> Tener en cuenta, además, las informaciones de la CCI en el sentido de que en el 2009, la ciudad de São Paulo fue la sede escogida por el 18% de todos los procedimientos administrados por la cámara, porcentaje que incluso supera lo alcanzado por ciudades como París, Nueva York y Londres en el mismo año.

## Capítulo 15

### ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL PARAGUAY. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

José Antonio Moreno Rodríguez



# ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL PARAGUAY. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

*José Antonio Moreno Rodríguez\**

Sumario: 1. Marco legal del arbitraje comercial internacional.— 1.1. Convenciones internacionales vigentes sobre arbitraje comercial internacional.— 1.2. Regulación legislativa del arbitraje en el Paraguay.— 1.3. Regulación legislativa del arbitraje en el sector público.— 1.4. El arbitraje comercial internacional: definición y alcance.— 2. El acuerdo arbitral.— 2.1. Clases y requisitos.— 2.2. Arbitrabilidad.— 3. El tribunal arbitral.— 3.1. Número y métodos de nombramiento.— 3.2. Excusación y recusación.— 3.3. Árbitro sustituto.— 3.4. Competencia del tribunal arbitral.— 3.5. Medidas cautelares.— 4. El procedimiento arbitral.— 5. El laudo arbitral.— 5.1. Derecho aplicable.— 5.2. Transacción, suspensión y conclusión de las actuaciones.— 5.3. Impugnación del laudo.— 5.4. Procedimiento del recurso de nulidad.— 5.5. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.— 5.6. Procedimiento para el reconocimiento y ejecución.— 6. Procedimiento arbitral y tribunales nacionales.— 7. Otras variantes de la ley paraguaya.— 7.1. Costas o costos y gastos del arbitraje.— 7.2. Domicilio.— 7.3. Cálculo de plazos.— 8. Información adicional.— 8.1. Principal institución arbitral.— 8.2. Anexo: Ley Nacional de Arbitraje.

## 1. MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Desde hace algunos años se viene revirtiendo, con marchas y contramarchas, la actitud hostil que históricamente se ha tenido en Latinoamérica

---

\* LL.M., Harvard.

hacia el arbitraje. La modernización del marco normativo emprendida por distintos Estados de la región, con beneplácito de la comunidad internacional, no ha estado, empero, exenta de críticas debido a ciertas falencias —a veces mínimas, es cierto, y otras no tanto— harto conocidas por quienes se encuentran embebidos en la problemática arbitral del continente.

Uno de los países que menos embates ha sufrido al respecto ha sido el Paraguay, que cuenta con un marco normativo envidiable para los demás países de la región.

Ello a partir de la propia Constitución Nacional de 1992, actualmente vigente, que contiene en su texto disposiciones de significativa implicancia positiva para el arbitraje y para la admisión del Derecho Transnacional, complementadas por un extenso elenco de acuerdos internacionales y leyes que así lo consolidan, entre ellas, la reciente ley de arbitraje, considerada una de las más modernas del continente, por haberse ceñido en lo sustancial a los dictados de la ley modelo propuesta por Naciones Unidas.

No es de extrañar, pues, la fácil aceptación que ha tenido la incorporación de estos textos normativos en el Paraguay, a diferencia de lo que ha ocurrido —muchas veces— en otros países de la región.

En efecto, como es sabido, la experiencia latinoamericana en los últimos dos siglos ha sido, por lo general, sumamente negativa para el arbitraje internacional, a lo que contribuyó —además de las conocidas falencias de las prematuras codificaciones *iurisinternacional* privatistas de Montevideo (1889 y 1940) y Bustamante (1928)— no sólo la falta de comercio libre en la región, sino una sospecha histórica hacia el colonialismo europeo y norteamericano, que llegó incluso, en algunos casos, hasta intervenciones militares en defensa de sus intereses económicos. Ello dio pie a posturas territoriales como la doctrina Calvo, de fines del

siglo xix, y a una aversión —exagerada, por cierto— en contra del arbitraje privado internacional.

La situación del Paraguay fue bien distinta. El aislamiento del país en gran parte del siglo xix, para garantizar su constantemente amenazada independencia, hizo que la economía no dependiera del comercio internacional y fuera mayormente autosuficiente para el abastecimiento de la población. De modo que no se desarrolló en este lugar el espíritu hostil reinante en otros, que soportaban abusos en el tráfico mercantil con países desarrollados.

Podría decirse, por el contrario, que el Paraguay ha tenido en cuestiones de relevancia, gratas experiencias con el arbitraje, considerando que a éste se debe una importante porción de su territorio, disputado en su momento por Argentina y Bolivia, respectivamente. Un laudo arbitral, del año 1878, fue emitido por el presidente norteamericano Rutherford B. Hayes quien, designado para fallar sobre los derechos de una franja importante de la región del Chaco, lo hizo de manera favorable para el país. Otra decisión arbitral, del año 1969, emitida por el Presidente de la Comisión Mixta Demarcadora de Límites Paraguayo-Boliviana, también adjudicó una fracción del territorio chaqueño al Paraguay. Corona la experiencia positiva del país la suscripción, en el año 2002, del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, que fija a Asunción como sede de la máxima instancia arbitral allí creada, cual es el Tribunal Permanente de Revisión.<sup>1</sup> Se ha dicho —incluso en encuentros oficiales de los altos mandatarios del bloque— que Asunción pasa a ser así la «capital jurídica» o «del arbitraje» del Mercosur.

Obviamente, todo esto no deriva automáticamente en que el arbitraje, y en particular en materia comercial, quede instalado en el país como medio efectivo de resolución de disputas, alternativo al judicial, lo cual de hecho no ha ocurrido, pues su utilización se encuentra toda-

<sup>1</sup> Artículo 38 del referido Protocolo de Olivos.

vía hoy —podría decirse— aún en fase embrionaria. Pero, sí son circunstancias que han contribuido a que las reformas normativas —que resultan presupuesto fundamental para un funcionamiento ulterior adecuado— pudieran hacerse efectivas sin haber generado mayores reticencias.

Se cuenta hoy, pues, con un marco propicio para el desarrollo del arbitraje comercial, no obstante lo cual ha sido aún escasa su utilización en la práctica o, al menos, son todavía contados los casos de los que se tiene noticia hoy, por lo que es muy poco lo que puede citarse como precedentes, salvo en algunos casos atípicos llevados a tribunales, de los que se hace mención más adelante.

### *1.1. Convenciones internacionales vigentes sobre arbitraje comercial internacional*

Ante todo, merecen particular destaque —pues operan como marco— ciertas normas de la Constitución paraguaya, como la del artículo 248, que garantiza el arbitraje, a la vez que el artículo 97, relativo a los convenios colectivos laborales, que reconoce expresamente el arbitraje como método optativo de resolución de conflictos en el ámbito. Por lo demás, la Constitución enfatiza en su propio Preámbulo que el Paraguay se encuentra «integrado a la comunidad internacional», y estipula, más adelante, que acepta el principio de «solidaridad y cooperación internacional», amén de prever, en una norma cargada de significación, que el país «admite un orden jurídico supranacional».<sup>2</sup>

La norma representa un avance de enorme significación contra el encapsulamiento del derecho en «sistemas estatales» propugnado en el siglo XIX. Ello en el entendimiento de que el orden jurídico supranacional o transnacional —además de acuerdos internacionales—, comprende los usos, costumbres y principios de Derecho Internacional, que a su vez fueron reconocidos en numerosos tratados ratificados por el

<sup>2</sup> Artículo 143, numeral 4 y artículo 145 de la Constitución Nacional.

Paraguay y otros instrumentos de origen legislativo, todo lo cual tiene positiva influencia en el desarrollo de los arbitrajes y con relación al derecho aplicable a éstos.

Un importante elenco de tratados y leyes complementan los textos constitucionales, con marcada apertura a favor del arbitraje. Debe tenerse presente que en el Paraguay las disposiciones constitucionales prevalecen sobre cualquiera de inferior rango que pudiera contradecirlas, según el orden de prelación allí establecido. Luego vienen los tratados y demás instrumentos internacionales ratificados por el país, las leyes dictadas por el Congreso y los cuerpos normativos que sean su consecuencia (decretos, resoluciones, ordenanzas, y otros), en ese orden.<sup>3</sup>

En el ámbito convencional, el Paraguay ha ratificado diversos instrumentos que directa o indirectamente avalan al arbitraje como medio de solución de controversias. Particular destaque merece el hecho de la adopción, por Ley n.º 948 de 1996, de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, actualmente vigente en casi 150 Estados parte, instrumento fundamental para el sistema de arbitraje comercial de cualquier país que pretenda insertarse en el concierto de las naciones en este ámbito. En sintonía, soluciones relevantes de este texto han sido incorporadas también a la ley paraguaya de arbitraje, de la que se hace mención más abajo.

El país incorporó, asimismo, diversos instrumentos convencionales, elaborados dentro del ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), a través las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (Cidip) llevadas a cabo, de tanto en tanto desde el año 1975. La tarea codificadora de la OEA ha logrado revertir la tendencia negativa, antes prevaleciente en Latinoamérica, hacia el reconocimiento de la autonomía de la vo-

<sup>3</sup> Artículo 137 de la Constitución Nacional.

luntad para las vinculaciones transfronterizas y de la virtualidad del arbitraje para dicho fin, además, entre otras cosas, de su apertura hacia los usos y principios internacionales, y de la inclusión de fórmulas que buscan soluciones equitativas para los casos en concreto, lo cual resulta altamente deseable en vinculaciones transfronterizas. Han sido prolíficas a este respecto, sobre todo, las Cidip de Panamá, en 1975, y de Montevideo, en 1979.

Pues bien, el Paraguay adoptó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), ratificada según Ley n.º 611 de 1976, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979), incorporada por Ley n.º 889 de 1981, que reconoce la autonomía de la voluntad y la eficacia de laudos arbitrales en el extranjero, en línea con la Convención de Nueva York de 1958, con algunos condimentos que no han estado exentos de críticas ampliamente conocidas, como por ejemplo, debido a la superposición existente —lo que puede dar pie a un «conflicto entre convenciones»— con este último instrumento, mucho más efectivo en atención al número de ratificaciones y menos cuestionable en cuanto a su contenido.

El Paraguay ratificó otros instrumentos de las Cidip que atañen —al menos en parte— al arbitraje, como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 1975), incorporada según Ley n.º 613 de 1976, en tanto que su protocolo adicional fue adoptado por Ley n.º 894 de 1981. La Ley n.º 890 de 1981, por su parte, aprobó la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Montevideo, 1979); la Ley n.º 612 de 1976, ratificó la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975); la Ley n.º 614 de 1976 incorporó la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Panamá, 1975); y por Ley n.º 891 de 1981

se adoptó la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979).

Así también, el país se adscribió, según Ley n.º 892 de 1981, a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979), que contiene disposiciones de tipo general para la aplicación de normas de conflicto, resaltándose la del artículo 9 y su búsqueda de la solución más justa para el caso de que una misma vinculación jurídica esté sometida a la regulación de diferentes derechos, sin que necesariamente deba recurrirse a criterios mecánicos o rígidos. Ello, siguiéndose fórmulas estadounidenses que apuntan a soluciones equitativas, a diferencia del carácter abstracto y automático del sistema clásico imperante en Latinoamérica.<sup>4</sup> Ello, es harto sabido, resulta particularmente deseable en los arbitrajes internacionales.

A nivel regional, se acepta ampliamente que en cuestiones de Derecho Internacional Privado, de todos los sistemas de integración en Latinoamérica, el que más ha avanzado es el Mercado Común del Sur (Mercosur), integrado, como miembros plenos, por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Ello, fundamentalmente, en temas de índole procesal, como jurisdicción internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, extranjería procesal y asistencia.

Pues bien, el Paraguay ratificó diversos instrumentos del bloque alusivos al arbitraje, como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (Decisión Consejo Mercado Común n.º 3/98), según Ley n.º 3303 del 2007; y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República

---

<sup>4</sup> HERBERT, Ronald y Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE. «Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano». En *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben* (coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte). Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 56.

de Chile (Decisión Consejo Mercado Común n.º 4/98), conforme a la Ley n.º 3497 del 2008. Este último no se encuentra vigente por falta de ratificaciones de parte de Bolivia y Chile. Así también, el Paraguay incorporó el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión Consejo Mercado Común n.º 5/92, ratificado por Ley n.º 270 de 1993), que se ocupa del tema arbitral en su capítulo V, artículos 18 al 20 y 24; y el Protocolo de Medidas Cautelares (Decisión Consejo Mercado Común n.º 27/94, adoptado por Ley n.º 619/ 95), que hace extensivos al arbitraje sus artículos 1, 2 y 6.

Por su parte, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del Mercosur (Decisión Consejo Mercado Común n.º 1/94), ratificado en el Paraguay por Ley n.º 597 de 1995, en su artículo 4 permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral. Con anterioridad, debe tenerse presente que Argentina, Paraguay y Uruguay habían suscripto —y les era de aplicación recíproca— el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, con una solución distinta, en tanto que no existía texto convencional al respecto con Brasil.

En materia de arbitraje de inversión, por Ley n.º 944 de 1982 se adscribió al Paraguay al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi, en español, o Icsid, en inglés) creado en Washington en 1965, a cuyo respecto cabe destacar que el país ha tenido una experiencia positiva con relación al único laudo arbitral de Ciadi que le afecta hasta la fecha.<sup>5</sup> Por Ley n.º 124 de 1991, el Paraguay se adhirió al Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl, Corea, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus nor-

<sup>5</sup> *Eudoro A. Olguín vs. República del Paraguay* - Caso n.º ARB/98/5.

mas. Además, el país ratificó veinte convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones.<sup>6</sup>

La normativa de inversión tiene incidencia en la creación de una atmósfera cosmopolita en el país que la adopta, lo cual lleva a que fórmulas abiertas como las de «orden público» —controvertidas, como se verá más adelante, en atención a la redacción de la ley paraguaya de arbitraje— deban interpretarse dentro de dicho espíritu, en consonancia, también con la amplia apertura a este respecto, está visto, de parte de la propia Constitución del país.

De incidencia en la interpretación de los diversos textos convencionales mencionados más arriba, debe tenerse presente que el Paraguay ratificó, por Ley n.º 289 de 1971, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

### *1.2. Regulación legislativa del arbitraje en el Paraguay*

A nivel legislativo, el arbitraje había estado regulado ya en la normativa procesal a partir del siglo XIX. El antiguo Código de Procedimientos Civiles del año 1883 preveía la figura, en tanto que el Código Procesal Civil, sancionado por Ley n.º 1337 de 1988, se ocupaba del arbitraje

---

<sup>6</sup> Francia, Ley n.º 804/80, artículo 12; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ley n.º 92/91, artículo 9; y Ley n.º 798/95, artículo 8; China, Ley n.º 29/92, artículo 6; Estados Unidos de América, Ley n.º 155/93, artículo 5; Corea, Ley n.º 225/93, artículos 12, 13; Países Bajos, Ley n.º 349/94, artículo 9; Hungría, Ley n.º 467/94, artículos 9 y 10; Alemania, Ley n.º 612/95, artículos 10 y 11; Austria, Ley n.º 1180/97, artículos 8, y 9; España, Ley n.º 461/94, artículos 10 y 11; Ecuador, Ley n.º 469/94, artículos 8 y 9; Perú, Ley n.º 468/94, artículos 8 y 9; Rumania, Ley n.º 527/94, artículos 8 y 9; Chile, Ley n.º 897/96, artículos 8 y 9; Venezuela, Ley n.º 1058/97, artículos 9 y 10; El Salvador, Ley n.º 1316/98, artículos 9 y 10; República Checa, Ley n.º 1472/99, artículos 9 y 10; República Portuguesa, Ley n.º 1722/01, artículos 9 y 10; y Cuba, Ley n.º 1900/02, artículos 9 y 10.

en su libro V, hoy derogado. El Código de Organización Judicial,<sup>7</sup> aún vigente, equipara la vía arbitral a la judicial en su artículo 2.

En el año 2002, el país adoptó la Ley n.º 1879 del 2002, que trasegó en gran parte las disposiciones de la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Uncitral). De hecho, varias de sus normas no se reproducen o comentan más abajo, por transcribir exactamente el texto del modelo.

Otras leyes que mencionan expresamente el arbitraje comercial internacional son la Ley n.º 117 de 1991, relativa en general a las inversiones, que reconoce en su artículo 9 a los arbitrajes nacionales e internacionales, desarrollados «de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes» y la Ley n.º 194 de 1993, atinente a los contratos internacionales de agencia, representación y distribución internacional que, para estas vinculaciones, admite el arbitraje en sus artículos 7 y 10.

Una cuestión que ha suscitado controversia en la aplicación de esta Ley n.º 194, es la obligación de someterse a la jurisdicción de los tribunales paraguayos (artículo 10), lo cual ha motivado incluso pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay.

A través del Acuerdo y Sentencia n.º 827 del 12 de noviembre de 2001, la Corte Suprema sostuvo con respecto a dicho artículo 10 que «Constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitaré se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo [...] el Estado al promulgar la ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes».

Esta norma del artículo 10 permite también el arbitraje, y otra discusión se planteó con respecto a si éste puede llevarse a cabo en el

<sup>7</sup> Ley n.º 879 de 1981.

extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya. Por Acuerdo y Sentencia n.º 285 del 25 de mayo del 2006,<sup>8</sup> la Corte Suprema hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad en la que se discutió el alcance del artículo 10. Dicha norma habilita el arbitraje, y el debate se centró, entonces, en si éste puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya.

La Corte no denegó que cuestiones como ésta pudieran ser sometidas a arbitraje, pero se desprende del fallo que, dado el carácter de orden público de la Ley n.º 194, éste debería, en su caso, llevarse adelante con sede en el Paraguay. Ello con el evidente fin de que pudiera existir un escrutinio ulterior de la Corte Suprema local con respecto a la observancia del laudo de la normativa imperativa paraguaya, llegado el caso.

Este asunto Gunder contiene un ingrediente adicional muy importante, cual es el expreso pacto que hicieron las partes de que los eventuales árbitros en Corea deberían, como derecho aplicable, recurrir al sistema jurídico de aquel país. Con ello, quedaba evidente que se estaba intentando evadir fraudulentamente la ley imperativa aplicable. En esta línea, en Europa, un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,<sup>9</sup> impidió que se evadiera fraudulentamente una disposición imperativa recurriendo a otro derecho aplicable. Ello con respecto a la Directiva n.º 86/653/CEE del Consejo, del 18 de diciembre de 1986 (relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros concernientes a los agentes comerciales independientes). Se ha dicho que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la comunidad, no pueda eludir

<sup>8</sup> Dictado en el juicio: «Acción de Inconstitucionalidad», *Gunder ICSA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios*. Expediente año 2004 - n.º 3804.

<sup>9</sup> *Ingmar GB Ltd vs. Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia, asunto C-381/98.

las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En lo que respecta a jurisdicción, y directamente relacionados al arbitraje, existen precedentes en Bélgica en línea con lo sostenido por la Corte Suprema de Paraguay. Como es sabido, dicho país europeo se muestra, por regla, ampliamente liberal a favor del arbitraje. Sin embargo, esta laxitud no rige en los contratos de distribución, porque allí la ley belga de 1961 presume —como lo hace la ley paraguaya arriba referida— una voluntad no libre del distribuidor. Consecuentemente, la interpretación prevaleciente es permitir el arbitraje siempre que los árbitros vayan a aplicar la ley belga. Y así lo entendió la Corte de Casación belga en un importante pronunciamiento del año 2004. La Corte falló que si la cláusula de arbitraje somete este tipo de contiendas a un derecho extranjero, la autoridad judicial belga puede excluir la posibilidad del arbitraje cuando permitirlo sería una violación de su derecho y orden jurídico. Ello fue reafirmado en un fallo del año 2006.<sup>10</sup>

El arbitraje se encuentra también reconocido por disposiciones de otras leyes, como la Ley n.º 779 de 1995 de petróleo y otros hidrocarburos, que lo prevé en su artículo 5. La Ley n.º 921 de 1996 lo consagra en materia fiduciaria.<sup>11</sup> Lo propio hace la Ley n.º 1163 de 1997, en materia de bolsa de productos.<sup>12</sup>

La Ley n.º 1334 de 1998, de protección al consumidor, proscribe las cláusulas en contratos de adhesión que impongan obligatoriamente el arbitraje.<sup>13</sup> No obstante, el Decreto n.º 20572 de 2003 «Por el cual se crea el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor».<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Decisiones n.º JC04AF2 del año 2004 y n.º JC06BG51 de 2006.

<sup>11</sup> Ley n.º 921 de 1996, artículo 44.

<sup>12</sup> Ley n.º 1163 de 1997, artículo 22.

<sup>13</sup> Ley n.º 1334 de 1998, artículo 28, inciso d.

<sup>14</sup> Reglamentado por Resolución n.º 147/03, y el Decreto n.º 21004 de 2003, contienen referencias normativas a medios alternos de solución de controversias como la mediación y el arbitraje, en caso de que el consumidor voluntariamente se someta a ellas.

### *1.3. Regulación legislativa del arbitraje en el sector público*

Anteriormente, la legislación procesal prohibía, bajo pena de nulidad, someter a arbitraje cuestiones referentes al Estado o las municipalidades. Sin embargo, en los últimos años se vino revirtiendo la situación a partir de diversos textos normativos. Ya hacia mediados de los años noventa, la Carta Orgánica del Banco Central<sup>15</sup> autorizó a esta entidad a someterse al «derecho o a tribunales arbitrales extranjeros» para determinados temas.

Pero, no fue sino hasta comienzos de esta década cuando se dictaron tres leyes que contienen autorizaciones expresas para el arbitraje en la contratación pública: la Ley n.º 1618 de 2000, de Concesión de Obras y Servicios Públicos; la Ley n.º 1879 del 2002, de Arbitraje y Mediación; y la Ley n.º 2051 del 2003, de Contrataciones Públicas.

En forma genérica, el artículo 2 de la Ley n.º 1879 autoriza al «[...] Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades» a someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, con la condición de que «surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado». Esto último, en consonancia con el artículo 248 de la Constitución Nacional, ya referido.

A su vez, encontramos que los dos textos que rigen la contratación pública tienen regímenes ligeramente distintos respecto del arbitraje. Y, aunque ambos cuerpos legales tienen objeto distinto en principio, los dos incluyen la contratación de «obras públicas» lo que, llegado el caso, podría originar confusiones para determinar cuál será el régimen aplicable en materia arbitral.

---

<sup>15</sup> Ley n.º 489 de 1995, artículos 2 y 19, inciso X.

Para la Ley n.º 2051, el arbitraje es enteramente facultativo, riéndose en su caso por la Ley n.º 1879.<sup>16</sup> En tanto que la Ley n.º 1618 obliga a las partes a someterse en primer lugar a un procedimiento conciliatorio, y en caso de que éste no conduzca a una solución, a ir a arbitraje. Al efecto, ello debe encontrarse previsto ya en el reglamento de bases y condiciones para la licitación.<sup>17</sup>

La Ley n.º 2051 si bien estatuye un mecanismo más libre, resulta más confuso en cuanto al momento en que el arbitraje debe ser pactado. En efecto, está contemplado allí que de no haberse estipulado en el contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a la otra la redacción de un anexo dentro de los treinta días siguientes a la firma del mismo, momento a partir del cual se tiene veinte días para firmar el acuerdo arbitral.<sup>18</sup>

Por su parte, la Ley n.º 1618 establece la obligación de que ya en el pliego de bases y condiciones del llamado a licitación estén estipuladas las «circunstancias en que procederá» el arbitraje, «las normas de procedimiento», «la individualización de los árbitros» y «el modo de designarlos».<sup>19</sup>

Las entidades que conforman el sector público, según el artículo 1 de la Ley n.º 2051, son los organismos de la Administración Central del Estado, integrada por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y los órganos del Estado de naturaleza análoga. Quedan comprendidos, también, los gobiernos departamentales; las municipalidades; las universidades nacionales; los entes autónomos, autárquicos, de regulación

<sup>16</sup> Ley n.º 2.051, artículo 9.

<sup>17</sup> Ley n.º 2051, artículo 45.

<sup>18</sup> Ley n.º 2051, artículos 88 y 125 del Decreto n.º 5174, que reglamenta al primero.

<sup>19</sup> Ley n.º 1618, artículos 39, 42 y 45.

y de superintendencia; las entidades públicas de seguridad social; las empresas públicas y las empresas mixtas; las sociedades anónimas en las que el Estado sea socio mayoritario; las entidades financieras oficiales; la Banca Central del Estado; y las entidades de la Administración Pública descentralizada.

En cuanto al derecho aplicable, la Ley n.º 2051 hace regir el Derecho paraguayo,<sup>20</sup> disposición no reproducida en la Ley n.º 1618. El Decreto n.º 21909, reglamentario de aquélla, rechaza —en solución cuestionable— que pueda pactarse el arbitraje «de equidad», y somete al procedimiento a seguir el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Paraguay, institución privada a la que se hace alusión más abajo.<sup>21</sup>

Para la concesión de servicios de telecomunicaciones, regidos por la Ley n.º 642 de 1995, se establece en el artículo 123 que en todo asunto judicial en que la Comisión fuese actora o demandada «Serán competentes [...] los tribunales de la Capital, salvo que la Comisión acepte someterse a otras jurisdicciones». En tanto que la Ley n.º 1615 de 2000, que reguló los procesos para la privatización de empresas públicas, en su artículo 34, prohíbe toda prórroga jurisdiccional, y establece como únicos competentes a los tribunales de Asunción.

#### *1.4. El arbitraje comercial internacional: definición y alcance*

La ley paraguaya sigue en su artículo 1 a la Ley Modelo Uncitral. A diferencia de ésta, que sólo se aplica «al arbitraje comercial internacional», la normativa paraguaya se hace extensiva «al arbitraje privado, nacional e internacional». Ésta es una opción que —según la nota explicativa de la ley modelo Uncitral— se deja a los Estados nacionales que quieran aprovechar la oportunidad para modernizar su legislación arbitral in-

<sup>20</sup> Ley n.º 2051, artículo 88, reglamentado por el artículo 125 del Decreto n.º 21909 de 2003, modificado por el Decreto n.º 5174/05.

<sup>21</sup> Decreto n.º 21909, artículo 125.

terna, circunstancia de la que felizmente se ha tomado provecho en el Paraguay.

En su artículo 3, al igual que en su fuente, la ley paraguaya aclara que el arbitraje podrá o no desarrollarse bajo las reglas de una institución arbitral permanente que haya de administrarlo (inciso b), con lo que consagra expresamente la distinción entre arbitraje *ad-hoc* e institucional.

Sigue también a la ley modelo el inciso c) del artículo 3, que otorga gran amplitud de criterios para caracterizar al arbitraje como «internacional».

En tanto que, a diferencia de su fuente, la ley actual no se detiene en perfilar el carácter «comercial» del arbitraje, atendiendo a que el derecho privado paraguayo ha unificado las obligaciones civiles y comerciales a partir de su Código Civil vigente desde el año 1987, en consonancia con el modelo suizo y, sobre todo, italiano, que inspiraron en su momento a los codificadores paraguayos.

## 2. EL ACUERDO ARBITRAL

### 2.1. *Clases y requisitos*

Idénticas redacciones presentan los artículos 3, inciso a) de la ley paraguaya, y 7 (1) de la ley modelo, al definir el acuerdo de arbitraje como aquél que regirá las controversias surgidas o a surgir con respecto a determinada vinculación, contractual o no. La diferencia radica en la ubicación de la definición del acuerdo arbitral: en el primer caso, en la norma destinada a *Definiciones* (artículo 2 de la Ley Modelo) del capítulo I (Disposiciones generales) y, en el segundo caso, en el capítulo II sobre «Acuerdo de arbitraje».

Con respecto a las clases de acuerdo arbitral, la ley paraguaya, al igual que su fuente, admite indistintamente la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato o que ella surja de un acuerdo independiente.<sup>22</sup>

Inexplicablemente, en cuanto a las formas, se registra un retroceso. Tanto en la ley modelo como en la ley autóctona se exige la forma por escrito pero, en el caso de esta última, la definición es más limitada al excluir de manera amplia los medios de comunicación con los que se acredite la existencia del acuerdo. En su lugar, la ley paraguaya se limita a la siguiente redacción: «Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo [...].»<sup>23</sup>

De todos modos, de otros cuerpos legales surge la misma amplitud prevista en la norma excluida de la ley modelo. El Código Civil sienta en su artículo 302 el principio de la libertad de formas, a falta de regla especial. Ello también surge de los artículos 673 y 676, en concordancia con otras normas, como las de los artículos 704 y 705, conforme a los cuales los contratos cuya formalidad estuviera determinada por las leyes, no se juzgarán probados si no la revistieran, salvo imposibilidad de cumplir con ella por circunstancias imprevistas; o que hubiera principio de prueba por escrito de la otra parte o de quien tuviera interés con ella; o que ya hubiese ejecución de prestaciones. A su vez, según el artículo 703, los contratos se probarán de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales, si no tuvieran una forma particularmente prescripta. En tanto que el Código Procesal Civil, por su parte, es de gran amplitud en lo que a medios probatorios se refiere.<sup>24</sup>

En su conjunto, no cabe sino interpretar, pues, que la contratación electrónica —y, particularmente, el acuerdo arbitral arribado por esta vía— tiene amparo en la legislación paraguaya, con lo que la supresión

<sup>22</sup> Artículo 3, inciso a), *in fine*.

<sup>23</sup> Artículo 10 de la ley paraguaya.

<sup>24</sup> Artículos 246 y concordantes.

en esta parte de la ley modelo queda inocua, a pesar de que, debe reconocerse, con ello abre las puertas a eventuales controversias no precisamente saludables para el sistema.

## *2.2. Arbitrabilidad*

El artículo 2, que regula el «objeto del arbitraje», es peculiar a la ley paraguaya. Dispone en la primera parte que podrá serlo «[...] toda cuestión transigible y de contenido patrimonial [...] siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquéllas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público», como, por ejemplo, relativas a menores o a cuestiones de Derecho de Familia.

La norma también alude al arbitraje en cuestiones del Estado y de las entidades estatales en sus vinculaciones regidas por el Derecho privado, excluyéndose, en consecuencia, las que sean propias del Derecho público, en consonancia también con el texto constitucional del artículo 248, ya referido.

En el juicio Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General de la RPCA c/ Grupanor Cercampo S.A. s/ nulidad de cláusula contractual y laudo arbitral, el Estado planteó una acción ordinaria en la que solicitó la declaración de nulidad de lo resuelto por un tribunal arbitral, con sede en París, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

Se trataba de un contrato de suministro de maquinarias y servicios para la implementación de un programa de desarrollo del sector lácteo y agropecuario del Paraguay, conforme al proyecto de cooperación con España, aprobado por Ley n.º 1520 de 1999.

La empresa privada planteó una excepción de incompetencia, argumentando que cualquier recurso debió haberse interpuesto en su momento en la sede del arbitraje, cosa que no se hizo. Debe considerarse que el

Paraguay se había sometido voluntariamente a ese arbitraje, lo que fue confirmado incluso por una ley. Por lo demás, el procurador participó del proceso arbitral en París y allí no se planteó recurso alguno contra el laudo.

El juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 8.º Turno,<sup>25</sup> resolvió desestimar la excepción de incompetencia. Ello fue revocado en segunda instancia,<sup>26</sup> en decisión que deja incólume el laudo arbitral.

En este fallo de alzada se advirtió que, por un lado, es cierto que el acuerdo de suministro en cuestión posee notas características del contrato administrativo. Una de las partes es el Estado, su objeto está referido a un servicio público, tiene por fin satisfacer necesidades públicas y el procedimiento de contratación fue el de licitación pública. Por otro lado, sin embargo, en lo referente a interpretación y ejecución de dicho contrato de suministro, que en definitiva no es más que una compra-venta, rige el Derecho privado, por ser materia propia de dicho ordenamiento. Y esto es así —según el Tribunal de Apelaciones— porque los medios jurídicos del Derecho común son los más idóneos para el cumplimiento de los fines de la administración. Prueba de ello es que la acción fue interpuesta ante un juzgado en lo civil y comercial y no ante lo contencioso-administrativo. El tribunal hizo expresa alusión a que el artículo 248 de la Constitución faculta a someter arbitrajes del Estado que entran dentro del ámbito del Derecho privado.

### 3. EL TRIBUNAL ARBITRAL

#### *3.1. Número y métodos de nombramiento*

Ello queda a libre determinación de las partes, en tanto el número sea impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres (artículo 12).

---

<sup>25</sup> Por A.I. n.º 1816 de 2007.

<sup>26</sup> A.I. n.º 6, del 4 de febrero de 2009, Segunda Sala.

El artículo 13 de la ley paraguaya mantiene la misma redacción que el artículo 11 de la ley modelo en cuanto al nombramiento de árbitros. La variante, en la primera parte de la ley paraguaya, se presenta en que, amén de mencionar —como la ley modelo— la nacionalidad de la persona como un elemento que no podrá ser obstáculo para ser árbitro, agrega el domicilio.

Además, a efectos de la legislación migratoria, la misma norma agrega, en el inciso a) «Para el ejercicio de su función los árbitros extranjeros serán admitidos al país como extranjeros no residentes, por el plazo de seis meses, pudiendo éste ser prorrogado por períodos similares y percibirán remuneración por las tareas desempeñadas».

Por último, se agrega que «[...] el tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral». <sup>27</sup>

### *3.2. Excusación y recusación*

El procedimiento de recusación se encuentra previsto en el artículo 15 de la ley paraguaya, que se basa en el artículo 13 de la ley modelo, pero se abrevia el plazo de 30 a 15 días para que se formule la petición al juez, y se omite la frase según la cual, a pesar de ello se «podrá continuar el proceso iniciado e, inclusive, dictar un laudo».

Ello ha generado críticas —por ejemplo— de consultores extranjeros que han evaluado la legislación local, puesto que así una recusación puede interferir gravemente con el arbitraje (informe de los consultores Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor, en el marco de la Consultoría Aladi-Cedep, a cuyo extracto se puede acceder a través del sitio [www.cedep.org.py/informeALADI](http://www.cedep.org.py/informeALADI)).

---

<sup>27</sup> Ello, en el inciso c), numeral 1) del artículo 13 de la ley paraguaya, correspondiente al inciso 3) a) del artículo 11 de su fuente.

En el artículo 16 de la ley paraguaya, se omite el párrafo 2) de la ley modelo, que dice en su artículo 14, inciso 2), con respecto a la «falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones», que la renuncia al cargo o la aceptación de la terminación del mandato del árbitro no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados como causales de recusación.

### *3.3. Árbitro sustituto*

Hay una pequeña diferencia entre la ley paraguaya y su modelo. El artículo 17 de la ley autóctona prevé el nombramiento de «suplentes de árbitros», y estatuye: «Por el mismo procedimiento y en la misma oportunidad que se designen los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, las partes podrán designar igual número de suplentes de árbitros, quienes sustituirán a aquéllos cuando por cualquier motivo dejen de ejercer sus funciones. Los requisitos para ser suplente de árbitro serán los mismos que para ser designado árbitro. Los suplentes de árbitros no percibirán remuneración alguna mientras no substituyan al titular».

En caso de que no se hubiera hecho el nombramiento de árbitros suplentes, el artículo 18 sigue al artículo 15 de la ley modelo, al señalar que «Cuando por cualquier motivo deje de ejercer sus funciones un árbitro, procederán a designar un árbitro sustituto, conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de reemplazar».

### *3.4. Competencia del tribunal arbitral*

El artículo 19, si bien se ciñe al artículo 16 de la ley modelo en el sentido de que el tribunal arbitral tendrá la potestad antedicha, se aparta de ella al disponer que proseguirán las actuaciones, pero no se podrá dictar el laudo en tanto exista un pronunciamiento judicial favorable en este sentido.

El agregado paraguayo es indeseable, pues podría llevar a dilaciones contraproducentes en el proceso.

Se ha abogado por el constreñimiento al máximo de parte de los jueces en el juzgamiento de estas cuestiones, para así favorecer al arbitraje.<sup>28</sup>

Cabe resaltar que la solución de la actual ley de arbitraje subsana una falencia normativa con relación al principio de la *Kompetenz-Kompetenz*, a cuyo respecto con la anterior legislación había sido sentado un precedente negativo, ello en el caso Indumar S.A. c/ Compañía Cervecera Brahma del Paraguay s/ indemnización de daños y perjuicios.<sup>29</sup> Una solución contraria podía haber sido arribada en dicho caso, con base en la sólida doctrina comparada existente, cosa que lamentablemente no ocurrió. Ahora, sin embargo, la cuestión debería ser tajante en sentido inverso, atendiendo a la reforma normativa producida en el país.

### 3.5. *Medidas cautelares*

Si bien las medidas cautelares se encuentran reguladas en el capítulo IV de la ley paraguaya, que no reproduce el artículo 9 de su modelo, en el sentido de que «No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas».

No se otorga facultad a que estas medidas sean otorgadas «de oficio», y no a petición de partes. Se ha dicho que hubiera sido saludable

<sup>28</sup> ZAVALA, Diego. «La autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros». En *Arbitraje y mediación* (coordinador José A. Moreno Rodríguez). Asunción: Intercontinental Editora, 2003, p. 220.

<sup>29</sup> A.I. n.º 253 del 4 de mayo de 2005, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

que la ley paraguaya autorizara a tomar estas medidas en resguardo del resultado exitoso de su laudo.<sup>30</sup>

El artículo 20 de la ley paraguaya sigue, en su primera parte, al artículo 17 de la ley modelo y agrega: «Las medidas cautelares dispuestas por el tribunal arbitral serán efectivizadas por orden judicial adoptada *inaudita parte* dentro de tercero día de solicitado por dicho tribunal. Antes de la constitución del tribunal arbitral las medidas cautelares provisionales serán peticionadas al juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y resueltas por él. Las medidas cautelares provisionales concedidas judicialmente caducarán dentro de los siete días de haberse constituido el tribunal arbitral; pudiendo éste confirmarlas, levantarlas o modificarlas, desde el mismo momento de su constitución».

#### 4. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Aquí nuevamente se reproduce en la ley paraguaya gran parte de las disposiciones contenidas en la ley modelo. El artículo 22 de la ley autóctona sólo hace un pequeño agregado al segundo párrafo del artículo 19 de su fuente. Según ésta, a falta de acuerdo, el tribunal podrá dirigir el arbitraje del modo que lo considere apropiado «con sujeción a lo dispuesto en la presente ley», a lo que agrega la ley paraguaya, con «noticia a las partes».

Existen otros cambios menores; el artículo 27 omitió algunas líneas del artículo 24 de la ley modelo. Así, en el numeral 1), en cuanto a las «audiencias y actuaciones por escrito», se mantiene que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de docu-

<sup>30</sup> CALLIZO, Federico. «Medidas cautelares en el arbitraje». En *Arbitraje y mediación* (coordinador José A. Moreno Rodríguez). Asunción: Intercontinental Editora, 2003, pp. 313-314.

mentos y demás pruebas. Sin embargo, se suprime el siguiente párrafo del modelo: «No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes».

Con respecto al numeral 3), alusivo a que debe darse traslado a la otra parte de todas las declaraciones, documentos o demás informaciones que una de las partes suministre al tribunal arbitral, la ley paraguaya suprime del modelo cuanto sigue: «Asimismo, deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión».

Por su lado, el artículo 28 sigue al artículo 25 de la ley modelo, con el agregado registrado al inciso c). Prevé la norma que el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga cuando una de las partes no comparezca a una audiencia, o no presente pruebas documentales, a lo que se agrega o «no ofrezca pruebas».

## 5. EL LAUDO ARBITRAL

### *5.1. Derecho aplicable*

Con respecto a esta cuestión, el artículo 32 transcribe exactamente el artículo 28 de su modelo. Queda, pues, dirimida en la instancia arbitral la controversia existente en el Paraguay relativa a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad en materia de derecho aplicable.

El problema (que aún subsiste si una cuestión no es regida por una cláusula arbitral, y va a tribunales) se encuentra en la falta de claridad del Código Civil, que contiene normas de Derecho Internacional Pri-

vado en materia de contratación. Silva Alonso, uno de los miembros de la Comisión de Codificación que trabajó activamente en la elaboración de éste, sostiene que el principio se encuentra admitido, y que ello surge de su artículo 715. Dicha norma —en lo pertinente— dispone que «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma [...].»<sup>31</sup> En líneas parecidas se pronuncia Ruiz Díaz Labrano, quien invoca además la norma del artículo 669 del Código Civil, conforme a la cual los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, en tanto no controvieran disposiciones imperativas.<sup>32</sup>

Desde la otra vereda, se ha sostenido que esta norma del artículo 669, así como la del artículo 715 (de que cuanto se acuerde en los contratos constituye regla para las partes), son disposiciones encaminadas a regular contratos puramente internos, y no se extienden a la contratación internacional. Se basa esta interpretación en el artículo 17 del Código Civil, inspirado a su vez en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, en que —según se aduce— se habría descartado la autonomía de la voluntad. Entre otras argumentaciones también se invoca la regla del artículo 297 del Código Civil, cuya redacción, confusa, por cierto, llevaría —se dice— a esta conclusión.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Asunción: Intercontinental Editora, 1995, pp. 136-137.

<sup>32</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. «La ley aplicable y jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo». En *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (director Carlos A. Soto), tomo II, pp. 1509 y ss.

<sup>33</sup> Puede verse al respecto, enfatizándose en distintos matices, las contribuciones de DÍAZ DELGADO, Rolando. «El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje». En *Arbitraje y mediación* (coordinador José A. Moreno Rodríguez). Asunción: Intercontinental Editora, 2003, pp. 223 y ss.; y PISANO, Beatriz. «La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado paraguayo». En *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, año 32, n.º 1, febrero 2009, pp. 1 y ss.

Como se verá más adelante, en el fondo, la cuestión gira en torno al orden público y su relación con las normas de conflicto. Las normas imperativas indicadas en el artículo 669 equivalen, al menos en lo que atañe a sus efectos, a las de orden público en la nomenclatura paraguaya. Y el Paraguay ha ratificado diversos instrumentos internacionales que admiten la autonomía de la voluntad.<sup>34</sup> Además, el país ha ratificado la Convención de Montevideo de 1979 sobre «normas generales» de Derecho Internacional Privado, que apunta —está visto— a soluciones no rígidas, sino razonables, flexibles, acordes con los requerimientos de justicia del caso particular. Ante este escenario, no habría violación al orden público, o a norma imperativa alguna, por el mero hecho de que las partes hagan uso de la autonomía de la voluntad para prever una solución distinta a la indicada en las normas de conflicto paraguayas. Salvo que con ello violenten disposiciones que sí sean imperativas, pues ellas deben ser observadas, conforme lo dispone el referido artículo 669.

Como sea, la cuestión debe entenderse superada cuando el asunto se remite a arbitraje, pues aquí regirá la solución trasegada de la ley modelo, favorable a la admisión de la autonomía de la voluntad.

Otra controversia que se subsana, al seguirse el texto de la ley modelo, es la relacionada con los usos y costumbres internacionales, Derecho Transnacional o *lex mercatoria* —términos utilizados aquí de manera indistinta—, hacia cuyo respecto debe considerarse que existe una amplia apertura en el Derecho paraguayo, incluso con prescindencia de la ley de arbitraje que, por lo demás, así lo confirma.

Si bien el Código Civil dispone que el uso, la costumbre o la práctica sólo tendrán virtualidad cuando la ley se refiera a ellos (artículo 7,

---

<sup>34</sup> Así, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 referente a jurisdicción internacional en materia contractual, la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial, la Convención de Nueva York de 1958 relativa a ejecución de laudos arbitrales extranjeros, etcétera.

última parte), la consagración expresa y reiterada del principio de la buena fe da un amplio margen para que aquéllos sean ampliamente reconocidos, aun cuando no exista disposición legal expresa.<sup>35</sup>

Ello ocurrirá tanto por remisión del propio contrato como por considerarse virtualmente comprendidos los usos en el acuerdo, según lo estatuye la parte final del artículo 714 (concordante con el artículo 301). Conforme a esta norma, las convenciones contractuales obligan tanto a lo expresado como «a todas las consecuencias virtualmente comprendidas». Además, el artículo 6 del Código Civil se remite en cuestiones interpretativas dudosas a «disposiciones que regulan casos o materias análogas», que son fuertemente consuetudinarias en el ámbito mercantil.

Pero aún hay otros argumentos. En la contratación internacional, la repetición de usos y prácticas —o como se los llame— resulta frecuentemente observada, de manera espontánea, por las partes en la ejecución de sus convenios, hayan o no hecho referencia explícita a ellos, y de la misma manera las reconocen los juzgadores o árbitros, con lo que pasan a constituir una suerte de Derecho «no legislado», cuya virtualidad no puede desconocerse. En la órbita privada, algunas instituciones de rai-gambre a nivel mundial, como la Cámara de Comercio Internacional, han institucionalizado estos usos en instrumentos normativos que muchas veces son incorporados a los convenios, como ocurre, por ejemplo, con las reglas relativas a los *Incoterms* que, como es sabido, aluden a términos estándares usados en el comercio internacional, como FOB (Franco a Bordo), utilizado en el transporte marítimo en que el vendedor cumple con su obligación de entrega, en una compraventa, una vez que sobrepasa la borda del buque designado por el comprador, en la

---

<sup>35</sup> La buena fe como principio interpretativo surge directamente del artículo 714 del Código Civil, en tanto que lo confirman los artículos 689 y 715, que requieren la buena fe en el desarrollo de las negociaciones, en la formación del contrato y en su cumplimiento.

fecha pactada; o CIF (Costo, Seguro y Flete), en que el vendedor debe contratar el transporte y abonar el seguro correspondiente.

A este respecto, resulta sumamente trascendente la derivación que puede hacerse de una norma del propio Tratado de Asunción, constitutivo del Mercosur, que en su anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza la terminología de FOB y CIF (artículos 1 y 2). No aclara su significado ni alcance, pero evidentemente se refiere a los términos usuales que ha institucionalizado la Cámara de Comercio Internacional. Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no legisladas y admite, además, la autonomía de la voluntad ya que, por ejemplo, al incorporar las partes una cláusula FOB en un contrato, determinan dónde se consideran cumplidas las obligaciones y, por ende, el derecho aplicable. También dentro del Mercosur el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, ratificado por Ley paraguaya n.º 2070 del 2003, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su artículo 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, «[...] a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia».

Los referidos principios se encuentran consagrados como fuente del Derecho Internacional desde hace ya un buen tiempo —como se sabe— en los Estatutos de la Corte Internacional de La Haya (artículo 138) y, además, en otros numerosos instrumentos internacionales, de Derecho privado y público. Está visto también que la propia Constitución paraguaya reconoce en su artículo 143 la sujeción a «principios» de Derecho Internacional que allí se enuncian, como la igualdad entre Estados, la solidaridad y la cooperación internacional, etcétera. Además, el artículo 42 del convenio del Ciadi, ratificado —según se ha mencionado— por el Paraguay, prevé que podrán tener virtualidad «las normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables». Por su parte, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá), también incorporada, se remite en su artículo 3,

a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo artículo 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta «los usos mercantiles aplicables». Ello en tanto que los acuerdos de arbitraje del Mercosur, ratificados por el Paraguay, aluden en su artículo 10 «al Derecho Internacional Privado y sus principios, así como al Derecho del Comercio Internacional». Esta apertura surge también del artículo 25, inciso 3.

De más está decir que la praxis mercantil y bancaria del país acepta ampliamente la utilización de los *Incoterms*, cartas de crédito documentario, garantías a primera demanda y otras, utilizándose como *soft law*, instrumentos internacionales emanados de instituciones privadas, como las Reglas y Usos de la Cámara de Comercio Internacional sobre Créditos Documentarios, las Reglas Uniformes para el Cobro del Papel Comercial, etcétera. Incluso, la propia Ley n.º 861 de 1996, de Bancos, sujeta la emisión y conformación de cartas de crédito a las reglas y usos uniformes que sobre la materia sancione la Cámara de Comercio Internacional (artículo 82), reconociéndoles así virtualidad en un texto legal.

Yendo específicamente a la solución de la ley paraguaya de arbitraje, el artículo 32, siguiendo a su fuente, utiliza la expresión «normas de derecho» en alusión al derecho que podrán adoptar los contratantes. Como reza la nota explicativa de la Uncitral, esta fórmula brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, pudiendo así incorporarse de común acuerdo normas que no integran ningún ordenamiento jurídico nacional, como lo serían, por ejemplo, los Principios Unidroit sobre Derecho Contractual, elaborados por un organismo codificador internacional.

También se reproduce el artículo 28(2) de la ley modelo con su alusión a la aplicabilidad de «La ley que determinen las normas de conflicto», lo que implica, según el comentario oficial de la Uncitral, que

aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a pautas más tradicionales. Es decir, en caso de silencio de las partes, el tribunal arbitral debería determinar, como Derecho aplicable, uno de origen estatal y no normas transnacionales, como las ya referidas del Unidroit, lo cual puede generar no pocos inconvenientes, además de ir a contramano muchas veces con la atmósfera cosmopolita que debe reinar en este tipo de actuaciones.

Varios autores han entendido que puede darse una interpretación extensiva a esta disposición, y la legislación de países como Francia, Italia y Holanda directamente permite a los árbitros aplicar el Derecho Transnacional, aun en ausencia de elección de las partes.

Desde luego que esto debería surgir de una interpretación amplia del artículo 28, inciso 4) de la ley modelo, también reproducido en el artículo 32 de la ley paraguaya, en el sentido de que «[...] en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso». La aplicación de este artículo no depende de la voluntad de las partes y tiene prelación sobre cuanto determinen las reglas de conflicto, en su caso, lo cual da pie a que, como sea, tenga virtualidad el Derecho Transnacional.

De todos modos, hubiera sido ideal que la normativa paraguaya —yendo más allá que su modelo— aclarara expresamente esta cuestión. De allí la recomendación de los consultores internacionales, en el sentido de que «[...] cabría flexibilizar la fórmula actual que hace referencia a la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables (artículo 32), para admitir de una forma clara algo que es una tendencia aceptada (además de muy útil) en el arbitraje comercial internacional de nuestros días, cual es la aplicación de normativa no estatal (transnacional) para resolver el fondo del litigio» (Informe Consultoría Aladi-Cedep, citado).

Por último, el artículo 32 de la ley paraguaya se diferencia del artículo 28 de la ley modelo en que, en lugar de utilizar las expresiones «*ex aequo et bono* o como amigable componedor», dice simplemente «en equidad». Además, la disposición autóctona explica qué es un arbitraje de equidad o de amigable composición, señalando que allí «[...] los árbitros no se encuentran obligados a resolver con base en las normas de derecho, sino que pueden hacerlo «en conciencia» o «según su leal saber y entender».

### *5.2. Transacción, suspensión y conclusión de las actuaciones*

Con respecto a la transacción se registra una ligera variante, entre el artículo 34 de la ley paraguaya y el artículo 30 de su modelo.

A diferencia de su fuente, la ley local habla directamente de que el tribunal dictará un laudo en el que homologará el acuerdo al que, en su caso, se arribe (la ley modelo prevé que el tribunal dará por terminadas las actuaciones «si no se opone»).

Agrega al final el artículo 30 paraguayo que «las transacciones y acuerdos conciliatorios homologados por un tribunal arbitral, tendrán autoridad de cosa juzgada».

El artículo 35 de la ley paraguaya es una innovación, al disponer que «las partes tienen el derecho, en cualquier momento antes de dictarse el laudo, de decidir de común acuerdo suspender por un plazo cierto y determinado las actuaciones arbitrales».

Con respecto a la conclusión de las actuaciones, el artículo 37 de la ley paraguaya agregó a la redacción de su modelo (artículo 32), en caso de desistimiento de la demanda, que «dicha terminación impedirá al demandante reiniciar en el futuro el mismo proceso arbitral» (inciso b, 1).

### *5.3. Impugnación del laudo*

El artículo 40 de la ley paraguaya replica gran parte del texto del artículo 34 de la ley modelo. Los demás párrafos de esta norma se distribuyen entre los artículos 41 y 43 de la primera.

Cabe resaltar el primer párrafo del artículo 40, según el cual el recurso de nulidad sólo podrá interponerse «ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiera dictado el laudo». Queda descartado el recurso de apelación.

Quizás hubiera sido preferible prever que el recurso de nulidad debería interponerse ante la Corte Suprema, para así cerrar las puertas a que el fallo de apelación sea objeto de alguna eventual acción de inconstitucionalidad, que en el Paraguay puede plantearse excepcionalmente ante esta instancia por arbitrariedad de cualquier decisión de otro juzgador que no sea el mismo máximo tribunal.

El artículo 41, por su parte, que habla de un plazo de quince días —contados a partir de la fecha de la notificación del laudo— para una eventual impugnación, ya fue aplicado en tribunales. En el juicio Recurso de Nulidad contra Fallo Arbitral n.º 58181T0029004 JTI Trading S.A. vs. Indumar S.A., se rechazó *in limine* el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral por extemporáneo, invocándose al efecto el referido artículo 41.<sup>36</sup>

Un cambio trascendente con respecto al modelo constituye el del apartado 4, inciso b), del artículo 40, al establecer como causal de nulidad la comprobación de parte del tribunal «[...] que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado

---

<sup>36</sup> A.I. n.º 509 de 2006, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

paraguayo». Esta norma concuerda con la del artículo 46, inciso 5, b), que habla de la impugnación del laudo en estadio de ejecución en algún país distinto al de su dictado.

Las disposiciones antedichas se apartan de su fuente en que ésta sólo hace alusión al «orden público», en tanto que ahora se habla del «orden público internacional o del Estado paraguayo». Queda, pues, por determinar el sentido de las disposiciones autóctonas sobre el punto.

Es sabido que en el Derecho comparado, la problemática del orden público o de lo imperativo, en general, fácilmente se presta a confusión, debido en parte a la disparidad terminológica en la cuestión, en un tema en que se influyen recíprocamente diversas doctrinas anglosajonas y del Derecho Civil Continental europeo, con sus nomenclaturas propias, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes, incluso dentro de los distintos derechos nacionales entre sí.

Suelen atribuirse dos aspectos al orden público en las vinculaciones transfronterizas: uno, negativo, constituye su aplicación como correctivo a normas indirectas o «de conflicto», en caso de que la solución emergente de ellas viole postulados esenciales del foro juzgador. El otro, positivo, está representado por las normas «directas» con que cuenta cada sistema jurídico, que de buenas a primeras no admiten la aplicación de otro derecho que no sea el propio. En este sentido, coincide con la noción de «normas imperativas».

Hay otros términos que se utilizan con respecto a esto último, como el de «leyes de policía». Para los franceses, son las que se aplican directamente, a diferencia del orden público, que constituye una excepción luego de que el mecanismo conflictual determinó aplicable una ley extranjera. Se trata —las leyes de policía— de regulaciones concretas aplicables al caso, y no de principios generales extraídos del sistema, como lo son los del orden público. La noción de las «leyes de aplicación

inmediata» es —para quienes la adoptan— cercana a la de leyes de policía, en el sentido de que se trata de reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal constituye aplicarse directamente a transacciones internacionales. Las diferenciaría que no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a su aplicación directa en casos internacionales.<sup>37</sup>

Un ejemplo de ley de aplicación inmediata —o de policía— a vinculaciones internacionales, es el de la Ley paraguaya n.º 194 de 1993, de agencia, representación y distribución, que en su artículo 9 prevé: «Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley». Sin emplear la terminología antedicha, y utilizando en su lugar la de «orden público», la Corte Suprema de Justicia del Paraguay ha hecho prevalecer esta disposición por sobre el acuerdo de partes en un caso que llegó a dicha instancia de decisión.<sup>38</sup>

A su vez, en el Código Civil encontramos que el artículo 669 utiliza los términos «reglas imperativas», en tanto que el artículo 9 emplea otras expresiones como «orden público» y «buenas costumbres». El artículo 22, además de éstas, refiere también al respeto a las «instituciones políticas» y la «moral». También menciona la moral y las buenas costumbres el artículo 299, relativo a actos jurídicos.

Todos estos términos, de manera indistinta, aluden al interés general que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier estipula-

<sup>37</sup> Ver sobre estas distinciones y otros problemas suscitados con respecto a todo este tema, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en el Mercosur y la Unión Europea* (director Carlos Soto). Lima: 2008; y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. «Orden público y arbitraje». En *Revista Foro de Derecho Mercantil*. Bogotá: 2008, n.º 20.

<sup>38</sup> Acuerdo y Sentencia n.º 827 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, caso Electra Amambay SRL vs. Compañía Antartica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas, 12 de noviembre de 2001.

ción contractual de las partes, lo que requiere de una amplia valoración flexible en cada caso. Tal es el sentido que tiene, pues, la expresión «orden público» en el Derecho paraguayo.

Queda por ver el alcance del «orden público internacional», expresión introducida normativamente al país por la ley de arbitraje. En Derecho Internacional Privado, juristas decimonónicos utilizaron inicialmente la expresión «orden público», hasta que finalmente, hace ya un buen tiempo, se agregó la palabra «internacional».

Esta expresión —orden público internacional— hoy ampliamente utilizada en doctrina y recibida incluso en la legislación de algunos países no la contempla ningún otro texto normativo incorporado por el Paraguay (salvo, está visto, la ley de arbitraje).

La expresión, a secas, de «orden público» la adoptan, además del Código Civil, algunas convenciones ratificadas por el país. Así lo establecen la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (artículo V, 2 b) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo 5.2.b).

Otros instrumentos más recientes, ratificados por el Paraguay, también emplean estos dos términos, pero agregando el calificativo de «manifestamente» (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente —se acepta en el Derecho comparado— acogen la noción de «orden público internacional».<sup>39</sup> Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo (artículo 2.h), la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (artículo 17), el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, al respecto, María Blanca Noodt Taquela, «Arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur», en *Jurisprudencia Argentina*, 1996 (Lexis n.º 0003/001303), después de la nota 20.

en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (artículo 20, inciso f), el Protocolo de Medidas Cautelares (artículo 17) y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (artículo 4).

El arbitraje —está visto— se consolida con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de un orden supranacional o transnacional que le sirve de marco, manifestado no sólo en instrumentos normativos de origen estatal, sino en usos, costumbres y principios, muchas veces institucionalizados por entidades privadas o intergubernamentales. Se ha destacado que ello tiene incluso raigambre constitucional en el Paraguay, desde que la Carta Magna admite un orden jurídico supranacional (artículo 145), del cual derivan, además de acuerdos internacionales, usos, costumbres y principios de Derecho Internacional; así también, la Constitución dispone en su artículo 143 que el Paraguay se ajusta a los «principios» de Derecho Internacional que allí se enuncian, como la igualdad entre Estados, la solidaridad y la cooperación internacional, etcétera.

Pues bien, precisamente de este Derecho supranacional o transnacional y de los principios internacionales derivan nociones como la de orden público internacional, adoptada por la ley paraguaya de arbitraje; o que la contravención al orden público en transacciones transfronterizas debe ser «manifiesta», y así lo establecen incluso —está visto— tratados que fueron objeto de ratificación por Paraguay.

A su vez, se desprende de la noción de orden público internacional —o de que la contravención al orden público debe ser manifiesta— la noción de orden público «procesal» internacional que, por lo tanto, debería ser tenida en cuenta para arbitrajes internacionales en el Paraguay, fundamentalmente en cuestiones que atañen a la marcha del procedimiento. Debe, pues, desecharse cualquier intento de introducir aquí cuestiones de orden público desde la perspectiva estrecha de procesos desarrollados localmente en la órbita judicial.

Otro tema: dentro del marco cosmopolita en que se desarrolla el arbitraje en el Paraguay, queda por ver las derivaciones que —en su caso— se harán con respecto a la norma del artículo 46, inciso 5, b), que habla de la impugnación del laudo en estadio de ejecución en algún país distinto al de su dictado. La disposición copia la de su fuente, la Convención de Nueva York, sin prever la facultad de ejecutar un laudo (como, por ejemplo, sucede en Francia, por haber sido anulado o suspendido en el país de origen), pero al mismo tiempo mantiene el carácter facultativo o discrecional a favor de los jueces paraguayos, al establecer que sólo se «podrá» denegar el reconocimiento o ejecución de los laudos extranjeros. Por lo que el juez, utilizando dicha discreción, puede decidir eventualmente ejecutarlo en situaciones límites.<sup>40</sup> La situación, que ya se ha presentado en otros países, no ha sido aún objeto de decisión judicial en el Paraguay.

#### *5.4. Procedimiento del recurso de nulidad*

Al respecto, la innovación de la ley paraguaya es la norma del artículo 42, que describe el procedimiento de nulidad.

Se prevé allí que el escrito de impugnación debe ir acompañado de la prueba pertinente o de la indicación de dónde se encuentra.

De dicho escrito se correrá traslado por el plazo de cinco días y luego, de resultar necesario, se podrán producir pruebas dentro del plazo de diez días.

En su caso, se limita la prueba pericial a un solo perito, designado por el tribunal, y a un máximo de tres testigos por cada parte.

---

<sup>40</sup> Según lo expresa MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto. «Deslocalización, la *lex loci arbitri* y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación». En *Arbitraje y mediación* (coordinador José A. Moreno Rodríguez). Asunción: Intercontinental Editora, 2003, p. 177.

La resolución que dicte el tribunal no admitirá recurso alguno.

### *5.5. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales*

Con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el artículo 44 es original de la ley paraguaya.

Dispone que los laudos arbitrales serán reconocidos y ejecutados de conformidad con los tratados ratificados por el país. En caso de conflicto entre convenciones, tendrá aplicación el tratado que resulte más favorable al reconocimiento y ejecución, y en defecto de la aplicabilidad de un instrumento convencional, se aplicará la Ley n.º 1879.

El artículo 45 corresponde al artículo 35 de la Ley Modelo, con las siguientes variantes: el primer párrafo permite elegir entre dos jurisdicciones, al disponer que «será competente, a opción de la parte que pide el reconocimiento y ejecución del laudo, el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio de la persona contra quien se intente ejecutar el laudo, o, en su defecto el de la ubicación de los bienes». El segundo párrafo va en línea con la propuesta de la modificación a la ley modelo introducida por la Uncitral en su 39 período de sesiones, celebrado en 2006. Se prevé en la disposición paraguaya que la parte que invoque un laudo o pida su ejecución, deberá presentar el laudo original o copia de éste. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente su traducción a ese idioma.

### *5.6. Procedimiento para el reconocimiento y ejecución*

Para terminar con el capítulo VIII (de reconocimiento y ejecución de los laudos), la ley paraguaya incluye una norma, la del artículo 48, que describe el procedimiento para el efecto (no incluido en la ley modelo),

aclarándose que la resolución final resultante no será objeto de recurso alguno.

## 6. PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y TRIBUNALES NACIONALES

Como regla, se encuentra excluida la actuación judicial cuando se pacta el arbitraje, salvo las excepciones autorizadas en la ley.

El artículo 8 de la ley paraguaya, alusivo a la improcedencia de la intervención del órgano judicial en los asuntos regidos por ella, se aparta sutilmente del artículo 5 de la ley modelo, al sustituir la expresión esta ley por una más genérica como disposición en contrario, incluyendo un rango más amplio de normas.

La autoridad judicial competente para las funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje será el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje (artículo 9). La norma dispone, además, que «cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes».

Con respecto al acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez, el artículo 11 es idéntico al artículo 8 de la ley modelo, en el sentido de que el magistrado remitirá a las partes al arbitraje, salvo que se compruebe su ineficacia o imposibilidad. La diferencia se encuentra al final, cuando dice que se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez, «siempre que las partes antes de dictarse el laudo desistan de la instancia».

Ello deja abiertas las puertas a que pueda bloquearse o dilatarse el arbitraje innecesariamente. Aunque es entendible que esto haya sido hecho para impedir contradicciones entre las decisiones judiciales y arbitrales en el ámbito interno, se trata de un agregado claramente desalentador para el arbitraje, en opinión de los consultores extranjeros Fernández Arroyo y Dreyzin, que han evaluado el contenido de la ley paraguaya.<sup>41</sup> Otra perspectiva es la de Filártiga Lacroix, para quien «[...] los legisladores han optado por privilegiar la salud del sistema jurídico, evitando lo que podría derivarse de una resolución judicial posterior y contraria a lo resuelto en el proceso arbitral».<sup>42</sup>

## 7. OTRAS VARIANTES DE LA LEY PARAGUAYA

### 7.1. *Costas o costos y gastos del arbitraje*

La ley paraguaya hace expresas alusiones a las costas del arbitraje, con lo que va más allá de la ley modelo.

En las «definiciones», el artículo 3 prevé como costas: «[...] los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; costos de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; costos de representación y asistencia legal de la parte vencedora si las partes acordaron el reclamo de dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y retribuciones y gastos de la institución que haya designado a los árbitros».

---

<sup>41</sup> Informe de Consultoría Aladi-Cedep, citado.

<sup>42</sup> FILÁRTIGA LACROIX, Carlos A. «Análisis comparativo de la Ley de Arbitraje y Mediación con respecto a la Ley Modelo». En *Arbitraje y mediación* (coordinador José A. Moreno Rodríguez). Asunción: Intercontinental Editora, 2003, pp. 344-345.

Más adelante, el capítulo IX contiene otros cuatro artículos con relación a las costas.

El artículo 49 alude a la facultad de las partes para optar directamente o, por referencia a un reglamento de arbitraje, para fijar reglas al respecto. A falta de acuerdo regirán las reglas del título XI, referidas en el siguiente párrafo.

Con relación a la cuantía, según el artículo 50, deberá tratarse de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto de la disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes. En cuanto a la oportunidad de fijación, dice el artículo 51 que cuando el tribunal dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, establecerá las costas en el texto de esa orden o laudo. Con respecto al depósito de las costas, prevé el artículo 52 que, una vez constituido, el tribunal arbitral requerirá a cada una de las partes que deposite una suma igual para responder a los honorarios de los integrantes del tribunal arbitral.

## 7.2. *Domicilio*

Sobre el particular, el artículo 5 se diferencia del 3 de la Ley Modelo al sustituir el «domicilio postal» por el «domicilio especial» (inciso a), poniéndose así en sintonía con la terminología empleada por el Código Civil (artículo 62). Se ha dicho que quizás hubiera sido más útil agregar en vez de sustituir la expresión, puesto que no hay motivo para «no aceptar como válida la notificación efectuada a través de la dirección postal o, incluso, electrónica, tan extensamente utilizada hoy globalmente».<sup>43</sup>

Además, se suprimió lo siguiente de la Ley Modelo: «[...] en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable,

---

<sup>43</sup> *Idem*, p. 340.

ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega [...].».

Al respecto, se ha expresado: «Hay que admitir que el texto eliminado, al introducir conceptos vagos y ciertamente imprecisos como «indagación razonable» o «intento de entrega» no parece compatible con nuestros usos legales, aun admitiendo que tales fórmulas son ampliamente utilizadas en la tradición jurídica anglosajona. En efecto, desde la perspectiva de nuestras instituciones: ¿cuál debería ser el alcance de la expresión indagación razonable?; ¿qué órgano determinaría el grado de razonabilidad de la indagación?; o, ¿cuáles deberían ser los requisitos para que un intento de entrega pueda ser considerado jurídicamente válido? Las consideraciones expuestas hubieran justificado impugnaciones al proceso arbitral, pues eventualmente se verían afectadas garantías de orden constitucional como la del debido proceso y la de la defensa en juicio. Ése ha sido el criterio que primó entre los legisladores que finalmente optaron por eliminar el párrafo citado».<sup>44</sup>

Obviamente, los argumentos esgrimidos no se compadecen con lo que está ocurriendo con la praxis internacional y con los instrumentos normativos que la recogen, varios de los cuales han sido ratificados en el Paraguay. El apartamiento al modelo no presenta, pues, justificativos atendibles.

### *7.3. Cómputo de plazos*

El artículo 6 de la ley paraguaya innova también al agregar una norma referida al cómputo de los plazos, que no fue considerado por la Ley Modelo. Prescribe que los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba una notificación, nota, comunica-

<sup>44</sup> *Idem*, pp. 339-340.

ción o propuesta. Si dicho día fuera inhábil en el lugar de residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente. Los demás días inhábiles que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo.

Esta norma se aparta de lo dispuesto en la legislación que rige los procesos civiles y comerciales en el país, para la cual sólo se computan los días hábiles, salvo disposición específica de alguna ley en contrario.

En el ya mencionado juicio Recurso de nulidad contra Fallo Arbitral n.º 58181T0029004 JTI Trading S.A. vs. Indumar S.A., por A.I. n.º 509 de 2006, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, entre otras cosas, se hizo referencia al artículo 6 de la Ley de Arbitraje, según el cual los plazos empezarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba una notificación, estableciéndose expresamente que los feriados oficiales o no laborales que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo. Esto fue determinante para declarar la extemporaneidad de la impugnación judicial.

## 8. INFORMACIÓN ADICIONAL

El Paraguay adoptó una de las leyes de arbitraje más modernas de Latinoamérica, ratificó los principales instrumentos normativos internacionales en la materia y cuenta con un centro de arbitraje anexo a la Cámara de Comercio, con una estructura eficientemente montada conforme a los altos estándares de calidad de la Certificación ISO 9001, merced a un programa apoyado en su momento por el Banco Interamericano de Desarrollo.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Ver datos en [www.camparaguay.com](http://www.camparaguay.com). Lo que sigue se encuentra desarrollado en la ponencia presentada ante el Congreso Brasileño de Arbitraje del 2005, intitulada: «Control de plazos en el procedimiento arbitral», incluida ulteriormente en su libro *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*. Asunción:

El país cuenta con un solo Centro de Arbitraje que ha venido intentando desarrollar la implementación de este medio de resolución de conflictos en el tiempo.

Varias medidas pueden ser adoptadas para el efecto, muchas de ellas sugeridas por árbitros de esta institución.

Una de ellas constituye la modificación del anacrónico reglamento de dicho centro para ceñirlo a la nueva ley y hacerlo acorde también a las modernas tendencias manifestadas en las reformas recientes a reglamentos de las principales instituciones arbitrales del mundo, con miras a ahorrar tiempo y dinero en la tramitación de los arbitrajes y hacerlos más efectivos.

Puede propiciarse, además, un acercamiento a instituciones de raigambre en el mundo y la región, como de hecho existe con la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), que la integra el Centro de Arbitraje paraguayo como capítulo nacional. Debe considerarse que la CIAC cuenta con una alianza con el *International Centre for Dispute Resolution* (de la prestigiosa *American Arbitration Association*) para el desarrollo del arbitraje en el continente americano.

Obviamente, entre las medidas no puede faltar el desarrollo de programas de capacitación de alto impacto, que abarquen a los principales operadores —jueces, árbitros, abogados— como así también una mayor difusión del arbitraje en círculos empresariales y profesionales, a fin de predisponer favorablemente hacia su mayor aceptación y utilización.

---

Catena Editores y Cedep, 2006. Para un panorama general, puede recurrirse también a BREUER, Luis A. «Una breve introducción al arbitraje comercial internacional». En *Arbitraje y mediación* (coordinador José A. Moreno Rodríguez). Asunción: Intercontinental Editora, 2003, pp. 89 y ss.

El desarrollo del arbitraje comercial internacional en un país depende no sólo de que se encaren reformas normativas conforme a estándares mínimos aceptables en el mundo, sino también, fundamentalmente, de una adecuada capacitación de sus principales operadores. Entre éstos deberían encontrarse no sólo abogados y árbitros, sino —quizás más importante aún— magistrados judiciales, que puedan, eventualmente, manejar apropiadamente los distintos instrumentos normativos y nociones como las de orden público internacional y sus derivaciones; y no interferir así indebidamente en arbitrajes o, por temor a ello, ahuyentar a las partes a que se sometan a este medio de resolución de disputas.

Indicaciones claras que den los jueces —habladas a través de sus fallos— de que entienden y respetan los fundamentos y las nociones que rodean a los arbitrajes internacionales harán que el país sea confiable como sede de éstos, y contribuirá a su consolidación.

No menos importante constituye el rol de la élite de expertos en arbitraje, normalmente aglutinados en torno a instituciones arbitrales, como ocurre en el Paraguay con relación al único centro de arbitraje, a cuyo cargo queda el desafío de difundir la figura a potenciales usuarios, dotar a la institución que los une de los reglamentos apropiados y fomentar efectivos programas de capacitación, asegurándose de que formen parte de ellos no sólo abogados y árbitros —a fin de que estén preparados para conducir los procesos de manera efectiva y ágil—, sino jueces, quienes en definitiva tienen la última palabra para hacer confiable la utilización de este medio alterno de resolución de disputas en el país.

### *8.1. Principal institución arbitral*

Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay (CAMP) de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Paraguay (Cncsp).

Tel: (595) 21-493321

E-mail: [info@camparaguay.com](mailto:info@camparaguay.com)

Dirección: Estrella 540 e/ 14 de Mayo y 15 de Agosto - Asunción - Paraguay  
[www.camparaguay.com](http://www.camparaguay.com)

## *8.2. Anexo: Ley Nacional de Arbitraje*

PODER LEGISLATIVO

LEY N.º 1.879

### DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA  
CON FUERZA DE LEY:

#### TÍTULO I DEL ARBITRAJE

#### CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1.- Ámbito de aplicación.** La presente ley se aplicará al arbitraje privado, nacional e internacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados suscritos y ratificados por la República del Paraguay.

Las disposiciones de la presente ley se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional. Lo dispuesto en los artículos 11, 20 y 44 al 48 se aplicará aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional.

**Artículo 2.- Objeto de arbitraje.** Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquéllas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.

El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.

**Artículo 3.- Definiciones.** A los efectos de la presente ley, se entenderá por:

- a) **Acuerdo de arbitraje:** el pacto por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente.
- b) **Arbitraje:** a cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo.
- c) **Arbitraje internacional:** aquél en el cual:
  - 1. las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes; o
  - 2. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.

A los efectos de este artículo:

- i) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento a ser tenido en cuenta será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
- ii) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- d) **Tribunal arbitral:** el integrado por árbitro o árbitros designados por las partes para decidir una controversia.

- e) **Costas:** los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; costos de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; costos de representación y asistencia legal de la parte vencedora si las partes acordaron el reclamo de dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y retribuciones y gastos de la institución que haya designado a los árbitros.

**Artículo 4.- Reglas de interpretación.** Cuando una disposición de la presente ley:

- a) deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión, excepto en los casos previstos por el artículo 32.
- b) se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo remita.
- c) se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvención, y cuando se refiera a la contestación de la demanda, se aplicará asimismo a la contestación de la reconvención, excepto en los casos previstos en el inciso a) del artículo 28 y el inciso b) numeral 1 del artículo 37; sin perjuicio de la decisión de los árbitros sobre su competencia para conocer de la demanda y de la reconvenCIÓN.

**Artículo 5.- Recepción de comunicaciones escritas.** Salvo acuerdo en contrario de las partes:

- a) se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario, o que haya sido entregada en su establecimiento o residencia habitual o en el domicilio especial constituido por las partes.
- b) la comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones efectuadas en un procedimiento ante un tribunal judicial.

**Artículo 6.- Cómputo de plazos.** Para los fines del cómputo de plazos establecidos en la presente ley, dichos plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta.

Si el último día de ese plazo es feriado oficial o no hábil en el lugar de residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, dicho plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

Los demás días feriados oficiales o no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo, se incluirán en el cómputo del plazo.

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

**Artículo 8.- Improcedencia de la intervención del órgano judicial.** Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por la presente ley, no procederá la intervención judicial.

**Artículo 9.- Autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.** Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje.

Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.

## CAPÍTULO II

### ACUERDO DE ARBITRAJE

**Artículo 10.- Forma del acuerdo de arbitraje.** El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos, sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

**Artículo 11.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez.** El juez al cual se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, al presentarse el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Si se ha entablado la acción judicial a que se refiere el párrafo anterior, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez, siempre que las partes antes de dictarse el laudo desistan de la instancia.

## CAPÍTULO III

### COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

**Artículo 12.- Número de árbitros.** Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, el cual deberá ser impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

**Artículo 13.- Nombramiento de los árbitros.** Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

- a) salvo acuerdo en contrario de las partes, ni la nacionalidad ni el domicilio serán obstáculos para el nombramiento de los árbitros. Para el ejercicio de su función los árbitros extranjeros serán admitidos al país como extranjeros

no residentes, por el plazo de seis meses, pudiendo éste ser prorrogado por períodos similares y percibirán remuneración por las tareas desempeñadas.

- b) sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos d) y e) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- c) A falta de tal acuerdo:
  - 1. en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días, contados desde su nombramiento, la designación será hecha por el juez, a petición de cualquiera de las partes, en el plazo de siete días. El tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral.
  - 2. en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.
- d) cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que haga cumplir lo convenido por las partes adoptando las medidas necesarias, en el plazo de siete días, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
- e) toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en los incisos c) o d) del presente artículo será inapelable.
- f) al nombrar un árbitro, el juez tendrá en cuenta las condiciones requeridas estipuladas entre las partes para un árbitro por el acuerdo y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e

imparcial. Cuando se trate de un arbitraje internacional y el árbitro sea único o se trate del tercer árbitro, el juez tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

**Artículo 14.- Motivos de recusación.** La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella o en cuyo nombramiento haya participado, por causas que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

**Artículo 15.- Procedimiento de recusación.** Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo 14 de esta ley, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del presente artículo, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los quince días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, que en el plazo de siete días resuelva sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable.

**Artículo 16.- Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.** Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo de treinta días, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá

solicitar del juez una resolución que declare la cesación en el ejercicio de sus funciones, resolución que será dictada en el plazo de siete días y que será inapelable.

**Artículo 17.- Suplentes de árbitros.** Por el mismo procedimiento y en la misma oportunidad que se designen los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, las partes podrán designar igual número de suplentes de árbitros, quienes sustituirán a aquéllos cuando por cualquier motivo dejen de ejercer sus funciones.

Los requisitos para ser suplente de árbitro serán los mismos que para ser designado árbitro.

Los suplentes de árbitros no percibirán remuneración alguna mientras no substituyan al titular.

**Artículo 18.- Árbitro sustituto.** Si las partes no hubieran procedido de acuerdo con lo que dispone el Artículo 17, cuando por cualquier motivo deje de ejercer sus funciones un árbitro, procederán a designar un árbitro sustituto, conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de reemplazar.

#### CAPÍTULO IV COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

**Artículo 19.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.** El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente excede su man-

dato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar al juez que resuelva la cuestión, el cual deberá hacerlo en el plazo de siete días, siendo la resolución inapelable.

Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones, pero no podrá dictar un laudo.

**Artículo 20.- Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares provisionales.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las medidas cautelares provisionales que estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral exigirá al peticionante una contracautela apropiada con relación a esas medidas.

Las medidas cautelares dispuestas por el tribunal arbitral serán efectivizadas por orden judicial adoptada *inaudita parte* dentro de tercer día de solicitado por dicho tribunal.

Antes de la constitución del tribunal arbitral las medidas cautelares provisionales serán peticionadas al Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y resueltas por él. Las medidas cautelares provisionales concedidas judicialmente caducarán dentro de los siete días de haberse constituido el tribunal arbitral; pudiendo éste confirmarlas, levantarlas o modificarlas, desde el mismo momento de su constitución.

## CAPÍTULO V

### SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

**Artículo 21.- Trato equitativo a las partes.** Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

**Artículo 22.- Determinación del procedimiento.** Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley y noticia a las partes, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

**Artículo 23.- Lugar del arbitraje.** Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

**Artículo 24.- Iniciación de las actuaciones arbitrales.** Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

**Artículo 25.- Idioma.** Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en los mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

**Artículo 26.- Demanda y contestación.** Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá expresar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y las pretensiones de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las

partes deberán presentar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente dicha alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

**Artículo 27.- Audiencias y actuaciones por escrito.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

De todas las declaraciones, documentos probatorios, peritajes o demás informaciones que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

**Artículo 28.- Rebeldía de una de las partes.** Salvo acuerdo en contrario de las partes cuando, sin invocar y acreditar causa suficiente:

- a) el demandante no presente su demanda dentro del plazo señalado en el artículo 26, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.
- b) el demandado no presente su contestación dentro del plazo señalado en el Artículo 26, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c) una de las partes no comparezca a una audiencia, no ofrezca pruebas o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

**Artículo 29.- Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más

peritos para que le informen sobre materias técnicas o científicas determinadas, concretas y solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito o le presente para su inspección o le proporcione acceso a todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes.

**Artículo 30.- Obligación del perito posterior al dictamen.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una de ellas lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

**Artículo 31.- Asistencia del juez para la práctica de pruebas.** El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia del juez competente para la práctica de pruebas, quien deberá resolver tal solicitud en el plazo de siete días. El juez podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

## CAPÍTULO VI

### PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y FINALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES

**Artículo 32.- Normas aplicables al fondo del litigio.** El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indicaran la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

El tribunal arbitral decidirá en equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En el arbitraje de equidad, o de amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a resolver en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo «en conciencia» o «según su leal saber y entender».

En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

**Artículo 33.- Adopción de decisiones cuando haya más de un árbitro.** En las actuaciones arbitrales en las cuales haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

**Artículo 34.- Transacción y acuerdo conciliatorio.** Si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción o a un acuerdo conciliatorio que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará un laudo o sentencia arbitral, en el que los homologará.

El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Las transacciones y acuerdos conciliatorios homologados por un tribunal arbitral, tendrán autoridad de cosa juzgada.

**Artículo 35.- Suspensión de las actuaciones.** Las partes tienen el derecho, en cualquier momento antes de dictarse el laudo, de decidir de común acuerdo suspender por un plazo cierto y determinado las actuaciones arbitrales.

**Artículo 36.- Forma y contenido del laudo o sentencia arbitral.** El laudo o sentencia arbitral se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros.

En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

El laudo del tribunal arbitral deberá ser fundado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 34.

Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el artículo 23. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el presente artículo.

**Artículo 37.- Conclusión de las actuaciones.** Las actuaciones arbitrales terminan:

- a) con el laudo o sentencia arbitral.
- b) por disposición del tribunal arbitral, cuando:
  1. el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio. Dicha terminación impedirá al demandante reiniciar en el futuro el mismo proceso arbitral.
  2. las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
  3. el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 43 de esta ley.

**Artículo 38.- Corrección e interpretación del laudo arbitral y laudo adicional.** Dentro de los quince días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral:

1. Que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. El tribunal arbitral podrá corregir cualquiera de los errores mencionados por su propia iniciativa, dentro de los quince días siguientes a la fecha del laudo.

2. Si así lo acuerdan las partes, dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral lo estima justificado, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

**Artículo 39.- Laudo arbitral adicional.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los quince días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de treinta días.

El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior o en el artículo 38 de la presente ley.

Lo dispuesto en el artículo 36 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

## CAPÍTULO VII

### IMPUGNACIÓN DEL LAUDO O SENTENCIA ARBITRAL

**Artículo 40.- El recurso de nulidad.** Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiera dictado el laudo, mediante el recurso de nulidad, conforme al presente capítulo.

Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados cuando:

- a) la parte que interpone la petición pruebe que:
  1. Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación paraguaya;

2. No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
  3. El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
  4. La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o,
- b) El tribunal compruebe que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguayo.

**Artículo 41.- Plazo.** El recurso de nulidad deberá ser interpuesto dentro de un plazo de quince días, contados a partir de la fecha de la notificación del laudo o sentencia arbitral o si la petición se ha hecho con arreglo a los artículos 38 y 39, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

**Artículo 42.- Procedimiento de la nulidad.** El que planteara la nulidad deberá fundarla clara y concretamente en los hechos y en el derecho, y ofrecer toda la prueba de que intente valerse. La prueba documental deberá acompañarla con el escrito, y si no la tuviese deberá individualizarla indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentre.

El tribunal dará traslado por cinco días a las partes, quienes al contestarlo deberán ofrecer sus pruebas, procediendo con la documental del modo indicado por el párrafo anterior. El traslado se notificará por cédula dentro del tercer día de dictada la providencia que lo ordenare.

Vencido el plazo, haya o no contestación, el tribunal abrirá el recurso a prueba, por no más de diez días, cuando la nulidad se refiera a cuestiones de hecho. En caso contrario resolverá sin más trámite, en el plazo de diez días.

La prueba pericial, si correspondiere, se llevará a cabo por un solo perito designado por el tribunal. No se admitirán más de tres testigos por cada parte, y las declaraciones no podrán recibirse fuera de la sede del tribunal, cualquiera fuera el domicilio de aquéllos.

Contestado el traslado o vencido el plazo sin que ninguna de las partes hubiera ofrecido prueba, o recibida la prueba, el tribunal resolverá la nulidad planteada, sin más trámite, en el plazo de diez días.

Contra las resoluciones de trámite o de fondo, que emita el tribunal en la substanciación del recurso de nulidad, no cabe recurso alguno.

**Artículo 43.- Suspensión del trámite de nulidad.** El Tribunal de Apelaciones, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad. En este caso, se aplicarán, en lo que sea compatible, las normas contenidas en el artículo 38.

## CAPÍTULO VIII

### RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

**Artículo 44.- Normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.** Los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en el país, de conformidad con los tratados ratificados por la República del Paraguay sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

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

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

**Artículo 45.- Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.** Un laudo arbitral, cualquiera sea el Estado en el cual se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al órgano judicial

competente, será ejecutado de conformidad a las disposiciones del presente capítulo. Será competente, a opción de la parte que pide el reconocimiento y ejecución del laudo, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio de la persona contra quien se intente ejecutar el laudo, o, en su defecto el de la ubicación de los bienes.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción oficial a este idioma por un traductor oficial.

**Artículo 46.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.** Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera sea el Estado en que se haya dictado, cuando:

- a) la parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente que:
  1. una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a ese respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado el laudo.
  2. no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
  3. el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.
  4. la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del Estado donde se efectuó el arbitraje.

5. el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un juez del Estado en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo.
- b) cuando el juez compruebe que, según la legislación paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional o del Estado paraguayo.

**Artículo 47.- Aplazamiento de la resolución y requerimiento de garantías.**

Si se solicitó a un juez del Estado en que conforme a su derecho fue dictado el laudo arbitral, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución del laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su resolución, y a instancia de la parte que solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes.

**Artículo 48.- Procedimiento.** Promovido el reconocimiento y ejecución de un laudo o sentencia arbitral, el juez correrá traslado a la persona condenada por el laudo, por el plazo de cinco días, debiendo notificársele por cédula.

El condenado sólo podrá oponerse a la ejecución planteada, con base a las causales establecidas en el artículo 46, ofreciendo toda la prueba de que intente valerse. La prueba documental deberá acompañarla con el escrito, y si no la tuviese deberá individualizarla indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentre.

Si no concurriese ninguna de dichas causales, el juez en el plazo de cinco días dictará auto resolviendo la ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes en su caso.

En caso de oposición, se aplicarán las normas de los incidentes previstos en el Código Procesal Civil, en lo pertinente.

La resolución sobre el reconocimiento y ejecución del laudo no será objeto de recurso alguno. Si se dispusiese la ejecución del laudo solicitado, ésta se tramitará conforme a las disposiciones legales sobre ejecución de sentencias nacionales previstas en el Código Procesal Civil.

## CAPÍTULO IX DE LAS COSTAS

**Artículo 49.- Acuerdo sobre costas.** Las partes tienen facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, reglas relativas a las costas del arbitraje. A falta de acuerdo entre las partes, se aplicarán las disposiciones del presente capítulo.

**Artículo 50.- Cuantía.** Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto de la disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. Los honorarios de cada árbitro se indicarán por separado y los fijará el propio tribunal arbitral.

**Artículo 51.- Oportunidad de la fijación.** Salvo pacto en contrario de las partes, cuando el tribunal arbitral dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, fijará las costas del arbitraje en el texto de esa orden o laudo.

El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación, por completar su laudo o dictar un laudo adicional.

**Artículo 52.- Depósito de las costas.** Una vez constituido, el tribunal arbitral requerirá a cada una de las partes que deposite una suma igual, para responder a los honorarios de los integrantes del tribunal arbitral, gastos de viaje y demás expensas, y del costo de asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.

En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir depósitos adicionales de las partes.

Si transcurridos treinta días desde la comunicación del requerimiento del tribunal arbitral los depósitos requeridos no se han abonado en su totalidad, el tribunal arbitral informará de este hecho a las partes a fin de que se efectúe el depósito requerido. Si este depósito no se efectúa, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje.

Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará a las partes un estado de cuenta de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado.

## TÍTULO II DE LA MEDIACIÓN

### CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 53.- Definición.** La mediación es un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador.

**Artículo 54.- Asuntos mediabiles.** Podrán ser objeto de mediación todos los asuntos que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen a ella, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje.

**Artículo 55.- Efectos de la audiencia de mediación.** Si antes de sustanciarse la audiencia de conciliación prevista en las normas procesales las partes decidieran recurrir a la mediación, el informe escrito del mediador o del Centro de Mediación en el que exprese que las partes han concurrido al menos a una audiencia de mediación, tendrá los mismos efectos legales que la audiencia de conciliación establecida en dichas normas procesales.

**Artículo 56.- Momento.** La audiencia de mediación podrá realizarse en cualquier momento antes de la promoción de una demanda, o en cualquier estado del juicio antes de dictada la sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada.

**Artículo 57.- Confidencialidad.** La mediación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan no incidirán en el juicio, si tuviera lugar. El mediador no podrá ser llamado como testigo o en otro carácter en ningún juicio posterior entre las mismas partes o por el mismo objeto.

**Artículo 58.- Solicitud.** Las partes podrán recurrir conjunta o separadamente a la mediación, mediante la presentación de una solicitud escrita al mediador que elijan o al Centro de Mediación que determinen.

**Artículo 59.- Trámite.** Salvo pacto en contrario de las partes, dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la presentación de una solicitud de mediación, el centro nombrará el o los mediadores y convocará a las partes en fecha y hora determinadas para efectuar la sesión de mediación.

**Artículo 60.- Acuerdos.** En el transcurso de las audiencias el mediador colaborará con las partes para determinar con claridad los hechos alegados, así como las posiciones y los intereses en que se fundan, para elaborar conjuntamente las fórmulas de avenimiento que podrán o no ser aprobadas por las partes interesadas.

Las partes colaborarán de buena fe con el mediador y, en particular, se esforzarán en cumplir solicitudes de éste y asistir a las audiencias cuando éstas fueran convocadas.

**Artículo 61.- Efectos.** El acuerdo de mediación obliga a las partes desde el momento en que ellas y el mediador suscriban el acta de mediación que lo documente, y tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en que el juez competente lo homologue.

Si el acuerdo de mediación tuviera lugar existiendo un juicio pendiente, será competente para homologarlo el juez de la causa, y la homologación producirá además el efecto de terminar el proceso.

Si el acuerdo de mediación fuera parcial, se dejará constancia de ello en el acta de mediación y las partes podrán discutir en juicio las diferencias no mediadas.

**Artículo 62.- Terminación.** El trámite de la mediación concluye por:

- a) la suscripción de un acta de mediación que contenga el acuerdo alcanzado por las partes según lo previsto en el artículo 61.
- b) la suscripción de un acta por medio de la cual el mediador y las partes dejan constancia de la imposibilidad de alcanzar una mediación.
- c) la certificación expedida por el centro ante el cual se presentó la solicitud de mediación, en el sentido de que existió imposibilidad de celebrar la audiencia por la ausencia de una o más de las partes citadas a la audiencia.

## CAPÍTULO II CENTROS DE MEDIACIÓN

**Artículo 63.- Centros de Mediación.** Los Centros de Mediación serán organismos dotados de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite de las mediaciones y para la capacitación de los mediadores.

**Artículo 64.- Copias Autenticadas.** Los Centros de Mediación deberán organizar y mantener un registro de actas que contengan los acuerdos logrados, y las que contengan la constancia de no haberse podido obtener acuerdo entre las partes, y podrán expedir copias autenticadas de las mismas a las partes.

## CAPÍTULO III EL MEDIADOR

**Artículo 65.- Requisitos.** El mediador deberá ser persona de reconocida honrabilidad, capacitación e imparcialidad y su labor será la de dirigir libremente el trámite de la mediación, guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia.

Como requisito previo al ejercicio de sus funciones el mediador deberá participar de un curso de capacitación especial dictado por un Centro de Mediación.

**Artículo 66.- Inhabilidades.** Quien actúe como mediador quedará inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, testigo, perito, asesor o apoderado de una de las partes, o en cualquier otro carácter.

Los Centros de Mediación no podrán intervenir en casos en los cuales se encuentren directamente interesados su directiva o sus funcionarios.

**Artículo 67.- Excusación y recusación.** La persona a quien se comunique su posible nombramiento como mediador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El mediador, desde el momento de su nombramiento y durante la mediación, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. Un mediador podrá ser recusado si existen circunstancias que

den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. La parte que desee recusar a un mediador enviará al Centro de Mediación, dentro de los tres días siguientes a aquél en que tenga conocimiento del nombramiento del mediador, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el mediador recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al Centro de Mediación decidir sobre ésta. El Director del Centro decidirá sobre ellas.

### TÍTULO III DISPOSICIONES FINALES Y DEROGATORIAS

**Artículo 68.- Procesos arbitrales en trámite.** Los procedimientos arbitrales pendientes al entrar en vigor esta ley se tramitarán y resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Libro V «Del Proceso Arbitral» de la Ley n.º 1337 del 4 de noviembre de 1988 «Código Procesal Civil».

**Artículo 69.- Derogación de disposiciones legales.** Quedan derogadas las siguientes disposiciones legales:

1. Artículos 774 a 835 del Libro V «Del Proceso Arbitral» de la Ley n.º 1337 del 4 de noviembre de 1988 «Código Procesal Civil».
2. Artículo 536 de la Ley n.º 1337 del 4 de noviembre de 1988 «Código Procesal Civil».
3. En general, todas aquellas disposiciones legales o reglamentarias que se opongan a la presente ley.

**Artículo 70.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

#### *8.3. Anexo: listado de abreviaturas*

Aladi: Asociación Latinoamericana de Integración

Cedep: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política

Cidip: Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado

pág./s: página/s

Uncitral: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

## Capítulo 16

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN GUATEMALA

Fernando Zelada



## EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN GUATEMALA

*Fernando Zelada\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Una visión panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en Guatemala.— 3. Impugnación del laudo arbitral.— 4. Trámite de la revisión.— 5. Las fuentes del arbitraje comercial internacional en Guatemala.— 6. La convalidación (*exequáatur*) de las decisiones arbitrales extranjeras.— 7. La ejecución de laudos arbitrales.— 8. El orden público ante el arbitraje comercial internacional: la jurisprudencia de la justicia nacional al respecto.— 9. Reflexiones finales.

---

\* Luis Fernando Zelada López, en el 2012 obtuvo el Diplomado en Métodos Alternos de Solución de Controversias con especialización Arbitraje, auspiciado por Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala —Crecig— y la Escuela de Estudios Superiores de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Forma parte de la Lista de Árbitros de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala —Crecig—. Es miembro del equipo de litigio en materia arbitral del Bufete Arias & Muñoz Guatemala. Es graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala (1990) donde obtuvo el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los grados académicos de Abogado y Notario. Está autorizado como Abogado y Notario Público por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Es miembro del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala desde 1990. Asistió al Instituto Centro Americano de Administración de Empresas INCAE en Nicaragua 2003, en donde cursó el programa de Aspectos legales de los Negocios Internacionales, avalado por *Georgetown, University Law Center*. Cursó la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil, Escuela de Estudios Superiores, Universidad de San Carlos de Guatemala, con *pensum* académico terminado en el año 2006.

## 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje como modo alterno de la solución de controversias en Guatemala viene a constituir una fuente de oportunidades para el sistema de justicia, así como para las partes contratantes que, por manifestación de voluntad, deciden someter sus controversias a este sistema de justicia privada.

Y constituye una fuente importante de oportunidades porque cualquier controversia que se presente, derivada de la actividad comercial, que a nivel internacional vea involucrada derechos e intereses del Estado de Guatemala con otros Estados, o bien de personas particulares pertenecientes a diferentes nacionalidades, que por manifestación de voluntad deciden someter sus controversias a la legislación guatemalteca, bajo la normativa de la Ley de Arbitraje de Guatemala, como medio y alternativa del sistema de justicia guatemalteco, pero independiente a los tribunales de justicia del Estado de Guatemala.

Contar con una ley de arbitraje que tiene como fuente y origen la ley modelo de arbitraje comercial internacional viabiliza la posibilidad de que Guatemala pueda convertirse en el futuro en un centro importante de administración de justicia en materia de arbitraje internacional. De allí la necesidad y la importancia de dar a conocer a nivel local e internacional los efectos, alcances y consecuencias jurídicas del arbitraje internacional bajo la legislación de Guatemala.

## 2. UNA VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN GUATEMALA

El arbitraje como alternativa para la solución de conflictos ha tenido un desarrollo significativo en Guatemala. Una muestra evidente de ello lo constituye el hecho de que este país cuenta con su propia Ley de Arbi-

traje desde el año 1995, contenida en el Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República. La obtención de su propia ley específica en materia arbitral ha permitido que los centros administradores de arbitraje y conciliación tengan no sólo un reconocimiento y un respaldo jurídico sino, incluso, la consolidación de su credibilidad como institución, ante la sociedad y el sistema jurídico guatemalteco.

La legislación guatemalteca en materia de arbitraje internacional es considerada de las más modernas, y ha adquirido ese reconocimiento porque la Ley de Arbitraje de Guatemala tiene como fuente y origen la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), la cual cada vez más es adoptada como legislación del sistema jurídico de cada país.

No hay obligación legal que preestablezca a qué centro de administración se deba acudir, teniendo las partes interesadas la libertad de convenir, de acuerdo a sus intereses contractuales, a qué Centro acudir. En Guatemala operan los siguientes centros de arbitraje:

- El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio (Cenac) de Guatemala.
- La Comisión de Resoluciones de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala (Crecig).

Cada uno de esos centros se rige por el ordenamiento jurídico guatemalteco, sus propios reglamentos y la Ley de Arbitraje de Guatemala.

Por su naturaleza misma, el legislador previó como parte de su contenido, que la Ley de Arbitraje pueda ser aplicada tanto a los nacionales como a los internacionales, pudiendo ser objeto de arbitraje todos aquellos casos o temas en los que la controversia verse sobre materias en las que las partes tengan libre disposición de sus derechos.

La ley es expresa al determinar qué casos no pueden ser objeto de arbitraje:

- a) Las cuestiones en las que haya recaído resolución judicial firme.
- b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.
- c) Cuando la ley lo prohíba.
- d) Cuando la ley señale un procedimiento especial para determinados casos.
- e) Por considerarse derechos de orden público y derivados de la tutelaridad de la que goza el trabajador; los temas eminentemente laborales pueden ser arbitrados, si así lo convienen las partes en controversia, pero a esos casos no les será aplicable la Ley de Arbitraje y se someterán a las normas del Código de Trabajo.

Comentario aparte merece el hecho de que, como parte del desarrollo del arbitraje local y su vinculación al arbitraje internacional, así como con la clara intención de mantenerse a la vanguardia del arbitraje como institución para la solución de controversias, el Congreso de la República emitió el Decreto n.º 11-2006 por el cual adicionó al artículo 2 de la Ley de Arbitraje el párrafo por el cual se determina que: «Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados, se resolverán de acuerdo a las normas del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Corte de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros del arbitraje», con lo cual se da cabida a las normas del Reglamento de la Corte de Comercio Internacional (ICC), que son una serie de normas técnico-jurídicas que buscan armonizar y modernizar las normas del comercio internacional.

### 3. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La Ley de Arbitraje de Guatemala contempla, como parte de su contenido, el derecho de las partes de impugnar el laudo arbitral por la vía del recurso de revisión. Las reglas jurídicas están contempladas tanto para el arbitraje local como para el internacional.

La autoridad competente para conocer y resolver este recurso es un Tribunal Judicial de Segunda Instancia de acuerdo a la competencia territorial del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje. La resolución emitida por este tribunal judicial, deberá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral, y en caso de revocación o modificación, se hará el pronunciamiento correspondiente. Esta resolución es definitiva, y no será susceptible de ser impugnado mediante ningún tipo de recurso o remedio procesal alguno.

La ley es muy clara al establecer en forma restrictiva que el laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la Sala de la Corte de Apelaciones en los siguientes casos:

- a) Que la parte que interpone la petición pruebe:
  - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, al momento de su otorgamiento, estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca.
  - ii) Que no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.
  - iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones

del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas.

- 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.
- b) La Sala de la Corte de Apelaciones compruebe:
  - i) Que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la Controversia no es susceptible de arbitraje; o
  - ii) Que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala.
- c) La petición de revisión no podrá formularse después de transcurrido un mes contado desde la fecha de la recepción del laudo.
- d) La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna respecto de las causales señaladas en el numeral 1 y 2 que anteceden, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de revisión.

#### 4. TRÁMITE DE LA REVISIÓN

Promovida la revisión en contra del laudo, se dará audiencia a los otros interesados por el plazo común de dos días.

Si la revisión se refiere a cuestiones de hecho y fuere necesaria la apertura a prueba, las partes deben ofrecer las pruebas individualizándolas al promover dicho recurso o al evacuar la audiencia. En tal caso, se abrirá a prueba el recurso de revisión por el plazo de diez días.

La Sala de la Corte de Apelaciones resolverá la revisión planteada, sin más trámite, dentro de los tres días de transcurrido el plazo de la audiencia y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo, después de concluido el de prueba.

Contra las resoluciones de trámite o de fondo que emita la Sala de la Corte de Apelaciones en la substanciación del recurso de revisión no cabe recurso alguno.

Transcurridos cuarenta (40) días desde la fecha de interposición del recurso de revisión, si la Sala de la Corte de Apelaciones no se hubiere pronunciado sobre el laudo impugnado quedará legalmente confirmado y, por ende, tendrá la calidad de ejecutoriado a efectos de su ejecución.

## 5. LAS FUENTES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN GUATEMALA

El arbitraje internacional constituye un canal que proporciona medios eficientes, justos y rentables de resolver las controversias comerciales e inversionistas de carácter internacional, que puedan surgir, entre las partes contratantes.

Una de las principales características del arbitraje internacional es que las partes que conformen una transacción comercial de carácter internacional pueden y tiene el derecho y la libertad de diseñar a su conveniencia la cláusula de resolución de controversia, de manera que cubra sus propias y particulares necesidades.

Tanto el arbitraje local como el internacional tienen como característica que son procesos privados de resolución de controversia en el que las partes, de mutuo acuerdo y por escrito, deciden someter sus posibles controversias a un tribunal arbitral, en sustitución de someterlo al sistema de tribunal nacional.

Los procedimientos en el arbitraje internacional normalmente son más flexibles y se apartan del formalismo y del positivismo, características propias de los procesos judiciales. Las partes acuerdan la ley que se aplicará y se someterán a ella. El lugar en que se llevarán a cabo los procedimientos. A conveniencia de las partes en controversia, se recomienda que el lugar, así como los reglamentos arbitrales que regirán los procedimientos, y el idioma al que se someterá el arbitraje, sea una de jurisdicción neutral.

El arbitraje puede ser administrado por instituciones de arbitraje internacional, de renombre y credibilidad, tal es el caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), sin que por ello se descarten los tribunales y procedimientos *ad-hoc*, que las partes en controversia tienen el derecho y la libertad de convenirlo.

En Guatemala, el artículo 1 de la Ley del Organismo Judicial establece que la fuente de derecho, es la ley. De esa cuenta, el arbitraje como medio alterno para la solución de controversias, encuentra sustento constitucional, en dos normas: el artículo 44 de la Constitución Política de la República, por el cual se establece que, el Estado de Guatemala acepta jurídica y constitucionalmente los derechos inherentes a la persona humana, aunque no figuren expresamente en la Constitución. El derecho a la Justicia, es un derecho inherente a la persona humana. La otra normativa es el artículo 203 de la Constitución Política de la República que preceptúa: «La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y *por los demás Tribunales que la Ley establezca*» (el resaltado es nuestro).

Al contar con la facultad constitucional de crear Tribunales de Justicia, el Estado de Guatemala, a través del Congreso de la República, emitió el Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República, que contiene la Ley de Arbitraje, por el cual instituyó los tribunales de arbitraje, los

que forman parte del sistema de justicia guatemalteco, pudiendo ser unipersonal o bien colegiado.<sup>1</sup>

La Ley de Arbitraje, Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República, contempla en su regulación normativa, al arbitraje nacional e internacional.

Nuestra legislación establece que el arbitraje es internacional cuando las partes de un acuerdo arbitral, al momento de su celebración, tienen sus domicilios en Estados diferentes, cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

También se considera arbitraje internacional cuando uno de los lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tiene sus domicilios, asimismo, cuando el lugar del cumplimiento de una persona sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

Otro de los elementos de juicio que se toman en consideración para considerar como arbitraje internacional es lo referente a: si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo arbitral, o bien, cuando una parte no tiene ningún domicilio o residencia habitual. En este último caso, se considera como domicilio el lugar donde se encuentre.

La ley de arbitraje contempla la integración de tribunales arbitrales de derecho (siendo los que someten el procedimiento y su decisión a las normas de derecho) y de equidad (siendo los que sus decisiones se basan en el leal saber y entender de los árbitros).

---

<sup>1</sup> Artículo 4, inciso 5 de la Ley de Arbitraje, Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República.

## 6. LA CONVALIDACIÓN (EXEQUÁTUR) DE LAS DECISIONES ARBITRALES EXTRANJERAS

Nuestra legislación establece que los laudos arbitrales emitidos en el extranjero serán reconocidos y ejecutados en Guatemala, de conformidad con la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York), del 10 de junio de 1958, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, del cual sea parte Guatemala, siempre que sea aplicable.

Comentario particular, merece el hecho de que, aun cuando son pocos los Estados que no son parte de la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975, porque ante un mundo comercialmente globalizado, el ser parte de esas convenciones, da certeza jurídica y crea un ambiente de confianza en el comercio internacional. La Convención de Nueva York puede ser considerada y calificada de estar cumpliendo la función para la cual fue emitida, en especial porque la misma tiene por objeto, facilitar la ejecución de sentencias arbitrales dictadas en un Estado signatario, en otro u otros países signatarios. Y la Convención fija reglas que deben ser observadas por el juez del lugar donde se ejecutará la sentencia.

En el caso de la Ley de Arbitraje de Guatemala, se tiene completado el hecho de que en caso de que el laudo esté sometido a más de un tratado internacional, salvo acuerdo en contrario entre las partes, se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un convenio o laudo arbitral.

En caso de duda en cuanto a la aplicabilidad de cualquier tratado o convenio internacional, los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de acuerdo con las normas de la Ley de Arbitraje.

## 7. LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

Cualquiera que sea el país en que se haya dictado el laudo, se reconocerá como vinculante, y tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente será ejecutado de conformidad con las disposiciones de la propia Ley de Arbitraje (artículo 47).

En esos casos, será tribunal competente, a opción de la parte que pide el reconocimiento y ejecución del laudo, el Juzgado de lo Civil o Mercantil con competencia territorial en el lugar del domicilio de la persona contra quien se intenta ejecutar el laudo o en el lugar donde se encuentren sus bienes.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar, ya sea el original del documento en el que se haga constar el laudo, debidamente autenticado, o copia debidamente certificada de dicho documento.

Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, deberá ser traducido a dicho idioma, bajo juramento por traductor autorizado en la República, y de no haberlo para determinado idioma, será traducido bajo juramento por dos personas que hablen y escriban ambos idiomas, con legalización notarial de sus firmas.

El procedimiento al que se somete el reconocimiento y ejecución del laudo es el siguiente:

- a) Transcurrido el plazo de un mes sin que se haya requerido su revisión y sin que el laudo haya sido cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el tribunal competente, mediante la solicitud de la ejecución.
- b) Se acompañará copia certificada en la resolución judicial que hubiere recaído al resolverse el recurso de revisión.

- c) De la ejecución planteada, el tribunal dará audiencia por tres días al ejecutado, quien únicamente podrá oponerse a la ejecución planteada, con base en la pendencia del recurso de revisión, siempre que se acredite documentalmente dicho extremo con el escrito de oposición. En este caso, el tribunal decretará sin más trámite la suspensión de la ejecución hasta que recaiga resolución con respecto al recurso de revisión y, si dicho recurso prosperara, el tribunal, al presentársele copia certificada de dicha resolución, dictara auto denegando la ejecución.
- d) Fuera de lo previsto en el numeral anterior, el tribunal dictará auto despachando la ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes en su caso.
- e) Cualquier resolución de trámite o de fondo que recaiga en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo, no es susceptible de recurso o remedio procesal alguno.
- f) En todo lo no previsto en el presente capítulo para el reconocimiento y ejecución de laudos, le serán aplicables las disposiciones legales a ejecución de sentencias nacionales, establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, siempre que dicha aplicación sea compatible con la celeridad y eficacia con que se debe ejecutar un laudo arbitral.

El laudo arbitral, puede ser denegado su reconocimiento o su ejecución, por las siguientes razones:

- a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
  - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, estaba afectada por alguna incapacidad, o que el acuerdo arbitral no es válido en

virtud de la ley a que las partes lo han sometido (ejemplo: para Guatemala, actos de competencia desleal, en materia comercial), o si nada se hubiera indicado a éste en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

- ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.
  - iii) Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
  - 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.
  - v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo.
- b) Cuando el tribunal compruebe:
- i) Que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.
  - ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público del Estado de Guatemala.

## 8. EL ORDEN PÚBLICO ANTE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL AL RESPECTO

El orden público es y constituye uno los temas que han creado controversia jurídica de mayor trascendencia en el entorno del arbitraje.

Y crea esa controversia porque es común encontrar en cada Estado normativa jurídica que califica nulos de pleno derecho los actos jurídicos que son contrarios al orden público.

Pero, siendo el orden público un concepto jurídico amplio y no definido en ninguna norma del ordenamiento jurídico guatemalteco, resulta necesario e inevitable definir y conocer sus efectos, consecuencias, límites y alcances, lo que es factible encontrar en las distintas definiciones que en el pasado ya han sido externadas por los diversos jurisconsultos.

Por orden público se debe entender por el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencias ni tolerancia, porque de hacerlo, afecta los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia.<sup>2</sup>

Situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta.<sup>3</sup>

El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica,

<sup>2</sup> CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. tomo IV, p. 667.

<sup>3</sup> *Diccionario Enciclopédico Quillet*. México D.F.: Editorial Cumbre, tomo 4.

tales como la oportunidad para la contestación de la demanda, la apertura del lapso probatorio, y la preclusión de los actos procesales, entre otras.<sup>4</sup>

En síntesis, el orden público es y constituye el conjunto de normas jurídicas que fijan principios fundamentales de carácter jurídico sobre lo que se sustenta la certeza y la seguridad jurídica de un Estado y su sociedad, por contener instituciones jurídicas y garantías mínimas.

Es importante tener presente que, bajo los principios jurídicos del orden público, se restringe la facultad de la persona para realizar o impedir ciertos actos jurídicos. En estos casos, esa limitante encuentra sustento en el hecho de que, hacer que prevalezca el interés social por sobre el particular, y como consecuencia de esa preeminencia, es que ante cualquier acto contrario al orden público, la propia ley le da la calidad de nulo de pleno derecho, por lo que al concretarse un negocio jurídico, debe tenerse presente que no es factible sustituir, modificar o renunciar a los derechos contenidos en normas de orden público.

La legislación guatemalteca sí contempla, como parte de su normativa jurídica, la limitante a la libertad de la voluntad de las partes en relación a los derechos que se encuentren sustentados o se deriven de las normas de orden público.

En primer orden, encontramos el artículo 1301 del Código Civil el cual, incluso, le da la calidad de nulidad absoluta a los negocios jurídicos cuando su contenido sea contrario, entre otros, al orden público, haciendo referencia a que los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidados por confirmación.

Asimismo, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial (ley de carácter general que fija los lineamientos jurídicos de integración, apli-

---

<sup>4</sup> Sentencia Sala Constitucional n.º 2201 del 16/09/2002. <http://www.ambitoaduanero.com/component/content/article/34/174>.

cación e interpretación del ordenamiento jurídico guatemalteco), al hacer referencia al pacto de sumisión, establece «Los actos o negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a las leyes prohibitivas expresas o al orden público».

En materia arbitral, es tan importante el orden público que, incluso, la Ley de Arbitraje de Guatemala contempla, como parte de su contenido, el hecho de que pueda ser denegado el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, entre otras razones, cuando el reconocimiento o la ejecución del laudo fueran contrarios al orden público del Estado de Guatemala.

El pacto de sumisión también está excluido de las normas de orden público, tal como lo establece el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial.

Por su carácter público, no pueden ser objeto y como tal están excluidas de la libertad y de la voluntad contractual de los particulares. En materia arbitral, todo y cualquier derecho que se derive o esté contemplado en la hipótesis de una norma de orden público se encuentra excluido de la posibilidad de ser arbitrado.

En la ejecución del laudo arbitral, el juzgador no puede hacer caso omiso, y como tal, cuenta con la facultad jurisdiccional de ejecutarlo, siempre y cuando el contenido del laudo no sea contrario a las normas de orden público.<sup>5</sup>

De esa cuenta, es importante que cualquier persona que promueva un procedimiento arbitral de carácter internacional a ser ejecutado en Guatemala, incluya como parte de su presupuesto jurídico el hecho de que lo que haya que declarar el tribunal arbitral, en el laudo respectivo

---

<sup>5</sup> Artículo 47, literal b, numeral ii de la Ley de Arbitraje, Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República.

no sea contrario a las normas de orden público del sistema jurídico guatemalteco, porque de lo contrario se estará frente a un laudo arbitral que, posiblemente, no podrá ser reconocido ni ejecutado ante ninguna corte en Guatemala.

De igual manera, es pertinente tener presente que al momento que se quiera hacer cambios a lo contractualmente convenido, causados por el posible cambio a normas de orden público, lo pertinente es que esa relación contractual sea actualizada y sometida a ese nuevo ordenamiento jurídico o, en su caso, hacer las salvedades contractuales que correspondan. También es importante tener presente que el hecho de que alguna de las partes no haga valer en tiempo y en el momento que le corresponde los derechos de orden público, no significa que la contraparte lo haya «sometido» a un procedimiento de renuncia a ese tipo de derecho, porque su omisión constituye un acto de voluntad tomada por el favorecido en perjuicio de su propio derecho, porque la falta de ejercicio de los derechos, en el momento que corresponde, hace que todo y cualquier derecho, incluyendo los que se derivan de las normas de orden público, queden sujetos a los efectos de la prescripción y la caducidad.

## 9. REFLEXIONES FINALES

- a) Guatemala, como país, cuenta con una legislación apropiada para convertirse y adquirir la calidad de un centro importante de arbitraje internacional.
- b) Porque esa legislación es la apropiada a efectos de un arbitraje internacional, es que se establecen reglas claras en cuanto a la ejecución de los laudos arbitrales y la convalidación (exequáatur) de las decisiones arbitrales extranjeras.

- c) El arbitraje local e internacional constituye un medio y una oportunidad para dejar fuera de la justicia la práctica de los conceptos del positivismo anacrónico y exagerado, el cual es común en la administración de justicia de los países latinoamericanos.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osmar

*El negocio jurídico.* Guatemala: Editorial Serviprensa, tercera edición (obra consultada).

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Cenac

*El arbitraje de Guatemala. Apoyo de la justicia.* Guatemala: Editorial Serviprensa (obra consultada).

RIVERA NEUTZE, Antonio y Rainer Armando GORDILLO RODRÍGUEZ.

*Curso práctico de arbitraje comercial internacional.* Guatemala: Edifolsa, 2001 (obra consultada).

CABANELAS, Guillermo

*Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*, tomo IV, <http://www.ambitoaduanero.com/component/content/article/34/174>.

Constitución Política de la República de Guatemala

Código Civil de Guatemala

Ley de Arbitraje de Guatemala

Ley del Organismo Judicial de Guatemala

Código de Comercio de Guatemala

## Capítulo 17

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL SALVADOR

Fernando Montano



## EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL SALVADOR

*Fernando Montano\**

Sumario: 1. Una visión panorámica sobre el desarrollo del arbitraje en El Salvador.— 2. Las fuentes del arbitraje comercial internacional en El Salvador.— 2.1. Convención sobre Derecho Internacional Privado.— 2.2. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.— 2.3. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.— 2.4. Arbitraje de Inversión - Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.— 3. La convalidación (exequátor) de las decisiones arbitrales extranjeras y su ejecución.— 4. El orden público ante el arbitraje comercial internacional: la jurisprudencia nacional.

### 1. UNA VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN EL SALVADOR

La vigente Constitución de la República de El Salvador, en vigor desde el año 1983, reconoce en su artículo 23, en el marco del derecho a la libre contratación, el derecho que posee toda persona en la libre administración de sus bienes de terminar sus asuntos civiles o comerciales mediante arbitraje.

Artículo 23.- Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes

---

\* Arias & Muñoz - El Salvador.

puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

La constitucionalización del arbitraje como un derecho se reconoce desde antaño en El Salvador, iniciando con la primera Constitución Política imperante en la región centroamericana, la Constitución de la República Federal de Centro-América del año 1824, la cual reconocía, en su artículo 172, la facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito como algo inherente a toda persona, estableciendo, asimismo, que la sentencia dictada por los árbitros sería inapelable, salvo que las partes comprometidas se hubieran reservado ese derecho.

De igual modo, la regulación de la institución del arbitraje fue reconocida en la legislación secundaria de El Salvador desde la promulgación del primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales de la República, que data de noviembre de 1857, el cual dedicaba un capítulo completo a la regulación de los juicios por arbitramento, compuesto por veinticinco artículos que regulaban ya aspectos importantes del arbitraje, tales como el arbitraje en derecho o en equidad, el compromiso arbitral, la improcedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia de los árbitros, el recurso de nulidad contra el laudo de los árbitros arbitradores, etcétera.

Los Códigos de Procedimientos Civiles promulgados con posterioridad, en los años 1863, 1878 y 1882, continuaron con el desarrollo de la institución del arbitraje, incluyendo en su enunciado normativo capítulos dedicados especialmente a la regulación del arbitraje. Asimismo, el Código de Comercio de 1970 y la Ley de Procedimientos Mercantiles de 1973 dedicaban un capítulo especial a la regulación del arbitraje comercial, los cuales fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

Mediante Decreto Legislativo n.º 914 de fecha 11 de julio de 2002, fue promulgada la vigente Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, instituida como la primera ley secundaria en regular de modo especial las instituciones de la mediación, la conciliación y el arbitraje como medios alternos a la solución de disputas, en cuyo considerando se expresaba la conveniencia de fomentar dentro de la cultura jurídica el acercamiento de los interesados en la solución de sus diferencias por medio del diálogo y la utilización de medios alternativos, que a su vez permitan la búsqueda de soluciones creativas y ágiles a los asuntos tratados, con sencillez y mayor privacidad; y que si bien la legislación vigente con anterioridad a su promulgación reconocía algunos medios de solución alternativa de diferencias, éstos no habían tenido el adecuado desarrollo, por lo que se volvía necesario fortalecer tales instituciones.

Dicha ley fue inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional —Uncitral por sus siglas en idioma inglés— de 1985, la que fue reformada en el año 2006 y que ha servido a un amplio número de países que dentro de sus políticas legislativas han decidido adoptar los principios promulgados por la referida ley modelo.

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje se encuentra compuesta por cuatro títulos, a su vez conformados por capítulos y secciones que contienen disposiciones de aplicación general y específica, respecto a cada uno de los medios de solución alternativa de disputas regulados por ésta, incluyendo el arbitraje nacional e internacional, así como las reglas para la organización y funcionamiento de centros de arbitraje, según se indica a continuación:

- I. TÍTULO PRIMERO: Disposiciones generales
- II. TÍTULO SEGUNDO: De la Mediación y Conciliación
- III. TÍTULO TERCERO: Del Arbitraje

1. Sección primera: Disposiciones generales
2. Sección segunda: Del arbitraje nacional
  - i) Capítulo I: Del convenio arbitral
  - ii) Capítulo II: De los árbitros
  - iii) Capítulo III: Del procedimiento arbitral
  - iv) Capítulo IV: Del laudo arbitral.
  - v) Capítulo V: De los recursos
- vi) Capítulo VI: De la ejecución del laudo y cesación de funciones del tribunal.
3. Sección tercera: Del arbitraje internacional y extranjero
- IV. TÍTULO CUARTO: De los centros de arbitraje
- V. TÍTULO QUINTO: Disposiciones transitorias, derogatoria y vigencia

Desde su entrada en vigencia, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje ha sido objeto de dos procesos de reforma, el primero, en el año 2006, mediante el cual se reformó el inciso segundo de su artículo 69, a fin de aclarar que en la tramitación del recurso de nulidad en contra del laudo arbitral, la Cámara de Segunda Instancia, a quien corresponde funcionalmente el conocimiento de dicho recurso, al abocarse al conocimiento de éste deberá ordenar traslado sucesivo por cinco días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato, suprimiéndose mediante dicha reforma el término común de dicho traslado, al cual se refería la redacción original de dicha disposición; y el segundo, mediante el cual se adicionó un inciso al artículo 37, referido al proceso de designación de árbitros en caso de falta de acuerdo de las partes, de los árbitros nombrados o de terceros delegados, el cual, a partir de dicha reforma será realizado por las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil o por un Centro de Arbitraje, a través de sorteo por insaculación; y se adicionó el artículo 66-A, mediante el que se instauró el recurso de apelación en contra del laudo arbitral pronunciado en los arbitrajes de derecho, atribuyéndole

competencia para conocer de dicho recurso a las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil.

En adición al reconocimiento legislativo del arbitraje a través de las distintas fuentes normativas a las que nos hemos referido, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad en materia constitucional en la República de El Salvador, se ha pronunciado respecto a la institución del arbitraje, en los términos siguientes:

La figura jurídica del arbitraje encuentra su fundamento constitucional en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, el cual estipula literalmente que «Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho a terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento [...].» Esta forma alternativa de resolución de conflictos ha sido concebida por muchos autores como un sustituto de la vía judicial, por medio del cual las personas naturales y jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición conforme a derecho, es decir, como una vía alterna que poseen las partes para resolver determinadas controversias dentro de los límites previstos por la ley vigente. Más concretamente, según la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje vigente actualmente para El Salvador, el arbitraje se define como aquel «[...] mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral [...].» A su vez, esta ley reconoce tres clases de arbitraje a saber: el de árbitros de derecho, el de árbitros arbitradores, también denominados amigables componedores, y el de árbitros técnicos. En términos conceptuales, esta ley especifica, en primer lugar, que el arbitraje de derecho es «[...] aquél en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente [...]»; en segundo lugar, define como arbitraje en equidad o de amiga-

bles componedores «[...] aquél en que los árbitros proceden con entera libertad, deciden según sea más conveniente al interés de las partes, sin atender más que a su conciencia, la verdad y la buena fe [...]»; y, finalmente, como arbitraje técnico «[...] cuando los árbitros pronuncien su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio [...].»<sup>1</sup>

Asimismo, la honorable Sala de lo Constitucional, al hablar sobre la naturaleza del arbitraje, se ha pronunciado en los términos siguientes:

En cuanto al arbitraje, hay que comenzar diciendo que es una especie de método heterocompositivo que permite a los justicia-bles dirimir las contiendas surgidas entre ellos, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. Si las partes en conflicto así lo quieren y se comprometen previamente a aceptar lo que se decida —como en el caso *sub iudice*—, pueden someter la controversia a la decisión (laudo) de uno o varios particulares o, incluso en algunos ordenamientos jurídicos, a la de una corporación o asociación creada para tal efecto. En efecto, «el *arbitrum*» (arbitraje) es quizás la más antigua forma heterocompositiva de resolver conflictos privados. Su creciente afan-zamiento (nacional e internacional) y su cada vez más frecuente utilización se debe a las ventajas que ofrece. Así, el arbitraje per-mite a las partes en conflicto diferir su solución a una o varias personas en cuyo criterio tienen confianza (abogados de presti-gio, comerciantes exitosos, en fin, cualquier persona de probada honradez o con conocimiento o experiencia en determinados sectores); el procedimiento arbitral, por otro lado, no tiene por qué hacerse del conocimiento del público; es también mucho más rápido que la vía jurisdiccional pura (por sustanciación); y, de ordinario, menos costoso. Por otro lado, y en virtud de las calidades buscadas por las partes en el tercero o terceros que intervirán en la solución heterocompositiva de la controversia, el arbitraje puede ser, como menciona Andrés de la Oliva, «de Derecho» o «de equidad». La decisión corresponde a las partes

<sup>1</sup> Sentencia de amparo de fecha 20 de diciembre de 2007 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, proceso referencia n.º 61-2007.

y si nada dicen en la cláusula compromisoria, se entiende que el arbitraje es de «equidad». La decisión es importante, a saber: si el arbitraje es de Derecho, las partes renuncian a que de ese asunto conozca la «jurisdicción ordinaria», pero no renuncian a las normas materiales conforme a las cuales debe decidirse el asunto, pues los árbitros de derecho tendrán que resolver en base a ellas. Si el arbitraje es de equidad, las partes saben de antemano que los árbitros están habilitados para resolver únicamente conforme a su leal «saber» y «entender». En nuestro Derecho, las posibilidades de diferir la resolución de la controversia a un árbitro de Derecho o de equidad están expresamente señaladas en nuestra Constitución de la República [...].<sup>2</sup>

## 2. LAS FUENTES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL SALVADOR

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje define en su artículo 3 literal «h» al arbitraje internacional como aquél que opera en los supuestos siguientes:

1. Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en estados diferentes.
2. Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el Convenio Arbitral, o con arreglo al mismo sea distinto.

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.

---

<sup>2</sup> Sentencia de amparo de fecha 21 de diciembre de 1999 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, proceso referencia n.º 144-1998.

Para los efectos de este literal si alguna de las partes tiene más de un domicilio, éste 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.

Dicha ley señala, en sus artículos 21 y 75, que será aplicable al arbitraje internacional, sin perjuicio de lo previsto en los tratados, convenciones o pactos multilaterales o bilaterales, o demás instrumentos de Derecho Internacional ratificados por El Salvador, respecto de los cuales se haya cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para su vigencia. En caso de conflicto entre los referidos instrumentos internacionales y la ley, prevalecerán siempre los primeros.

La ley, en su artículo 4, reconoce como principio que informa a la institución arbitral, el principio de libertad,<sup>3</sup> según el cual las partes en el arbitraje internacional estarán habilitadas para escoger las normas sustanciales y de procedimiento aplicables conforme a las cuales los árbitros habrán de resolver el litigio, así como determinar el lugar del arbitraje.

En cuanto a las controversias derivadas de los contratos públicos celebrados por el Estado salvadoreño o entidades de derecho público con nacionales o extranjeros no domiciliados en El Salvador, o bien aquellos contratos que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado, la ley establece en su artículo 76 que podrán ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, siempre que versen sobre derechos disponibles, con la particularidad de que por tratarse del Estado, el arbitraje deberá realizarse ante un centro de arbitraje de reconocido

---

<sup>3</sup> El artículo 4 numeral 1) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje define el principio de libertad de la siguiente forma: «Principio de libertad: Es el reconocimiento de las facultades potestativas de las personas para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias».

prestigio y el Estado o sus entidades podrán someterse a los reglamentos y normas de éstos.

Por otro lado, en materia de instrumentos internacionales relacionados con la institución del arbitraje, cabe destacar que El Salvador es parte de las siguientes convenciones:

### *2.1. Convención sobre Derecho Internacional Privado*

La Convención sobre Derecho Internacional Privado, conocida también como Código de Bustamante, fue adoptada en la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana, Cuba, con fecha 13 de febrero de 1928 por la Unión Panamericana, organismo internacional precursor de la actual Organización de los Estados Americanos (OEA), y que fue creada con el objeto de regular diversas temáticas relevantes en el ámbito de Derecho Privado Internacional, tales como la nacionalidad, el domicilio, el régimen de los bienes, las obligaciones y contratos, así como disposiciones de carácter procesal en el ámbito mercantil e incluso penal. En lo que respecta a estas últimas, la Convención incluyó disposiciones expresas señalando los procedimientos para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, señalando en su artículo 432 que los procedimientos y los efectos regulados en dicho cuerpo normativo en materia de ejecución de sentencias extranjeras, serían aplicadas en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motivase pudiera ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución fuera solicitada.

El Código de Bustamante se encuentra a la fecha vigente, sin embargo, carece de mayor aplicación práctica, sobre todo en materia de arbitraje internacional, pues existen otros cuerpos normativos posteriores a dicha convención y a los cuales se hace referencia a continuación, por lo que la misma se incluye dentro de las fuentes del arbitraje internacional como un antecedente para fines de ilustración.

## 2.2. *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York, fue adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, abierta a firma en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 10 de junio de 1958, y tiene como ámbito de aplicación, según lo dispone su artículo I, el 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.

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.

La Convención de Nueva York establece que sus disposiciones no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Dicha Convención fue ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo n.º 114 de fecha 22 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial número 218, tomo 337, de fecha 21 de noviembre de 1997, entrando en vigencia desde la fecha misma de su publicación en el periódico oficial.

### *2.3. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como Convención de Panamá, fue adoptada en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada por la Organización de los Estados Americanos con fecha 30 de enero de 1975, en vigor desde el 16 de junio de 1976, la cual tiene como antecedente la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional firmada en Ginebra, Suiza, el 21 de abril de 1961; esta última no constituye una fuente del arbitraje internacional para El Salvador, pero consideramos importante hacer referencia a ella por la importancia e influencia que tuvo, junto con la Convención de Nueva York, en los esfuerzos para alcanzar la citada Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, que vino a ser el primer instrumento internacional de tipo regional destinado a la regulación de la institución del arbitraje en el continente americano, contando actualmente con diecinueve países miembros.

### *2.4. Arbitraje de Inversión - Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*

Asimismo, El Salvador es parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido como Convenio Ciadi (Icsid, por sus siglas en inglés), suscrito en la ciudad de Washington, Estados Unidos de América, con fecha 18 de mayo de 1965, mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el cual tiene por objeto facilitar la sumisión de diferencias en materia de inversión entre Estados e inversionistas nacionales de otros Estados miembros a un procedimiento de solución alternativa de disputas a través de la conciliación y el arbitraje.

De igual modo, la Ley de Inversiones de El Salvador promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 732 de fecha 14 de octubre de 1999, en su capítulo V relativo a la solución de controversias, establece que en caso de controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y el Estado, referentes a inversiones de aquéllas efectuadas en El Salvador, los inversionistas podrán remitir la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), con el objeto de resolver la controversia mediante conciliación y arbitraje, de conformidad con el referido Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados; o, de conformidad con los procedimientos contenidos en el Mecanismo Complementario del Ciadi, en los casos que el inversionista extranjero parte en la controversia sea nacional de un Estado que no es parte contratante del convenio del Ciadi.

### 3. LA CONVALIDACIÓN (EXEQUÁTUR) DE LAS DECISIONES ARBITRALES EXTRANJERAS Y SU EJECUCIÓN

De conformidad con el artículo 79 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, así como aquéllos considerados como internacionales conforme a dicha ley, se ejecutarán en El Salvador, de conformidad con los tratados, pactos o convenciones que estén vigentes en la República o, en defecto de éstos, por las normas legales comunes.

El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional o extranjero se solicitará ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, según las atribuciones de competencias establecidas por el Código Procesal Civil y Mercantil de la República, atendiendo a las reglas establecidas en los tratados, pactos o convenciones vigentes y que resultaren aplicables o, en su defecto, por lo dispuesto en la citada norma procesal, excepto en materia de ejecución de sentencias de tribunales arbitrales internacionales creados por convenios obligatorios para El

Salvador, en cuyo caso no será necesaria la autorización otorgada por la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Civil, conforme lo establece la Ley Orgánica Judicial.

En caso de no existir tratados, pactos o convenciones vigentes en la República, aplicables en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales o extranjeros, según lo establece el artículo 82 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, la denegatoria respecto al reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero procederá únicamente a petición de parte interesada en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad.
- b) Que el convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo sometieron o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- c) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- d) Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contenga decisiones que excedan los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.
- 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.

- f) Que el laudo aún no es obligatorio para las partes o haya sido anulado o suspendido por un tribunal cuya legislación fue aplicada para dictar el laudo.
- g) El objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje de acuerdo a esta ley o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

Dicha disposición legal atribuye, además, a la Corte Suprema de Justicia la facultad de denegar de oficio el reconocimiento o la ejecución cuando compruebe que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o el laudo es contrario al orden público internacional.

En uno u otro caso, la parte que solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional deberá presentar dicho laudo y el acuerdo de arbitraje, ambos debidamente legalizados y, en su caso, traducidos al idioma castellano.

Una vez que dicho laudo haya sido reconocido por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, se podrá proceder con su ejecución en los mismos términos establecidos por la normativa procesal interna para la ejecución de sentencias nacionales.

Como puede verse, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador reproduce en gran medida lo que sobre el particular señala la Convención de Nueva York de 1958, la cual prescribe, en su artículo IV, los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, referidos en dicho instrumento como sentencias arbitrales, requiriéndole a la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución acompañar con su demanda la siguiente documentación:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.
- b) El original del acuerdo arbitral, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Señala, al igual que la normativa local, que si el laudo arbitral o el acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca dicho laudo, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, asimismo, una traducción a ese idioma de dichos documentos.

En cuanto a las causales que habilitan la denegatoria del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, el artículo V de dicha Convención señala que la denegatoria será procedente, si la parte contra la cual es invocada, prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, lo siguiente:

- a) Que las partes en él estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones

sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

- d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.
- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Señala también la Convención de Nueva York como causales de denegatoria al reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero, que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución compruebe:

- a) Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje.
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Todas y cada una de las causales anteriormente señaladas respecto a la denegatoria del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, fueron igualmente reproducidas en el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Finalmente, consideramos necesario destacar que el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, en vigencia desde el 1 de julio de 2010, incluye, a su vez, una serie de disposiciones legales relativas al ar-

bitraje internacional, de las cuales merece la atención destacar, respecto al tema de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, las siguientes:

Artículo 555.- También son títulos de ejecución las sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras que pongan fin a un proceso, y los laudos arbitrales extranjeros reconocidos en El Salvador. Dichos títulos tendrán fuerza ejecutoria en los términos que indiquen los tratados internacionales multilaterales, las normas de cooperación jurídica internacional o los tratados celebrados con el país del que provengan los títulos de ejecución. Una vez reconocido un título de ejecución extranjero, se procederá a darle cumplimiento conforme a las normas de ejecución forzosa contenidas en este código, salvo que los tratados internacionales dispongan otra cosa.

En cuanto al reconocimiento del título de ejecución extranjero, para el caso del laudo arbitral extranjero, el artículo 556 del Código Procesal Civil y Mercantil señala que cuando no hubiere tratados o normas internacionales aplicables al reconocimiento de dicho título como título de ejecución en El Salvador, éste deberá reunir, al menos, los siguientes requisitos:

- 1º Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane del tribunal competente según las normas salvadoreñas de jurisdicción internacional.
- 2º Que la parte demandada, contra la que se pretende realizar la ejecución, hubiese sido legalmente emplazada, aunque fuera declarada rebelde, siempre que se le hubiera garantizado la posibilidad de ejercer su defensa y que se le hubiese notificado legalmente la resolución.
- 3º Que la sentencia reúna los elementos necesarios para ser considerada como tal en el lugar donde se dictó, así como las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

- 4º Que la sentencia no afecte los principios constitucionales o de orden público del Derecho salvadoreño, y que el cumplimiento de la obligación que contenga sea lícito en El Salvador.
- 5º Que no exista en El Salvador un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada por un tribunal salvadoreño que produzca cosa juzgada.

#### 4. EL ORDEN PÚBLICO ANTE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje señala en su artículo 23 las materias que no podrán ser objeto de arbitraje, dentro de las cuales se encuentran «Los asuntos contrarios al orden público o directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público».

Asimismo, señala en su artículo 82, en el marco de las reglas de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, que la Corte Suprema de Justicia de El Salvador podrá, de oficio, denegar el reconocimiento o la ejecución cuando compruebe que según las leyes de la República el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o el laudo es contrario al orden público internacional. Esto último es, a su vez, reconocido por la Convención de Nueva York, en su artículo V.2, como causal que habilita la denegatoria al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera, cuando en el país en el cual se solicita dicho reconocimiento y ejecución resultare ello contrario al orden público.

El orden público viene a constituir uno de los denominados doctrinariamente conceptos jurídicos indeterminados, es decir, aquéllos derivados de situaciones que por su naturaleza no admiten una determinación rigurosa, pero que, presentadas en los casos concretos, deben ser analizadas al margen de la discrecionalidad para establecer su con-

currencia.<sup>4</sup> Es decir, que la ley no determina con exactitud los límites de los conceptos jurídicos indeterminados, porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso, es manifiesto que aun con dicha indeterminación admiten ser precisados al momento de su aplicación.<sup>5</sup>

La facultad de determinación de los conceptos jurídicos indeterminados, como el orden público, le viene impuesta a la Corte Suprema de Justicia, con base en lo establecido en el artículo 21 de la Constitución de la República. En tal sentido, jurisprudencialmente se ha señalado que el orden público es un término de debatida conceptualización «[...] el cual tiene un contenido histórico social que en su acepción más amplia constituye la estructura esencial del Estado, sin la cual sería imposible su existencia y estabilidad. El orden público puede definirse como el: “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras” (Manuel Ossorio: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales)».<sup>6</sup>

En el ámbito internacional la conceptualización del orden público corre una suerte similar, al ser considerado como una cláusula general del ordenamiento, equivalente a la terminología utilizada para los conceptos jurídicos indeterminados, que como tal no poseen un supuesto de hecho determinado. Los intentos por precisar el contenido del orden público y el orden público internacional no han logrado una definición precisa y uniforme, esto en virtud de que dichos conceptos no se encuentran relacionados con el orden público común a la generalidad

<sup>4</sup> Véase sobre la conceptualización de los conceptos jurídicos indeterminados, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de junio de 1996, proceso referencia n.º 41-S-91.

<sup>5</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de julio de 1997, proceso referencia n.º 80-R-96.

<sup>6</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 13 de junio de 2002, proceso referencia n.º 30-O-00.

de los Estados, denominado orden público transnacional, sino con los principios esenciales del orden público de cada Estado individualmente considerado, que en caso de transgredirse configuraría un claro impedimento respecto a la invocación de los efectos de un laudo arbitral extranjero.<sup>7</sup>

Actualmente, en El Salvador, no podemos hablar de una experiencia significativa respecto a la denegatoria en cuanto el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, lo cual incluye una falta de antecedentes respecto a la invocación del orden público como causal inhibitoria para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero. En ese sentido, puede afirmarse que de presentarse un caso en el que se invoquen vulneraciones al orden público como causal de denegatoria al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero, será preciso obtener un pronunciamiento de parte de la Corte Suprema de Justicia de lo que para el caso, en particular, constituya el orden público, a fin de determinar bajo parámetros jurídicos razonables la viabilidad del reconocimiento y ejecución de dicho laudo.

---

<sup>7</sup> HANOTIAU, Bernard y Olivier CAPRESSE. *Public Policy in International Commercial Arbitration y Public Policy in International Arbitration. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, editada por Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro. Cameron May, 2008.

## Capítulo 18

### COMENTARIOS AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Mario Castillo Freyre  
Rita Sabroso Minaya  
Jhoel Chipana Catalán



## COMENTARIOS AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ

*Mario Castillo Freyre*<sup>\*</sup>  
*Rita Sabroso Minaya*<sup>\*\*</sup>  
*Jhoel Chipana Catalán*<sup>\*\*\*</sup>

Sumario: 1. Introducción.— 2. Ámbito de aplicación.— 3. Materias susceptibles de arbitraje.— 4. Principios y derechos de la función arbitral.— 5. Arbitraje internacional.— 6. Arbitraje *ad-hoc* e institucional.— 7. Representación de la persona jurídica.— 8. Extensión del convenio arbitral.— 9. Los árbitros.— 10. El laudo.— 11. Canales de anulación de laudo.

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho; Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

\*\* Rita Sabroso Minaya, Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la misma Casa de Estudios. Profesora de Derecho de las Obligaciones y Arbitrajes Especiales en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, respectivamente.

\*\*\* Jhoel Chipana Catalán, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Cátedra en la misma casa de estudios.

## 1. INTRODUCCIÓN

Mientras estuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil peruano de 1984, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria<sup>1</sup> y el compromiso arbitral.<sup>2</sup> El primero era una especie de contrato preparatorio que se suscribía antes de que surgieran las controversias; y, el segundo, era el contrato definitivo que necesariamente tenía que celebrarse para acudir al arbitraje, cuando la controversia ya existía y estaba determinada.

Como resulta obvio, la cláusula compromisoria se suscribía cuando las partes se encontraban en el mejor momento de sus relaciones, a diferencia de la ocasión en que la ley les exigía suscribir el compromiso arbitral —como paso previo e ineludible— para acudir al arbitraje, en donde ya existía una controversia entre ellas.

En la práctica, lo que ocurría —en la mayoría de casos— era que una de las partes se negaba a suscribir el compromiso arbitral. Ante esa situación, la parte que quería resolver sus controversias vía arbitraje debía acudir al Poder Judicial, para que —luego de un largo proceso— sea el juez el que otorgara el compromiso arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, en virtud de este sistema (el regulado en el Código Civil de 1984), las partes terminaban en la mayoría de casos en manos de los jueces. Es decir, terminaban acudiendo forzosamente a donde no querían ir. Terminaban en manos de ese Poder Judicial cuya gestión es desaprobada mayoritariamente.

---

<sup>1</sup> El derogado artículo 1906 del Código Civil establecía que: «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

<sup>2</sup> Por su parte, el derogado artículo 1909 del Código Civil establecía que: «Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada,

De esta manera, como bien lo señala De Trazegnies,<sup>3</sup> el arbitraje resultaba siendo un sistema absolutamente inoperante.

Con la finalidad de corregir este sistema obsoleto, el 7 de diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje,<sup>4</sup> el cual recurrió a una nueva figura conocida en la doctrina y legislación comparada como «convenio arbitral».

Desafortunadamente, la primera Ley General de Arbitraje no reconoció —en su integridad— la moderna figura del «convenio arbitral», lo que ocasionó —en la práctica— otros problemas que hacían recordar a aquéllos que se presentaban con la dualidad de cláusula compromisoria y compromiso arbitral (ya que, aquí también las partes terminaban acudiendo forzosamente al Poder Judicial).

Por ello, en 1996 se expide la Ley n.º 26572, también denominada Ley General de Arbitraje.<sup>5</sup>

Esta segunda Ley no incurrió en el error de la anterior legislación, definiendo correctamente al convenio arbitral como aquel «acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».

De esta manera, la Ley n.º 26572 inició una regulación moderna del arbitraje y sentó las bases del desarrollo que hoy tenemos. Este desarrollo se manifiesta en una demanda creciente de arbitrajes, una

---

materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente».

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 550.

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992.

<sup>5</sup> Vigente desde el 6 de enero de 1996.

consolidación de las instituciones arbitrales y la formación de un mercado arbitral importante. Ciento es también que al lado de la ley han contribuido a este desarrollo, la apertura económica, la posición favorable del Estado para someterse a arbitraje, la aparición y/o consolidación de instituciones arbitrales, la proliferación de normas arbitrales en diversos ámbitos y la creciente conciencia de los operadores de que el arbitraje funciona con reglas propias y diferentes a las reglas del proceso civil.

Como bien anotaba Kundmüller,<sup>6</sup> la Ley n.º 26572 se caracterizaba por un sesgo privatista e innovador que simplificaba técnicamente el acceso al arbitraje, contrastando los antecedentes judicializantes del Derecho peruano en la materia.

Sin embargo, no cabía duda de que —luego de diez años de su promulgación— resultaba necesario realizar algunas modificaciones en determinados puntos, pues así lo exigía el avance que había mostrado el sistema arbitral en nuestro país.

De esta manera, el 25 de enero de 2006 se creó una Comisión Técnica<sup>7</sup> que elaboró un Proyecto Modificadorio, cuyas modificaciones parciales de la Ley General de Arbitraje buscaban ajustar ciertos aspectos importantes de la estructura arbitral, a fin de consolidar el desarrollo sostenido que viene experimentando el arbitraje en el Perú.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.º 26572». En *Advocatus. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. Lima, 2001, n.º 4, p. 121.

<sup>7</sup> Creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS.

<sup>8</sup> Al respecto recomendamos la lectura de: CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Irene MARTÍNEZ CÁRDENAS y Rosana ROSALES BÁSCONES. «Comentarios al proyecto de modificación de la Ley General de Arbitraje». En *Arbitraje y Debido Proceso*. En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores - Estudio Mario Castillo, 2007, volumen 2, pp. 187-295.

Dicha propuesta de modificación parcial fue acogida mayoritariamente, en junio del 2008, cuando se emite el Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje),<sup>9</sup> cuerpo normativo que adoptó una serie de modificaciones adicionales.

Esta nueva legislación arbitral se dio como consecuencia de que el Estado peruano se comprometió —en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos de América— a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje, como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia comercial.<sup>10</sup>

Pero vale aclarar que, en realidad, este fue un pretexto para promulgar el Decreto Legislativo n.º 1071, en la medida de que el Poder Ejecutivo gozaba de facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar con ocasión de este tratado celebrado con los Estados Unidos de América; y, como en efecto ocurrió, se consideró que el citado Decreto n.º 1071 podía salir dentro del paquete normativo» que se promulgó con ocasión del denominado «TLC» con los Estados Unidos de América. Decimos esto, en razón de que la anterior Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572), entonces vigente, ya promovía y facilitaba el arbitraje.

---

<sup>9</sup> Vigente desde el 1 de septiembre de 2008.

<sup>10</sup> El artículo 21.21 del referido Acuerdo establece lo siguiente:

«Artículo 21.21.- Medios alternativos para la solución de controversias

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975».

Esta nueva Ley de Arbitraje persigue cumplir con lo establecido en el citado Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, mejorando la regulación sobre el convenio arbitral y la ejecución de laudos arbitrales, como su propio texto señala, ajustándose a los estándares internacionales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.<sup>11</sup>

Ahora bien, cabe señalar que la Ley General de Arbitraje de 1996 también se ajustaba a dichos estándares internacionales, pero lo que la nueva Ley sí tiene como novedad central es el ser una ley monista, en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.

La mayoría de los cambios contenidos en la actual Ley de Arbitraje obedecen al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la Exposición de Motivos de la Ley, con ello se estandariza el tratamiento arbitral peruano acercándolo a los estándares internacionales.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Exposición de Motivos. Sustento y necesidad de la aprobación de la Ley.

<sup>12</sup> Como sabemos, la derogada Ley General de Arbitraje contemplaba un sistema dualista. Sobre el particular, Cantuarias comenta por qué se optó por dicho sistema:

La primera razón era que las normas sobre arbitraje internacional, fundamentalmente pretendían atraer hacia el Perú la práctica del arbitraje entre domiciliados en el extranjero. En ese sentido, resultaba mucho más sencillo para un domiciliado en el extranjero saber que nuestra ley reproducía prácticamente en toda su extensión la Ley Modelo Uncitral (la cual, al ser conocida mundialmente, permite conocer de antemano las reglas de juego), que tener que averiguar si las disposiciones particulares sobre arbitraje se acomodan a las necesidades de los potenciales usuarios extranjeros.

La otra razón fue que se tuvo en cuenta que era característico de las legislaciones arbitrales modernas el establecer para los arbitrajes internacionales reglas mucho

No obstante su unificación en un solo cuerpo de preceptos, ambos tipos de arbitraje no deben ser confundidos. Aunque la mayoría de las disposiciones sean comunes al arbitraje interno y al internacional, existen —como veremos más adelante— preceptos adaptados específicamente al arbitraje internacional y a las exigencias de flexibilidad del comercio internacional.<sup>13</sup>

Hoy en día, como señala Mantilla-Serrano,<sup>14</sup> un régimen dualista, es decir, que regule de manera separada y diferente el arbitraje interno y el internacional, sólo se justifica si el arbitraje interno está teñido de particularismos propios de instituciones judiciales, si se desarrolla bajo la fuerte influencia del procedimiento local y si su práctica es reticente a la adopción de un sistema arbitral menos rígido y más adaptado a las necesidades del convenio. Bajo estas circunstancias, separar el arbitraje internacional del arbitraje interno y dotarlo de un régimen específico, es la mejor solución para asegurarle un futuro.

Sobre el particular, Merino Merchán y Chillón Medina,<sup>15</sup> sostienen que la cuestión radica no en contraponer monismo a dualismo, sino en ver de qué forma se extiende la concepción de un ordenamiento singular para el arbitraje internacional, con efectos derogatorios de normas del arbitraje común o doméstico.

---

más liberales que para los arbitrajes nacionales, ya que, a diferencia de estos últimos, en los arbitrajes internacionales es mucho menor el interés del Estado en cuanto a su resultado. (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007, pp. 160 y 162).

<sup>13</sup> GONZALO QUIROGA, Marta. «Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 2, p. 355.

<sup>14</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 24.

<sup>15</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, tercera edición, p. 902.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1071 regula el ámbito de aplicación de la ley, estableciendo, en su inciso 1, que «se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria».

Dado que nos encontramos frente a la primera Ley de Arbitraje peruana que da un tratamiento uniforme tanto al arbitraje nacional como al internacional, este primer artículo no tiene antecedentes en el ordenamiento jurídico nacional.

Como es evidente, toda ley debe tener un ámbito de aplicación territorial. En el presente caso, como no podría ser de otra manera, el territorio de la República del Perú será el ámbito de aplicación de la norma bajo análisis, independientemente de si es un arbitraje nacional o internacional.

Ahora bien, debemos tener claro que cuando la norma hace referencia al «lugar» del arbitraje, en estricto se debe entender que se trata de la «sede» donde se llevará a cabo el arbitraje, la cual —según González de Cossío—<sup>16</sup> retiene un papel importante al ser el vínculo mediante el cual se fija la competencia del derecho y tribunales que asistirán al arbitraje.

En relación a este tema, es natural que en el inciso 1 del artículo 1 de nuestra Ley de Arbitraje se deje a salvo lo que se haya establecido por el Perú en materia de tratados internacionales y en leyes especiales que contengan disposiciones sobre arbitraje.

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 22.

Al respecto, Mantilla-Serrano<sup>17</sup> afirma que la Ley de Arbitraje cede, por una parte, frente a los tratados internacionales que versen sobre arbitraje, pero sólo cuando sean más favorables al convenio arbitral, al procedimiento arbitral o al laudo; y, por otra parte, siguiendo el principio de que la ley especial prima sobre la general, frente a las disposiciones sobre arbitrajes especiales.

Como podemos apreciar, si bien el criterio de territorialidad es la regla general, también se admite la posibilidad de que la norma se excluya y se dé preferencia a lo que se establezca en aquellos convenios internacionales en los que el Perú sea parte. Con este reconocimiento expreso se refuerza la eficacia de dichos convenios internacionales y se ratifica su validez.<sup>18</sup>

Así, frente a convenios internacionales, al igual que frente a leyes especiales,<sup>19</sup> la Ley de Arbitraje deja de tener una aplicación automática para pasar a ser supletoria en caso de vacío o deficiencia.

---

<sup>17</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>18</sup> Entre los más importantes convenios suscritos por el Perú, tenemos al Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, a la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional, a la Convención de Montevideo de 1979 sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, a la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, entre otros.

<sup>19</sup> Entre la normativa especial sobre arbitraje en nuestro país, se encuentran el Decreto Legislativo n.º 1017 (que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado), artículos 40, literal b, 52 y 58; el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (que es el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado), artículos 215 y siguientes; la Resolución n.º 258-2008-CONSUCODE-PRE (que es la norma que aprueba el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones y adquisiciones del Estado); la Ley n.º 29571 (que constituye el Código de Protección y Defensa del Consumidor), artículo VI, inciso 6, del Título Preliminar, y artículos 137 y siguientes; el Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS (que crea el programa de arbitraje popular); entre otros.

Por otro lado, la nueva Ley de Arbitraje también señala que determinadas normas de la Ley, que están mencionadas en el inciso 2,<sup>20</sup> son de aplicación cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

El referido inciso 2 constituye una excepción al principio de territorialidad, ya que los numerales que en él se mencionan son aplicables a los arbitrajes que se hallen fuera del Perú, a saber: el tema de competencia en la colaboración y control judicial; el de contenido y forma del convenio arbitral; el de extensión del convenio arbitral; el de excepción de convenio arbitral; el de colaboración judicial; el de ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral; el de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; entre otros.

A entender de Maluquer de Motes,<sup>21</sup> en general, éstas son normas que especifican la competencia de los tribunales, lo que viene a significar que ratifican el principio de territorialidad y, lógicamente, su voluntad de no hacer dejación del mismo.

### 3. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

El inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

Como se puede apreciar, la Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias

<sup>20</sup> Por su parte, el inciso 2 del referido artículo 1 establece que «las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8, en los artículos 13, 14, 16, 45, numeral 4 del artículo 48, 74, 75, 76, 77 y 78 de este Decreto Legislativo, se aplicarán, aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú».

<sup>21</sup> MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Ámbito de aplicación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 53.

que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como por ejemplo los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones —Appri—; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión —TBI— (o, en inglés, *Bilateral Investment Treaties* —BIT—); así como los multilaterales en los que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del porqué se prescindió del criterio negativo.

A entender de Yáñez Velasco,<sup>22</sup> desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que aboca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

Eliminado el criterio negativo en la actual Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es arbitrable o no.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que «cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral».

---

<sup>22</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 160.

Resulta evidente la importancia de ese inciso, el cual constituye una innovación en el ordenamiento arbitral peruano, ya que otorga preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cobija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones. También se aplica a las empresas o aun a las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte.<sup>23</sup>

Asimismo, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 2 se aplica tanto para los arbitrajes que se desarrollan en el Perú como para aquéllos que tengan lugar en el extranjero.

La idea es que el Estado sea tratado como un particular, evitando que haga uso de algún tipo de prerrogativa, a fin de evitar acudir a la vía arbitral.

Sobre el particular, Merino Merchán y Chillón Medina<sup>24</sup> señalan que el precepto en cuestión constituye una regla material del arbitraje internacional que ha sido reconocida en muchas ocasiones por los árbitros internacionales en relación a asuntos relativos a los denominados *state contracts*, que ha sido progresivamente diseñada por los tribunales judiciales, y ha sido asimilada por la práctica internacional del *estoppel*, traducción inmanente del principio de la ilicitud de actuar contra los propios actos y que se ha incorporado al derecho convencional y finalmente a los diversos derechos nacionales.

---

<sup>23</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>24</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, pp. 166-167.

La doctrina anglosajona establece una amplia clasificación del *Estoppel*<sup>25</sup> y en dicha clasificación encontramos el *Estoppel by representation*, que es un subtipo del *Estoppel by fact in país*, pero es la forma más importante y característica del *Estoppel* en el moderno Derecho inglés.

La idea fundamental del *Estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la intención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en otra, ya que existe el deber de tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.

La *representation* puede originarse por medio de una declaración (*Estoppel by words*) o por medio de una conducta (*Estoppel by conduct*). Sin embargo, si bien la conducta o la declaración deben ser voluntarias, ello no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa, ni conocida, ni intencionalmente falsa; ya que basta que la persona destinataria de la representación haya obrado, a su vez, modificando la situación anterior en base a la confianza depositada en aquella primera manifestación de voluntad.

Por ello, en el caso del arbitraje internacional, si una de las partes es un Estado (o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado), no puede invocar válidamente las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse de las obligaciones derivadas del convenio

---

<sup>25</sup> Tenemos las siguientes clases:

- *Estoppel by record*
- *Estoppel by deed*
- *Estoppel by fact in país*: los casos más significativos de esta clase son:
  - (i) *Tenancy*
  - (ii) *Bailment*
  - (iii) *Patents*
  - (iv) *Estoppel by representation*
  - (v) *Estoppel by acquiescence*; y
  - (vi) *Laches*.

arbitral, ya que ha quedado vinculado por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en la otra parte.

En otras palabras, si el Estado (o sociedad, organización o empresa controlada por un Estado) suscribió un convenio arbitral, no podrá desconocer válidamente los efectos del referido convenio, argumentando inmunidad de jurisdicción propia o alguna otra característica de su soberanía estatal.

#### 4. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje regula los principios y derechos de la función arbitral. El inciso 1 del artículo 3 de la Ley de Arbitraje tiene como antecedente el artículo 5 de la Ley Modelo Uncitral, que establece de manera expresa que «en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga». Sin embargo, los incisos 2 al 4 del citado artículo 3 no tienen un antecedente en la Ley Modelo Uncitral, ya que dichos preceptos son consecuencia de la práctica arbitral peruana previa a la vigencia de la actual Ley de Arbitraje.<sup>26</sup>

En efecto, desde la vigencia de la primera Ley de Arbitraje en el Perú, siempre quedó la duda sobre cuáles eran los límites en las competencias de los tribunales ordinarios de justicia para poder tomar injerencia en los procesos arbitrales en curso.

---

<sup>26</sup> Sin embargo, cabe señalar que la intromisión del Poder Judicial en los arbitrajes no es un problema exclusivo de la práctica arbitral peruana.

En efecto, la jurisprudencia arbitral internacional presenta ejemplos sobre casos en los que tribunales arbitrables internacionales han tenido que enfrentar medidas de tribunales estatales que buscan obstaculizar la consecución de procedimientos arbitrales. Sobre el particular, recomendamos consultar la obra de GONZÁLEZ DE Cossío, Francisco. *Op. cit.*, pp. 315-323.

Esta situación generó que en los últimos años de la década de los noventa y en los primeros años de la década pasada, se produjeran interferencias notorias en los procesos arbitrales en curso, tanto por parte de jueces civiles, jueces constitucionales y jueces penales.

La propia Exposición de Motivos nos dice que el artículo 3 responde a «la preocupación que actualmente existe en el medio acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias [...]. El control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* del laudo que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del sistema judicial de velar por el cumplimiento de la ley y el derecho de defensa de las partes».

Como bien señala el propio Caivano,<sup>27</sup> la jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares.

En efecto, como sabemos, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes sólo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

El primer inciso del artículo 3 de la Ley de Arbitraje establece que en los asuntos que se rijan por dicha norma, «no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga».

---

<sup>27</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000, 2.<sup>a</sup> edición, p. 24.

Así, salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda.

A nuestro entender, lo que se busca es consagrar el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, principio que ha sido reconocido expresamente en diversos e importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú.

El Tribunal Constitucional del Perú ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y a la decisión voluntaria de las partes, reiterando la protección del arbitraje por el principio de no interferencia, consagrado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política.

Es decir, el Tribunal Constitucional ha subrayado la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la derogada Ley General de Arbitraje y en el artículo 41 de la actual Ley de Arbitraje, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, constitucional o penal.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional —con acertado criterio— ha reconocido la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas a su fuero, con inde-

pendencia de la judicatura ordinaria. Es más, tratándose de materias de su competencia, el control judicial en materia arbitral debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación (si se hubiera pactado) y anulación del laudo.

De esta forma, se ha establecido la no intervención de autoridad judicial alguna en los casos arbitrales (inciso 1 del artículo 3 bajo comentario) y esta norma es reiterada y está especificada en muchos otros preceptos de la propia ley. Tanto así, que en el inciso 2 del artículo 3 se señala que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

Es evidente que el inciso 2 del artículo 3 está haciendo alusión al tema de la no intervención judicial, en la medida de que no podría concebirse que se den órdenes y posiciones de otras autoridades que no sean las autoridades judiciales.

Por su parte, el inciso 3 del artículo 3 señala que el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

Aquí también hay algunos puntos directamente relacionados con lo anterior. Y es que, en primer lugar, el reiterar las atribuciones del tribunal arbitral para iniciar el trámite de las actuaciones arbitrales se debe a la mala práctica de tribunales ordinarios que amparaban medidas cautelares para que los tribunales no pudieran instalarse. Lo propio con relación a la continuación del trámite de las actuaciones arbitrales, pues era común que tribunales ordinarios decretaran que los tribunales arbitrales que ya se habían instalado, no podían continuar con las actuaciones hasta que se reabriera la cuestión de fondo en materia civil, penal o constitucional, por cuanto se había decretado una medida cautelar.

La autonomía es entendida como «el respeto, al interior del propio órgano, del desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública. Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio [árbitro]. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el [árbitro] se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política».<sup>28</sup>

De otro lado, el propio inciso 3 subraya la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, constitucional o penal.

Este tema resulta bastante importante, por cuanto la competencia del tribunal arbitral no puede ser discutida de acuerdo a la ley peruana, en otro fuero que no sea el propio fuero arbitral.

Si primero se discutiera la competencia del tribunal arbitral en sede judicial, pues, simplemente tendríamos una especie de círculo vicioso, ya que para recurrir al arbitraje, habría primero que agotar toda una discusión, en un proceso judicial en el cual se resuelva como materia controvertida, en el sentido de si el tribunal arbitral es o no competente para conocer el arbitraje.

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el expediente n.º 2465-2004-AA-TC.

Esto representaría simple y llanamente un contrasentido y, por ende, conllevaría el fin del arbitraje.

Ahora bien, a pesar de que, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, los tribunales arbitrales pueden decidir positivamente a favor de su propia competencia, podría existir algún proceso civil sobre materia conexa a aquélla que se venga discutiendo en el plano arbitral.

Entendemos que los tribunales ordinarios no pueden discutir la competencia del tribunal arbitral para conocer la materia controvertida, lo que no implica que los tribunales ordinarios no puedan considerarse competentes para conocer materias conexas a la materia que está siendo controvertida en un tribunal arbitral.

Finalmente, el inciso 3 también establece que el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para dictar el laudo.

Lo que se busca es desterrar ciertas prácticas —acciones de garantía y medidas cautelares— a las cuales también se solía recurrir, a efectos de interrumpir el proceso y evitar que el tribunal laude. Es decir, que a pesar de que se había desarrollado todo el proceso, se evitaba poner fin al mismo.

Por si fuera poco, en el inciso 4 de este artículo 3, se subraya que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales, podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior, mediante recurso de anulación del laudo contemplado en la propia Ley.

También es importante señalar que la norma agrega en su parte final que esta disposición está sujeta a responsabilidad. Cabe aquí hacerse la interrogante en el sentido de ¿a responsabilidad de quién? Pues, a responsabilidad de las autoridades judiciales o de cualquier otra que

quiera interferir en el desarrollo de un proceso arbitral, salvo que sea el control *ex post* a través del recurso de anulación.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la anulación de laudo es la única vía. Incluso, el Tribunal Constitucional peruano<sup>29</sup> entiende —tal y como está establecido en la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje— que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Se debe tener presente que el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que el recurso de anulación no es una vía previa al amparo, sino la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho.<sup>30</sup>

## 5. ARBITRAJE INTERNACIONAL

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje indica cuándo estaremos frente a un arbitraje internacional, estableciendo que tendrá dicho carácter cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

---

<sup>29</sup> Expediente n.º 0142-2011-AA/TC.

<sup>30</sup> Los únicos casos en donde sí procede un amparo arbitral son:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional;
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; y
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

- a) Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
- b) Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
- c) Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje se basa en los incisos 3) y 4) del artículo 1 de la Ley Modelo Uncitral. Sin embargo, cabe hacer la salvedad de que —a pesar de seguir los criterios establecidos por la Ley Modelo Uncitral— un arbitraje no necesariamente será considerado internacional en todo el mundo. En el caso de cuestionarse si un determinado arbitraje es o no de carácter internacional, la respuesta dependerá de lo que disponga el derecho nacional pertinente.

Según Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides,<sup>31</sup> el término «internacional» se utiliza para señalar la diferencia existente entre arbitrajes puramente internos o nacionales y aquéllos que en alguna forma trascienden los límites nacionales y, por ende, devienen en internacionales.

A entender de los citados autores, algunas veces se dice que todo arbitraje es un arbitraje «nacional», en el sentido de que necesariamente debe celebrarse en un lugar determinado y, por ende, se encuentra sujeto al derecho interno del lugar en cuestión. Si bien ello puede constituir un punto interesante de discusión, en la práctica se acostumbra a trazar

<sup>31</sup> REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 73.

una distinción entre los arbitrajes que son puramente «nacionales» y aquéllos que son «internacionales» (en razón de la naturaleza de la controversia, la nacionalidad de las partes o algún otro criterio pertinente).

La actual Ley de Arbitraje (al igual que la derogada) al referirse al arbitraje internacional ha eliminado el término «comercial», que sí está contemplado por la Ley Modelo Uncitral.

En efecto, como señala Cantuarias,<sup>32</sup> a fin de evitar malas interpretaciones del término «comercial», se optó por eliminarlo, evitando —de esta manera— una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas. Ello, en tanto ni la propia Ley Modelo Uncitral proporciona una definición precisa de lo que se entiende por «comercial».

Ahora bien, el literal a) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje regula el supuesto en el que las partes —al momento de la celebración del convenio arbitral— tienen domicilios en Estados diferentes.

A nuestro entender, no importa que una de las partes tenga su domicilio en el Perú, en tanto la otra no lo tiene, ya que ello implica la presencia de un elemento extranjero.

Asimismo, cabe resaltar que el momento determinante a efectos de evaluar si estamos o no frente a un arbitraje internacional, es —como expresamente se señala— el momento de la celebración del convenio. Ello implica que una vez celebrado el convenio arbitral, no resulta relevante el hecho de que, por ejemplo, luego ambas partes domicilien en el Perú.

Sobre el particular, Yáñez Velasco<sup>33</sup> señala que en este supuesto se observa con claridad que los interesados pactaron un arbitraje inter-

<sup>32</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 185.

<sup>33</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 219.

nacional y el mismo se mantendrá pese a vicisitudes posteriores, salvo que un nuevo pacto (es decir, de todos los contratantes) alterase las circunstancias.

El literal b) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje hace referencia al lugar «determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste». Ello significa —a entender de Mantilla-Serrano<sup>34</sup> que no se requiere que el lugar conste expresamente en el convenio arbitral. Basta que el convenio arbitral, de manera directa (por ejemplo, dando la facultad a los árbitros de seleccionar dicho lugar) o indirecta (por ejemplo, mediante la remisión a un reglamento de arbitraje), permita su determinación para que pueda ser tenido en cuenta como criterio de internacionalidad.

Al respecto, Cantuarias<sup>35</sup> sostiene que en este supuesto forzosamente tendremos que concluir que se aplicará cuando ambas partes tengan sus domicilios en un mismo Estado diferente al Perú (ya que si tienen sus domicilios en Estados diferentes, estaremos en el primer supuesto analizado). De esta manera, por ejemplo, si ambas partes domicilian en Argentina y deciden arbitrar en el Perú, pues lo harán en base a nuestras disposiciones arbitrales internacionales.

Por su parte, García-Calderón<sup>36</sup> coincide con Cantuarias, al afirmar que el lugar o sede del tribunal hace que un arbitraje sea internacional, incluso, si las partes de una relación jurídica están vinculadas a un solo ordenamiento.

De esta manera, García-Calderón señala que si ambas partes domicilian en el Perú, y la obligación principal se ejecuta en el Perú y el

---

<sup>34</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>35</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>36</sup> GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: CECO-SAMI S.A., 2004, p. 48.

contrato se celebró en el Perú, pero la sede es en el extranjero, será un arbitraje internacional.

Se trata, según nos dice el citado autor, de una opción legislativa, ya que se ha considerado relevante que la sede donde se lleve el arbitraje va a impregnar de un elemento internacional importante a todo el procedimiento, ya que el laudo arbitral, al haber sido emitido en un país distinto al que se quiere ejecutar, va a requerir de un procedimiento de reconocimiento y posterior ejecución de un laudo pronunciado en el extranjero.

Por otro lado, el literal c) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje hace referencia al «lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica» o al «lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha».

Merino Merchán y Chillón Medina<sup>37</sup> sostienen que «la relación más estrecha» es objeto de interpretación como concepto jurídico indeterminado y deberá ser realizado por los aplicadores.

Como bien señala Cantuarias,<sup>38</sup> este supuesto resulta un tanto más complicado de precisar, ya que a diferencia de los dos criterios anteriores en los que basta apelar al elemento «domicilio» para confirmar o descartar la aplicación de las disposiciones arbitrales internacionales peruanas, aquí deberá probarse que la relación jurídica está vinculada con terceros Estados.

De esta manera, aun cuando ambas partes domicilien en el Perú, si acuerdan arbitrar en nuestro país, dicho arbitraje se desarrollará al amparo de las disposiciones sobre arbitraje internacional, siempre y cuando «el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones

---

<sup>37</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 915.

<sup>38</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 190.

de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha» se encuentre fuera del Perú.<sup>39</sup>

Cabe señalar que la actual Ley de Arbitraje precisa que este supuesto se refiere a aquellos casos en que las partes domicilian en el Perú.

Hay que precisar, como bien señala García-Calderón,<sup>40</sup> que no será internacional si se dan otros elementos de conexión distintos a los señalados taxativamente. Así, si las partes domicilian en el Perú y celebran un contrato en el Perú para ser ejecutado en nuestro país, pero señalan que la ley aplicable será la ley colombiana, ese arbitraje seguirá siendo nacional, porque para el legislador peruano no es un elemento relevante la ley que regulará a los árbitros en la solución del fondo del conflicto.

Asimismo, cabe señalar que la Ley de Arbitraje —a diferencia del literal c), inciso 3 del artículo 1 de la Ley Modelo Uncitral— no ha contemplado la posibilidad de que estemos frente a un arbitraje internacional cuando «las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado».

Sanders, Fouchard y otros<sup>41</sup> critican este criterio consagrado en la Ley Modelo Uncitral, que permite a las partes acordar la internacionalización del arbitraje, sobre la base del fraude al Derecho interno a que puede dar lugar.

Por su parte, Mantilla-Serrano<sup>42</sup> sostiene que la no inclusión de una norma como la contenida en la Ley Modelo Uncitral evita el riesgo de

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>41</sup> Citados por CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Arbitraje internacional». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 90 (pie de página n.º 18).

<sup>42</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 55.

arbitrajes «internacionalizados» de manera artificial, ya que su inclusión hubiera permitido que el mero juego de la voluntad de las partes bastara para volver un arbitraje internacional.

Finalmente, conviene precisar que los criterios contemplados por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje son excluyentes. Es decir, bastará cumplir con uno de ellos para que podamos afirmar que nos encontramos frente a un arbitraje internacional.

## 6. ARBITRAJE *AD-HOC* E INSTITUCIONAL

El inciso 1 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje señala que podemos estar frente un arbitraje *ad-hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.

Como en toda administración de justicia, el procedimiento del arbitraje debe estar sometido a una reglamentación. Así pues, podemos distinguir en función de ello que el procedimiento arbitral puede estar reglamentado libremente por las partes, o bien por las normas estatuidas por alguna institución dedicada a ofrecer servicios de arbitraje. En otras palabras: o la administración del arbitraje la realizan las partes estableciendo sus propias reglas de juego, o la hace un Centro de Arbitraje a través de un reglamento. En el primer caso estaremos ante un arbitraje libre o *ad-hoc*. En el segundo, de cara a un arbitraje institucionalizado.

El inciso 2 del referido artículo 7 establece que las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas con o sin fines de lucro. Asimismo, establece que cuando se trate de instituciones públicas o de instituciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Esta norma posee una parte antigua y una parte nueva.

La parte antigua es la reiteración de que las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, pero se precisa que dichas personas jurídicas pueden ser con o sin fines de lucro.

En este caso, nos parece importante subrayar esto, por cuanto la seriedad que debe motivar la conducción o administración de un proceso arbitral debe pasar necesariamente por la institucionalidad, es decir, por el hecho de que las personas jurídicas subsistan a la vida de quienes las conforman. Y el hecho de que sea una persona jurídica, da visos de mayor seriedad sobre personas naturales que administren arbitrajes.

La parte nueva del segundo párrafo es la relativa a las instituciones públicas, porque prevé el funcionamiento de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, que deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Como se puede apreciar, por una cuestión de supervisión, la Ley de Arbitraje establece que las instituciones públicas que se dedican al tema arbitral se inscriban en el Ministerio de Justicia.

Creemos que ha hecho bien la actual Ley de Arbitraje al supervisar *ex ante* a las instituciones públicas, aunque también hubiera sido preferible una supervisión de igual naturaleza para los centros de arbitraje particulares y privados.

Actualmente, dentro de esta calificación —la de instituciones públicas con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras— podríamos mencionar al Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) y al Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia (Arbitra Perú).

El artículo 233 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, establece que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE)

podrá proporcionar apoyo administrativo constante o servicios de organización y administración de arbitrajes y demás medios de prevención, gestión y solución de controversias.

La organización y administración de los arbitrajes a que hace mención el referido artículo 233, se brinda a través del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE).

Sobre todo lo relativo a la estructura del Sistema y reglas del arbitraje, debemos remitirnos al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, que a pesar de ser anterior a la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es el único Reglamento que —por el momento— regula este tema.<sup>43</sup>

Por su parte, el 4 de diciembre de 2008, el Ministerio de Justicia lanzó el programa «Arbitra Perú», a fin de que el arbitraje popular esté al alcance de la mayoría de peruanos como un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En efecto, mediante Resolución Ministerial n.º 0639-2008-JUS,<sup>44</sup> se aprobó el Estatuto y Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia.

El Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú» tiene como finalidad tramitar las controversias que se sometan a su jurisdicción derivadas del derecho de propiedad, posesión, de los derechos y obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual y toda clase de controversias de libre disposición que las partes decidan acordar, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UITs).

<sup>43</sup> En efecto, desde la entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, el OSCE no ha emitido un nuevo Reglamento. Ver <http://www.osce.gob.pe/subportal.asp?ids=7>.

<sup>44</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 4 de diciembre de 2008.

Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 7 de la Ley de Arbitraje señala que en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. La misma regla se aplicará cuando exista designación incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.

Consideramos adecuado que el inciso 3 especifique qué hacer en dichas situaciones, ya que antes eran temas sueltos.

Uno de los riesgos que se corre estableciendo que el arbitraje va a ser administrado y organizado por un determinado Centro, es que las expectativas de funcionamiento del Centro no sean las que uno tenía.

Así, por ejemplo, si celebramos un contrato en el que se incluye la cláusula arbitral modelo de un Centro de Arbitraje y, al pasar el tiempo, se presenta una controversia entre las partes, nos damos con la sorpresa de que el Centro está desactivado (ya no existe).

Con la derogada Ley de Arbitraje no se tenía claro cómo proceder ante ese supuesto. Algunos podrían sostener que se convertía en un arbitraje *ad-hoc*; sin embargo, válidamente también se hubiese podido sostener que la cláusula arbitral carecía de efectos y que los tribunales ordinarios adquirían nuevamente competencia.

En efecto, podría haber ocurrido que ante la inexistencia del Centro de Arbitraje al momento de presentarse la controversia, una de las partes hubiese querido forzar a la otra a ir un arbitraje *ad-hoc*, mientras que la otra se hubiese negado, aduciendo que las partes renunciaron a la jurisdicción ordinaria a efectos de que en la eventualidad de una controversia, ella sea resuelta en dicho Centro de Arbitraje (el que ahora no existe), por sus cualidades y características específicas, y que, al no

existir dicho Centro de Arbitraje, la controversia debería ser resuelta en la jurisdicción ordinaria.

En dicho supuesto —siguiendo la actual Ley de Arbitraje— se entenderá que la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad-hoc*, salvo, obviamente, que las partes se pongan de acuerdo en acudir a otro Centro de Arbitraje o para acudir al Poder Judicial.

Dentro de tal orden de ideas, uno de los aspectos importantes del artículo 7 de la actual Ley de Arbitraje es que sí regula expresamente el supuesto de inexistencia del Centro de Arbitraje inicialmente pactado por las partes.

Además, nos parece adecuado que se haga referencia a la posibilidad de que una institución arbitral no acepte el encargo, en la medida en que ese extremo pasaría por la libertad de contratar que posee la propia institución arbitral.

Ahora bien, todo esto admite pacto distinto de las partes, como no podría ser de otra forma, pues se trata de una norma de carácter dispositivo.

El cuarto párrafo del artículo 7 de la Ley de Arbitraje establece que el reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

Finalmente, cabe resaltar el hecho de que el artículo 7 de la Ley de Arbitraje no tiene antecedente en la Ley Modelo Uncitral.

## 7. REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

El artículo 10 de la Ley de Arbitraje regula el tema de la representación de las personas jurídicas en los arbitrajes. Ni en la Ley Modelo Uncitral

ni en las anteriores leyes de arbitraje peruanas encontramos un antecedente a dicho artículo.

Incluso, sobre el particular, la Exposición de Motivos señala que la derogada Ley General de Arbitraje no se pronunciaba expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someterse a arbitraje o participar en el proceso arbitral, lo que generó conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios, que podían limitar —en el futuro— el desarrollo del arbitraje.

El inciso 1 del artículo 10 establece que «Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales».

Por su parte, el inciso 2 señala que «Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos».

En otras palabras, el artículo 10 incluye una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que con el solo nombramiento como gerente general o como administrador de una persona jurídica, se tendría la facultad para celebrar convenios arbitrales que obliguen a la persona jurídica, o la facultad para representarla durante los procesos arbitrales, ejerciendo así todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna.

Sin embargo, cabe resaltar que cabe la posibilidad de que el estatuto de la persona jurídica contenga una disposición distinta o que el órgano correspondiente llegue a un acuerdo en sentido contrario.

Nos parece de suma importancia que se regule el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral.

El tema sin esta norma, evidentemente, era no sólo discutible, sino que debía entenderse en el sentido contrario de lo que estipula el artículo 10.<sup>45</sup>

De otro lado, el inciso 2 del artículo bajo estudio también nos parece positivo, porque se establece que la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos y luego no se cuestione que se ha excedido el representante en cuanto a los poderes conferidos por su representado.

De esta manera, y tal como señala la Exposición de Motivos, se uniformiza en una sola norma el tema de las facultades de los repre-

<sup>45</sup> Si bien, como lo hemos señalado, nos parece de suma importancia que se regule el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, considerábamos que en ausencia de tal regulación, es decir, con la legislación anterior, la interpretación que debía seguirse era la contraria.

En efecto, en ausencia de estipulación legal el gerente general o el representante de una persona jurídica debía contar con facultades expresas para celebrar convenios arbitrales, para representarla en procesos arbitrales y para ejercer todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna, e incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

Ello, habida cuenta de que el convenio arbitral constituye, de alguna manera, un acto de disposición de derechos (al implicar la renuncia al derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria, para someterse a una jurisdicción alternativa) y, por tanto, requeriría de la existencia de poderes especiales, esto es de facultades específicas (principio de especialidad) otorgadas para tales efectos (principio de literalidad). De esta manera, el convenio arbitral no podría ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. (Ver CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral». En *Revista Jus. Doctrina & Práctica*. n.º 7, Lima: Grijley, julio 2007, pp. 221-235).

sentantes de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y para representarlas en procesos arbitrales, sin necesidad de acudir a otras normas distintas.

## 8. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Otra novedad de la Ley de Arbitraje, la encontramos en el artículo 14, el cual establece que «el convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

Este precepto no posee concordancia ni antecedente dentro de la normativa nacional ni internacional. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje es una novedad a nivel mundial.

La jurisprudencia estadounidense tiene en el caso Thompson a su figura más emblemática en lo que respecta a este tema. Caivano<sup>46</sup> sintetiza los supuestos, según esta sentencia, en los que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un tercero que no lo suscribió. Así, tenemos: incorporación por referencia, asentimiento tácito, relación de agencia, penetración del velo societario, *estoppel* e interrelación.

De Trazegnies,<sup>47</sup> respecto a la práctica internacional, ha señalado que los juristas que se adhieren a la *lex mercatoria* (idiosincrasia, usos

<sup>46</sup> CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, pp. 129 y ss.

<sup>47</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, n.º 29, p. 18.

y costumbres del mercado) han estado entre los más entusiastas para introducir en el arbitraje a no signatarios en aras de la buena fe comercial, que es la base de la seguridad recíproca y, consecuentemente, del desarrollo del mercado y de los negocios. Obviamente, su acercamiento a esta tesis no deja de ser cauteloso y por ello exigen tres condiciones: que (i) las empresas no signatarias hayan estado involucradas en la operación económica; (ii) esas empresas, aunque no hayan sido signatarias, sean partes efectivas del negocio y, por tanto, estén vinculadas directamente al tema controvertido; y, (iii) esas empresas no signatarias hayan obtenido utilidades o ventajas con el negocio en discusión.

Por otro lado, como bien señala el citado autor,<sup>48</sup> «los términos de sometimiento de una controversia a un juez y a un tribunal arbitral son bastante diferentes. Mientras que el juez, en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar y, por tanto, puede pensarse que no podría [...] incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral».

Es evidente que las consecuencias de implicar en un proceso judicial a un tercero, son visiblemente distintas que aquéllas que podrían presentarse si se implica a un tercero en un proceso arbitral. En este análisis sólo haremos referencia a este segundo supuesto, pues abordar el primero excedería el propósito de esta obra.

Así, la primera parte del artículo 14 establece la extensión del convenio arbitral a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

<sup>48</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 16.

Como señala Bullard,<sup>49</sup> no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar de que no lo firma. A quien se trae al arbitraje y se hacen extensivos los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria.

El contenido del artículo 14 no debe ser tomado como una regla general. Jurídicamente hablando, lo sano y lógico es que no se pueda incorporar a un tercero no signatario en un convenio arbitral. Sin embargo, y sólo al momento de analizar cada caso en particular, se podrá aceptar, excepcionalmente, que esto ocurra.

En ese sentido, se deberá exigir que se presenten en el caso una serie de presupuestos, a saber: consentimiento, buena fe, participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato; pretender derivar un beneficio del contrato.

## 9. LOS ÁRBITROS

Una vez más, la Ley de Arbitraje, a través del artículo 19, reafirma su postura en el sentido de otorgar a las partes plena libertad para regular sus intereses.

De la misma forma, y de manera oportuna, la ley señala que sólo en caso de que no haya acuerdo (entiéndase como acuerdo el hecho de que las partes no se pronunciaron sobre el particular, o, discutiéndolo, no llegaron a una decisión conjunta) o exista duda, se entiende que los árbitros serán tres.

---

<sup>49</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 209.

Por otro lado, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje exige que para el desempeño de la función arbitral no se debe tener restricciones en cuanto a los derechos civiles,<sup>50</sup> es decir, que no sean incapaces relativos o que no sean incapaces absolutos.

Sobre el particular, cabe precisar que la capacidad de un árbitro de ejercer plenamente sus derechos civiles se determina según la ley de su domicilio y no según la ley peruana si el árbitro, siendo peruano o de cualquier otra nacionalidad, ocasionalmente en funciones en el Perú, no tuviese domicilio en nuestro país.<sup>51</sup>

El artículo 20 de la Ley de Arbitraje bajo análisis establece que las personas que sean designadas como árbitros, no deben tener incompatibilidad para actuar como tales. Esto último en relación a lo señalado en el artículo 21 de la propia ley, que establece que «tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

Por otro lado, cabe recordar que el tema de la incompatibilidad se encuentra íntimamente relacionado con lo establecido por el artículo 63, inciso 1, literal c), que señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la compo-

<sup>50</sup> Sobre la capacidad de ejercicio, Fernández Sessarego (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima: Grijley, 2004, 9.<sup>a</sup> edición, pp. 143 y ss.) sostiene que ésta es entendida como la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho de ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto persona.

Se considera, de acuerdo a la ley vigente, la edad de dieciocho años para la adquisición de la plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles.

Se supone, de acuerdo a la realidad social, que a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento.

<sup>51</sup> Sobre el particular, recomendamos ver LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Capacidad». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 292.

sición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Vale decir, que este requisito de compatibilidad deberá tenerse muy en cuenta, ya que su inobservancia podría acarrear la nulidad del laudo arbitral.

Establece, además, el artículo 20 de la Ley, como regla general el hecho de que la nacionalidad de una persona no es obstáculo para que pueda actuar como árbitro. En ese sentido, sería perfectamente posible que una persona extranjera pueda ejercer en el Perú la función de árbitro.

Esta última parte de la ley, a diferencia de la primera, tiene carácter dispositivo y creemos que ello está bien. Prima en este extremo la libre autonomía de la voluntad de las partes y se respeta un principio constitucionalmente reconocido: la no discriminación.

Sobre lo último, cabe señalar que nuestra Constitución Política, en su artículo 2, inciso 2, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Por otro lado, y sólo como una reflexión atendiendo al principio de reciprocidad —que es uno bastante difundido y respetado en la experiencia internacional—, tal vez hubiera sido idóneo que se exija reciprocidad, vale decir, la misma condición en el país del árbitro, con respecto a profesionales de nuestro país. Así, fomentaríamos que se deroguen las

normas que no aceptan que extranjeros desempeñen estas funciones en otros países.

Para concluir con nuestros comentarios a este artículo, diremos que los requisitos enunciados por la legislación son los mínimos, por debajo de los cuales no es posible adquirir la calidad de árbitro. Ello, obviamente, no cercena el derecho de las partes a través del convenio arbitral, o de una institución que administra arbitrajes, de agravar los requisitos, imponiendo mayores exigencias que las que imponen los textos legales.

Los recaudos establecidos por ley no pueden dejarse íntegramente de lado, ni obviarse por pacto en contrario, porque importan la más elemental garantía de seguridad en el arbitraje, pero en nada agravia el orden público que las partes, directa o indirectamente, se pongan de acuerdo en requerir cualidades específicas para quienes habrán de ser designados como árbitros. El espíritu será permitir la búsqueda de aquellas personas que reúnan las mejores cualidades para el cargo. Y mientras ello no importe una discriminación infundada o que agravie principios constitucionales, no existirá razón para limitarla.<sup>52</sup>

Otro tema relevante en torno a los árbitros lo encontramos en el inciso 1 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, que establece que «en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo».

Creemos que resulta acertado lo señalado en la primera parte de este inciso, en la medida de que en arbitrajes nacionales de derecho se trata de buscar la aplicación correcta de una serie de normas que, por lo demás, en algunos casos son de orden público.

---

<sup>52</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 183.

Sin embargo, creemos que no es acertada la segunda parte, en la que se establece que no se requiere ser abogado para el arbitraje internacional.

En efecto, en un arbitraje de derecho, los árbitros siempre deberían ser abogados, más aún si tenemos presente que el abogado extranjero no va a tener pleno conocimiento de la ley peruana, sino una aproximación a ella. Lo contrario es pauperizar el arbitraje de derecho; hacerlo, en buena cuenta, una especie de arbitraje de conciencia.

Lo lógico es que los tribunales arbitrales de derecho estén compuestos por abogados, es decir, por gente de derecho. En ese sentido, si un tribunal arbitral está compuesto por abogados, estará en la capacidad de conocimiento y de entendimiento suficiente para poder laudar conforme a derecho. Es decir, para emitir un laudo de derecho. Ello, obviamente, más allá de que se pueda equivocar o pueda —voluntaria o involuntariamente— no aplicar normas legales que debía aplicar.

De opinión contraria es Cantuarias,<sup>53</sup> quien señala que más allá de la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la exigencia de que en el primer caso el árbitro tenga que ser abogado, pretende únicamente mantener un inaceptable coto de caza a favor de los abogados, a la par que significa una inaceptable intromisión en la autonomía de voluntad de las partes.

Justamente sobre este tema, el referido autor cita a Eduardo Zuleta, quien afirma que una primera limitante (limitación) se encuentra en el ya tradicional concepto de que los árbitros, siempre que trate del llamado arbitramento en derecho, deberán ser abogados, limitándose la intervención de otros profesionales a los llamados arbitramientos técnicos o al arbitramento en conciencia. Es indudable

<sup>53</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, pp. 77-78.

que las decisiones que involucren la interpretación y aplicación de normas jurídicas, requieren de la presencia de expertos para garantizar, en la medida de lo posible, que el laudo pueda hacerse efectivo; pero ello no significa, como se ha considerado tradicionalmente, que en todo arbitraje de los llamados «de derecho» los árbitros deban ser únicamente abogados.

Si bien es cierto la lógica del arbitraje reside principalmente en ese ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad que el Estado, a través de la ley, otorga a los ciudadanos, no por ello se debe descuidar una serie de valores que encuentran regulación en diversas normas de orden público que sólo podrán ser entendidas, interpretadas y reguladas por personas versadas en Derecho. Es cierto lo señalado por Cantuarias cuando reclama lo que por derecho le corresponde a esa «autonomía de voluntad», pero será más sensato no otorgar tanta libertad a las personas para que puedan elegir a un árbitro que resuelva su conflicto de derecho y, contradictoriamente, no tenga conocimientos sobre la materia. Lo contrario sería aceptar, por ejemplo, que una persona contrate a un lingüista para que arregle un desperfecto mecánico que padece su automóvil. En este caso, como en el señalado por quienes defienden la plena autonomía de la voluntad, no existe eficiencia, esa eficiencia que precisamente, y junto a su defensa irrestricta por la plena autonomía de la voluntad, persigue el Análisis Económico del Derecho.

Ahora bien, como ya se dijo, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que en un arbitraje nacional de derecho quien decida tiene que ser abogado. No interesa si estamos frente a un árbitro único o ante un tribunal arbitral.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Lo curioso es que en materia de contratación estatal para poder laudar conforme a derecho, es decir, para emitir un laudo de derecho, no necesariamente debemos estar frente a un tribunal arbitral conformado únicamente por abogados, tal como lo permite el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017, ya que sólo es necesario que el árbitro único y que el presidente del tribunal arbitral sean abogados.

De otro lado, el inciso 2 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje señala que cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.

Sin duda, la Ley de Arbitraje tiende a brindar la mayor cantidad de facilidades a efectos de que se desarrolle el proceso arbitral, no exigiendo los requisitos de ejercicio de la profesión ni la pertenencia a colegios o gremios de abogados en el Perú o en el extranjero.

Sin embargo, en este punto surgen algunas dudas, ya que creemos que la ley debería exigir como requisito de calidad de que el abogado que integre un tribunal arbitral se encuentre habilitado en el respectivo registro profesional. Podría darse el caso en el que dicho abogado se encuentre inhabilitado en su Colegio de Abogados por una falta ética, por ejemplo.

No debería prescindir el medio arbitral de consideraciones como ésta que son importantes, sobre todo, para el conocimiento de las partes sobre las que va a administrar justicia en ese tribunal y que, sin duda, alguna de ellas o ambas, tendría razones como para sentirse incómoda e insegura con la presencia de esta persona, sancionada por razones éticas en su respectivo Colegio de Abogados.

Naturalmente, estos requisitos no tendrían por qué ser exigidos cuando en el país donde el árbitro hubiese obtenido la licenciatura no se requiriera de una colegiatura obligatoria; pero si fuese el caso, por una cuestión de control de la idoneidad formal y ética del árbitro que va a desempeñar la función en el proceso, sí convendría exigir la colegiatura hábil del árbitro.

El inciso tercero del artículo bajo comentario señala que los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. Asimis-

mo, establece que la institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.

De esta forma, la fórmula contenida en el inciso tercero sólo se limita a enumerar, en orden de importancia, a los actores que deberán cumplir con la delicada tarea de nombrar al árbitro o a los árbitros.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe recordar que pese a que la ley concede a las partes total libertad para determinar el sistema de designación de los árbitros, debe tenerse presente un único límite: el principio de igualdad (el cual se encuentra contenido en el numeral 23 de la Ley de Arbitraje). En efecto, el procedimiento que diseñen las partes debe respetar el principio de igualdad, que es uno de orden público, por lo que un procedimiento que no lo respete conllevaría la nulidad de la designación.

Por otro lado, la parte final de dicho inciso hace referencia a la solicitud de información necesaria que pueden realizar la institución arbitral o el tercero para cumplir con el encargo. Dicha solicitud de información puede ser de diversa índole, desde la especialidad que el árbitro debe poseer, hasta la de su nacionalidad, por ejemplo. Aquí la ley no hace mayores precisiones, ergo, no cabe hacer distinciones allí donde la ley no las hace.

El inciso 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje señala que salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.

Lo señalado por el inciso 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje es muy importante, por cuanto se trata de preservar la seriedad en las comunicaciones habidas entre las partes. Lo que se quiere evitar es otorgar a las partes la facultad de arrepentimiento.

Finalmente, el inciso 5 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, establece que si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.

Uno de los aspectos más importantes en materia de la constitución de los tribunales arbitrales, es que las leyes busquen —de la manera más firme— el rápido nombramiento de los miembros del tribunal, y que la norma no deje la posibilidad de que las partes empleen maniobras dilatorias a efectos de no nombrar a los presidentes o no nombrar a los miembros, en general, de los tribunales arbitrales.

En ese sentido va redactado el inciso 5 del artículo 22, en donde si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde, en el plazo establecido, se podrá recurrir a la institución arbitral o, en general, al tercero nombrado por las partes para estos efectos o, en su defecto, recurrir al mecanismo que en detalle se establece en el artículo 23 de la ley (el cual incluye la posibilidad de que los árbitros sean designados en defecto de las partes por las Cámaras de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral).

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de Arbitraje regula los motivos de abstención y de recusación de los árbitros, estableciendo, en primer lugar, que todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Luego, el inciso 2 del referido artículo establece que el árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora, cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes po-

drán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

Ahora bien, un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

Cabe precisar que las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

Finalmente, una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Otra figura importante a tener en cuenta es la remoción del árbitro, tema que está regulado en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje.

La primera parte del inciso 1 del referido artículo 30 señala que cuando un árbitro se ve impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerce dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción.

Impedimentos de hecho, fundamentalmente, son aquéllos que se refieren a una eventual incapacidad del árbitro, ya sea relativa o absoluta, para seguir desempeñando la función arbitral encargada y que se vayan a prolongar en el tiempo de una manera demasiado considerable como para que se pueda permitir que el proceso siga detenido, porque el tribunal fácticamente se encuentra incompleto. Podría tratarse de una enfermedad o de cualquier otra situación indeseable y no prevista con respecto al árbitro en cuestión.

Sobre el punto, Escolá Berosa<sup>55</sup> sostiene que este supuesto puede presentarse en una enfermedad del árbitro o empeoramiento de alguna patología, o bien por imposibilidad material de acometer con garantías las funciones de árbitro por un exceso de ocupaciones.

En la primera parte del inciso 1 del artículo 30 de la Ley, se señala que el árbitro cesará en su cargo, si es que las partes acuerdan su remoción.

En ese caso no habría mayor problema, por cuanto las partes estarían de acuerdo en que, ya sea por cuestiones de hecho o de derecho, el árbitro es una persona que ha devenido en *incapaz*, ya sea por incapacidad física, incapacidad psíquica o una incapacidad o lenidad en el ejercicio de sus funciones.

La norma agrega que si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidas a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley.

En defecto de acuerdo, la remoción se resuelve conforme a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley, norma que acabamos de analizar y a cuyos preceptos remitimos al lector.

De otra parte, agrega el artículo 30 que la decisión que resuelve el tema de la remoción es definitiva e inimpugnable. Se añade, además, que sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

Esto significa que, en caso la remoción no prospere, el árbitro podrá ser removido mediante acuerdo de partes.

<sup>55</sup> ESCOLÁ BEROZA, María Elisa. «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 378.

Sin embargo, este último extremo del artículo 30 podría conducir a situaciones equívocas, por cuanto cabría interpretar que sin que exista causal alguna de impedimento de hecho o de derecho para ejercer las funciones o por cualquier motivo no se ejerzan dichas funciones, el árbitro siempre podría ser removido. Vale decir, podría ser removido sin expresión de causa por acuerdo de partes.

Entendemos, no obstante, que si las partes recurrieran a la remoción sin expresión de causa, esta remoción tendría que respetar el íntegro de los honorarios ya percibidos o que debía percibir el árbitro.

Si la remoción se diese con expresión de causa, por acuerdo de partes o resuelta por el órgano al que le corresponda resolverla, el árbitro tendrá que dejar de percibir los honorarios correspondientes a la etapa restante del proceso arbitral y, si los hubiera recibido, deberá devolverlos de inmediato o dentro del plazo establecido por el reglamento arbitral aplicable.

El inciso 2 del artículo 30 de la Ley establece que si alguno de los árbitros se rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las actuaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado esta situación a las partes, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable.

En realidad, creemos que la norma contenida en el inciso 2 es innecesaria. Decimos esto, debido a que una vez que dentro del tribunal arbitral se comunica a los árbitros a través de la secretaría y por decisión de la mayoría de los árbitros sobre la actuación de determinadas audiencias o de la realización de determinadas actuaciones, y existe un árbitro que no participa en ellas, pues el tribunal arbitral tendrá, como siempre lo ha tenido, toda la facultad de continuar con el desarrollo de tales actuaciones.

Por otra parte, es verdad que el mecanismo de denuncia contemplado por el artículo 30, inciso 2, faculta de alguna manera a dejar constancia del hecho y de que el tribunal pueda continuar con sus actuaciones, sin perjuicio, naturalmente, de que este árbitro pueda retornar a ellas en el momento en que lo considere apropiado.

De más está decir que esta renuencia a participar en las actuaciones arbitrales, podrá determinar que la parte o las partes que se consideren perjudicadas por dicha ausencia, recurran al procedimiento de remoción contemplado en el inciso 1 del propio artículo 30.

Es necesario anotar, además, que en la última parte del inciso 2 del artículo 30, se señala que en la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso, que sean apropiadas.

Esto, a razón de que podría ser conveniente suspender las actuaciones arbitrales, en razón de que las circunstancias así lo aconsejen, o en razón de que los argumentos señalados por el árbitro que es renuente a participar en las actuaciones arbitrales sean, precisamente, atendibles.

En ese caso, el tribunal deberá actuar de manera ponderada y sensata suspendiendo dichas actuaciones o, de lo contrario, si no tuviera mérito el apartamiento o la renuencia del árbitro para continuar con el proceso, declarando la continuación de dichas actuaciones arbitrales.

Ahora bien, uno de los puntos que, sin duda, podría generar polémica, se relaciona con el hecho de que el inciso 2 hace referencia a esta renuencia del árbitro para participar en las actuaciones o que esté reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral.

La interrogante que se podría formular es la relativa a ¿cuándo nos encontramos ante una situación reiterada? Esto, tal vez, debió precisarse con mayor detalle. La reiteración en la conducta estará definida, evidentemente, por más de una situación. ¿Serán dos ausencias, tres ausencias, cuatro ausencias? Eso quedará a criterio del propio tribunal o, mejor dicho, de los miembros restantes del tribunal arbitral.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 30 establece que si en cualquier momento los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán esta decisión a las partes.

Ello, en el entendido de que resulte necesario tal proceder, con las salvedades hechas por nosotros anteriormente.

Agrega la norma que en este caso, cualquiera de las partes podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento o, en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución, conforme al numeral 1 del propio artículo 30.

En caso el árbitro renuncia o la recusación en su contra es declarada fundada, se tendrá que elegir al árbitro sustituto.

Sobre el particular, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje establece que salvo disposición distinta de dicha norma, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.

Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.

Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

## 10. EL LAUDO

El artículo 54 de la Ley de Arbitraje trata acerca de los laudos y señala que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Por su parte, el artículo 55, inciso 1 de la Ley de Arbitraje señala que todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

En relación a que todo laudo deberá constar por escrito, la Ley se refiere a que, en efecto, éste pueda estar escrito o que se pueda entender como escritas a todas las formas que se consideren asimilables a la forma escrita en las que puede constar un laudo arbitral.

Sobre este punto, Yáñez Velasco<sup>56</sup> sostiene que se permite la legalidad de cualquier nueva tecnología que surja, o haya surgido, distinta de la tradicional forma escrita y del carácter electrónico u óptico, por supuesto mostrando una mínima dosis de prueba fehaciente en el tráfico jurídico, habida la exigencia de seguridad jurídica.

---

<sup>56</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 713.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el requisito de formalidad del laudo, aunque parezca mentira, no es sancionado por la ley como una causal de anulación del mismo.

En segundo término, el inciso 1 del artículo 55 de la Ley señala que el laudo debe estar firmado por los árbitros. Es evidente, entonces, que la firma establece señal de aceptación en torno al contenido de los documentos que se firma.

Por otra parte, cabe señalar que resulta evidente que cuando haya un solo árbitro, el laudo deberá estar firmado por ese árbitro y cuando estemos en presencia de un tribunal arbitral colegiado, dice la segunda parte del inciso 1 del artículo 55, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

Finalmente, la última parte del artículo 1 del inciso 55 establece que podrá faltar la firma de alguno de los árbitros: «Siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas».

Así, cabe preguntarse ¿cuáles pueden ser las razones por las cuales alguien no firme?

En principio, si alguien no firma el laudo, podría entenderse que no avala la declaración de sus colegas de tribunal. En este caso, y como veremos más adelante, la Ley prevé supuestos para dar solución a este hecho (por ejemplo, emitir una opinión discrepante ante un laudo adoptado por la mayoría).

También podría pasar que por diversos motivos el árbitro no se encuentre en la ciudad sede del arbitraje o que le sea imposible firmar el laudo por cuestiones de salud, por ejemplo. En estos supuestos, bastará con explicar dichas razones para que la firma no se encuentre dentro del laudo arbitral sin que dicho acto implique que no se esté observando el requisito exigido por la ley.

De otro lado, cabe señalar que la ausencia de firma puede ser suplida con la huella digital y, en su defecto, por alguna manifestación de voluntad brindada —indubitablemente— por el árbitro.

Ahora, claro está, si un laudo está firmado por la mayoría de miembros del tribunal y hay uno que no lo ha podido firmar, se podría indicar esa situación simplemente a título de referencia o a título informativo. El hecho sería relevante, ya que devendría aplicable la norma en virtud de la cual si un árbitro no firma una resolución o un laudo, se entiende adherido a lo resuelto por la mayoría.

El propio inciso 1 del artículo 55 de la Ley de Arbitraje, agrega que los árbitros podrán expresar su opinión discrepante. Es decir, esa opinión podrá constituir incluso un voto singular o podrá expresarse a través de criterios distintos, ya sea en los considerandos o en la parte resolutiva del laudo. Todo esto tiene que constar, evidentemente, en el laudo o en el voto singular.

Cabe señalar que, como resulta lógico, el tema de la opinión discrepante adquiere relevancia si se trata de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros o por un número mayor, si fuese el caso.

Nuestra Ley de Arbitraje hace referencia expresa a la posibilidad de una opinión discrepante; ello, habida cuenta de que es común que aquel árbitro que no esté de acuerdo con la mayoría, emita una opinión disidente.

El inciso 2 del artículo 55 de la Ley señala que para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

El que se presente una situación de esta naturaleza es siempre peligroso, en la medida de que, en efecto, lo importante en materia de

laudo es que quede absoluta constancia de la manifestación de voluntad y, naturalmente, en la medida de que los medios electrónicos permitan que eso ocurra.

El problema se originará en tanto esos medios electrónicos sean susceptibles de generar dudas al respecto.

La asimilación de los soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, a la firma tradicional o manifestación de voluntad a través del documento en formato papel y firma tradicional, resulta oportuna en vista del gran avance de la ciencia y tecnología que hacen que cada vez más las personas dependan de ellas.

Por ello, en tanto se tenga un archivo adecuado y seguro de estos instrumentos, no habrá problema alguno con el laudo contenido en él.

El artículo 55, inciso 3 de la Ley de Arbitraje, señala que se entiende que el árbitro que no firme el laudo ni emite su opinión discrepante, se adhiere a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

La Ley se pronuncia siempre a favor de la existencia del laudo. Por ello, los requisitos de mayoría en la adopción de decisiones son plenamente válidos. No tiene sentido truncar un proceso arbitral por el hecho de que uno de los miembros del tribunal, o la minoría de ellos, no esté de acuerdo con la mayoría.

Asimismo, la Ley otorga mayores facultades y prerrogativas al presidente del tribunal arbitral, quien, por su condición de tal, tiene preeminencia en caso los demás árbitros no se hayan pronunciado en uno u otro sentido. Por ello, será perfectamente válido que se entienda que el árbitro que no firme, se adhiera a su posición.

Por otro lado, el inciso 2 del artículo 57 de la Ley de Arbitraje señala que, en el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de dicha controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

Nosotros no estamos seguros de si en realidad la expresión correcta deba ser «las que estime apropiadas», porque la estimación de «apropiada» puede, en el fondo, suponer una decisión voluntaria, arbitraria o, simplemente, discrecional del tribunal arbitral.

Creemos que el tribunal arbitral debe, en defecto de esta situación, aplicar las normas que sean las apropiadas, de acuerdo a la naturaleza de la controversia y no de acuerdo a los intereses y preferencias personales de cada miembro del tribunal.

El inciso 3 trata acerca de la posibilidad de que el arbitraje sea de conciencia y no de derecho cuando señala que, tanto para el arbitraje nacional como para el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

Queda claro que en la actual Ley de Arbitraje, en defecto de señalamiento, se entenderá que el arbitraje es de derecho y sólo por pacto expreso se entenderá que el arbitraje es de conciencia.

De esta manera —y la práctica arbitral enseña que esto es así—, será muy raro que las partes convengan un arbitraje de conciencia, en la medida en que el arbitraje de conciencia implica —de una u otra for-

ma— la posibilidad de alejarse de las normas legales establecidas para la solución del fondo de la controversia.

Finalmente, el inciso 4 del artículo 57 señala que en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

Los usos y prácticas aplicables admiten tanto a los usos mercantiles como los que no lo son (usos y costumbres, usos civiles, privados, etc.). Debe tenerse en cuenta que la materia arbitrable no es sólo comercial o mercantil, por mucho que sea éste el ámbito de superlativa importancia en que los autores centran su estudio con respecto al arbitraje común.<sup>57</sup>

Lo señalado por el inciso cuarto es importante, porque más allá de aquello que señalan las leyes como Derecho sustantivo aplicable, deberá tenerse en cuenta lo que las propias partes han pactado o establecido en el contrato y también, obviamente, los usos y prácticas aplicables al caso concreto. Es decir, lo que se intenta con una norma como ésta es que el tribunal aplique las normas que resulten más propias al caso concreto, de acuerdo a lo que pueda extraer como conceptos del contrato celebrado entre las partes, y en el cual se encuentre dicho convenio arbitral.

Finalmente, el artículo 58 de la Ley de Arbitraje regula los recursos que se pueden interponer en contra del laudo; a saber: rectificación (corrección), interpretación (aclaración), integración y exclusión.

## 11. CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDO

Por su parte, el inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje regula las causales de anulación de laudo, estableciendo lo siguiente:

### Artículo 63.- *Causales de anulación*

<sup>57</sup> YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 648.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
  - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
  - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
  - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
  - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
  - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
  - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
  - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Luego, el inciso 2 del artículo 63 señala que las causales previstas en los literales a), b), c) y d) del numeral 1 de este artículo, sólo serán procedentes si fueran objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

Básicamente, de lo que se trata es de que las partes no se guarden causales de nulidad bajo la manga.

Si uno conociera, en general, de alguna de estas causales que afectara el propio derecho, pues tiene que expresarlo de inmediato, vía la impugnación del acto del tribunal arbitral. Es decir, de acuerdo a ley, tratándose de actos o resoluciones distintas al laudo, lo único que procede es el recurso de reconsideración.

Ni siquiera procede la anulación del laudo cuando se denuncia la existencia de una causal y no se interpone recurso de reconsideración, precisamente, sobre la resolución del tribunal arbitral. Ello, porque no se ha dado la oportunidad para que el tribunal revise su decisión y enmiende esa situación irregular que, eventualmente, se estaría denunciando por parte de quien se considere afectado por él.

Esto, naturalmente, a menos que el tribunal arbitral no haya permitido la interposición del respectivo recurso de reconsideración, como podría ser el caso en que hubiese laudado estando pendiente de vencimiento el plazo para la interposición de un recurso.

En estos casos, entendemos que bastará que la parte afectada deje constancia de la irregularidad cometida.

El inciso 3 del artículo 63 de la Ley señala que tratándose de las causales previstas en los literales d) y e) del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

Lo señalado en este numeral es importante, en la medida de que el literal d) se refiere al laudo que haya resuelto *extra petita* y el literal e), a que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que no son susceptibles de arbitraje, es decir, materias que están reservadas a los tribunales ordinarios.

En esos casos, la norma favorece la estabilidad del laudo arbitral, en la medida en que se ha seguido un proceso y hay que tratar de preservar lo ahí resuelto; naturalmente, separando aquella parte del laudo que se pronuncie sobre materias no controvertidas o que sean de orden público.

Por otra parte, el inciso 4 señala que la causal prevista en el literal g) del numeral 1 de este artículo, sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral, y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Es decir, el literal g) es el que establece la causal de anulación, en caso la controversia hubiere sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el Reglamento Arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral. Dice este literal que en estos casos, sólo procederá la anulación, si la parte lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal. La Ley vigente (Decreto Legislativo n.º 1071) no lo ha señalado, como lo hacía la Ley anterior, en el sentido de que esta comunicación se efectúe antes de notificado el laudo.

Tal vez se haya considerado inútil esta mención porque aquí básicamente lo que se quiere es precisar si se dejó constancia del vencimiento del plazo.

En ese sentido, bastará con que se hubiere manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

A su turno, el inciso 5 del artículo 63, señala que en el arbitraje internacional, la causal prevista en el literal a) del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las

partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

Y es que en el literal a) del inciso 1 del artículo 63, se hace referencia a que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Lo que ocurre es que estos términos, que son propios de la legislación civil peruana, no necesariamente van a tener una correspondencia exacta en la legislación civil extranjera, conforme a las leyes aplicables por las partes en el arbitraje internacional.

Por esa razón es que en el inciso 5 del artículo 63 de la Ley se establece que esta causal se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral.

Eso será importantísimo. Y luego se dice: «por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia», es decir, las normas del país cuya legislación sustantiva se va a aplicar al proceso o el Derecho peruano, supletoriamente, lo que resulte más favorable a la validez del convenio arbitral.

Aquí no se establece una relación de subsidiariedad ni de supletoriedad. Acá se está aplicando un criterio en torno a cuál es la norma más favorable para la validez y eficacia del convenio arbitral.

Complicado asunto, porque no necesariamente ésta es una solución adecuada, donde se ingresa a un criterio de valoración normativa. Y este criterio de valoración normativa es uno susceptible de variada interpretación.

Hubiese sido preferible, en lugar de aplicar el principio favorable a la conservación o a la validez del arbitraje o del convenio arbitral, establecer un orden prelatorio; establecer que serán aplicables las normas legales que rijan el convenio arbitral; o establecer que serán aplicables

las normas que rijan el fondo de la controversia, de acuerdo a lo acordado por las partes; o establecer que regirán las normas establecidas en el Derecho peruano sobre el particular.

Ninguno de estos tres eventuales caminos, si es que se hubiesen adoptado como solución definitiva, alteraría las consideraciones sobre estos temas y, en cambio, sí daría una solución muy clara para la solución de la controversia.

Pensamos que en lugar de aplicar el principio favorable al arbitraje, aquí hubiese sido preferible aplicar un principio favorable a una interpretación racional del tema y no dejarlo a una incertidumbre jurídica, que es precisamente aquélla que se percibe en la redacción del inciso 5 del artículo 63.

El inciso 6 del artículo 63 señala que en el arbitraje internacional, la causal prevista en el literal f) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Como se recuerda, la causal mencionada se basa en que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, o el laudo sea contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

Acá se sigue precisamente la tesis, muy arraigada en el Derecho peruano y ratificada por la legislación civil en el Código de 1984 y en los códigos que precedieron, que en casos de nulidades manifiestas, como sería el de la contravención señalada en estas normas, de preceptos o normas de orden público, los tribunales de justicia podrán declarar la nulidad de oficio.

Este principio se ha recogido en el inciso 6 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje y el mismo resulta de aplicación general en el Derecho peruano.

El inciso 7 del artículo 63 señala que no procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.

Esto resulta fundamental porque, precisamente, todas las facultades y los recursos que se conceden a las partes en el artículo 58 de la Ley, que es el precepto que recoge todos estos recursos, están destinados a que las partes puedan hacer que el tribunal arbitral corrija algún error, omisión, exceso o falta de claridad en que hubiera incurrido.

De no hacer efectivos estos derechos, se entiende que la parte está conforme con el laudo, y no se puede volver sobre aquello en donde ya manifestó conformidad.

Esto, además, va de la mano con todos los principios que recoge la Ley de Arbitraje, en el sentido de que cualquier causal de anulación pasa, precisamente, por haber hecho ejercicio del reclamo respectivo con respecto a las resoluciones generales (vale decir, haber interpuesto recurso de reconsideración), y con respecto al laudo (haber interpuesto definitivamente los recursos de rectificación, interpretación, integración o exclusión), cuya resolución hubiese podido salvar el reclamo que luego se interponga y que determinará, precisamente, la improcedencia de dicho reclamo.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 63 de la Ley señala que cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el Título VIII.

Como se verá más adelante, el Título VIII de la Ley se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Ahora bien, el artículo 63, inciso 8, debe ser visto con mucho cuidado. Entendemos que aquí lo que se está facilitando es la posibilidad de que los extranjeros que encuentren como sede o que elijan como sede del arbitraje, el territorio de la República del Perú, puedan disponer de esta manera para que el laudo arbitral tenga la mayor solidez y se eviten ulteriores reclamos en torno a la decisión del tribunal arbitral que resolvió la controversia.

Sin embargo, acá corresponde formular una pregunta fundamental y es la relativa a si debe el Derecho permitir a las partes que por convenio o por contrato hagan tabla rasa de aquellos principios fundamentales del debido proceso que, precisamente, están recogidos en la propia Ley de Arbitraje.

Es decir, ¿se puede renunciar por anticipado a ejercer un derecho, en virtud de lo establecido por el propio inciso 8 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje?

Aquí cabe, evidentemente, una consideración que a nuestro juicio es importante. Ella se basa en el hecho de que existen normas como ésta, que para algunos pueden ser consideradas simplemente actos de disposición de derechos sustantivos y que para otros, como es el caso de quienes escribimos estas páginas, pueden considerarse como renuncias a derechos irrenunciables.

El Derecho no puede auspiciar renuncias anticipadas a que los tribunales arbitrales se rijan por criterios de rectitud y apego a las normas y principios del Derecho Procesal.

En estos casos es evidente que una norma de tales características no debería prosperar, de tal manera que debería darse trámite, debería

admitirse un recurso de anulación que, eventualmente, parta por desdecirse de aquello pactado en virtud del inciso 8 del artículo 63. Y si eso no fuese posible, creemos que es perfectamente factible que la parte que se considere perjudicada pueda recurrir al amparo ante los tribunales ordinarios, por cuanto los derechos constitucionales y el debido proceso son irrenunciables en el territorio de la República del Perú y una norma como ésta no puede legalizar su vulneración.

Creemos que el inciso 8 del artículo 63 es abiertamente inconstitucional, porque las normas de orden público del territorio de la República del Perú no sólo se aplican a los peruanos, sino también a los extranjeros que tienen relación con nuestro territorio; y la Ley de Arbitraje sí resulta aplicable, precisamente, porque las partes la han escogido dentro de un marco constitucional al cual no pueden renunciar y éste es el marco constitucional de la República del Perú.

Juan Luis Avendaño<sup>58</sup> señala, sobre este punto, que el pacto de exclusión del recurso de anulación está previsto únicamente para el arbitraje internacional y dentro de las situaciones que analiza el inciso octavo del artículo 63. Por el contrario, en el caso de arbitrajes nacionales no es posible tal pacto, porque sería renunciar a un derecho contemplado en nuestra legislación y que es de orden público. El recurso de anulación es una garantía de legalidad irrenunciable que tienen todos los que se someten a la jurisdicción arbitral.

Lima, abril del 2013

---

<sup>58</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. «Causales de anulación». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 718.

## Capítulo 19

**ARGUMENTACIÓN, ARBITRAJE Y ARBITRARIEDAD: LAS CONTRADICCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (BOLIVIANO) EN EL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD CONTRA LAUDOS**

Horacio Andaluz Vegacenteno



ARGUMENTACIÓN, ARBITRAJE Y ARBITRARIEDAD:  
LAS CONTRADICCIONES DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL EN EL  
RECURSO DIRECTO DE NULIDAD CONTRA LAUDOS

*Horacio Andaluz Vegacenteno\**

Sumario: I. Introducción.— II. STC n.º 2471/2013-RDN.— III. Argumentación y arbitrariedad.— IV. Incumplimiento de la jurisprudencia aplicable a los presupuestos procesal del recurso directo de nulidad.— 1. Naturaleza directa del recurso directo de nulidad.— 2. Competencias materia del recurso del derecho de nulidad.— 3. Legitimación activa de la Procuraduría General del Estado en sede constitucional.— 4. Norma aplicable en el tiempo para computar el plazo para ejercer el derecho de acción.— IV. Incumplimiento de la jurisprudencia sobre arbitraje.— 1. Reconstrucción del concepto jurisprudencial de orden público.— 2. Licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual.

---

\* Abogado, árbitro (Cainco), profesor de derecho (UPSA). Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, *Master of Laws*-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Última publicación: «*A Positivist Reexamination of Judicial Review. The Legal Reasoning Behind Marbury vs. Madison*» (Berlín: Lambert, 2011). Otros libros: «Aplicación judicial de la constitución» (Santa Cruz: El País/Iuris Tantum/UPSA, 2010, reimpresión 2011); «Positivismo normativo y derecho internacional» (La Paz: Plural/Cerid, 2005). Otras publicaciones (relevantes): «Algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Convención de Nueva York en Bolivia» (1 Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje-España, 2013); «Cádiz en Charcas: Conjeturas e Indicios» (84 Revista de Derecho Político. Madrid: UNED, 2012); «La posición constitucional del poder judicial» (80 Revista de Derecho Político.

## I. INTRODUCCIÓN

El título de este artículo se explica por sí mismo. Que una decisión judicial esté justificada (argumentada) significa que goza de cierto grado de corrección racional. Al contrario, que materialmente carezca de justificación, o que la justificación que ostenta vaya en desacuerdo con la jurisprudencia ya afirmada, significa que es una decisión arbitraria.

Y esto es lo que se tiene acá: en la STC n.º 2471/2012-RDN (22 de noviembre de 2012) el Tribunal Constitucional ha renegado de su propia jurisprudencia. No es que haya mutado sus líneas vigentes, sino que silenciosamente las ha rehuido. Al hacer esto, la arbitrariedad de su decisión quedó configurada. El título de este artículo viene de este hecho: contradecir la jurisprudencia propia sin modificarla expresamente es fallar arbitrariamente. Éste es un estándar impuesto por el propio Tribunal Constitucional, que hace arbitraria a la sentencia en comento por tres razones: (1) por contradecir la propia jurisprudencia constitucional sobre producción judicial del derecho, en lo que se refiere a rehuir los precedentes ya establecidos; (2) por contradecir la jurisprudencia sobre el recurso directo de nulidad, en lo que se refiere a la jurisprudencia aplicable a sus presupuestos procesales; y (3) por contradecir la jurisprudencia sobre arbitraje, en lo que se refiere a la licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual.

---

Madrid: UNED, 2011); «La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente» (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); «Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico» (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); «El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho» (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); «La justicia constitucional en el Estado de Derecho» (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); «El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia» (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); y «El derecho de la sucesión de Estados» (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007).

En un Estado de Derecho toda decisión debe ser pasible de revisión judicial. Y los laudos no son la excepción. Negarlo supondría afirmar una contradicción; a saber, la validez de un producto jurídico producido extra-sistémicamente. Tal planteamiento no tiene sostén. Si los laudos son derecho, entonces, no pueden exorbitar el orden constitucional. Y si la Constitución es la fuente de validez del sistema jurídico, entonces los actos contrarios a ella merecen ser invalidados. Nada de esto es problema. El problema está en defender la Constitución violándola. Y eso es lo que ocurre cuando para su guarda se recurren a las vías procesales inconducentes a tal fin. Éste es el problema acá. No se trata de enfrentar arbitraje y Constitución, sino de defender ambos. Y es así, porque sólo salvaguardada la Constitución puede salvaguardarse el régimen de libertades en el que se basa el arbitraje.

Hay críticas de dos tipos en este artículo. Las primeras se refieren a la falta de coherencia interna entre los propios argumentos de la STC n.º 2471/2012-RDN. Puesto que no son el objeto mismo de este artículo, ellas son señaladas a tiempo de comentar descriptivamente dicha sentencia. La relevancia de hacerlas notar halla justificación en que las falacias argumentativas expresan una sutil forma de arbitrariedad judicial, que da un revestimiento de corrección racional a decisiones inconsistentes con el sistema jurídico. Bien por accidente o bien deliberadamente, tal sutileza es por igual peligrosa para el Estado de Derecho. Las segundas son las críticas fundadas en la jurisprudencia que la STC n.º 2471/2012-RDN ha rehuído. Éstas son el objeto principal, como viene desde el título. Con indiferencia de su extensión, cada párrafo se define por la unidad conceptual que conforma.

## II. STC n.º 2471/2012-RDN

La STC n.º 2471/2012-RDN es producto de un recurso directo de nulidad presentado por la Procuraduría General del Estado contra un tribunal arbitral, por el pronunciamiento de un laudo. Dos fechas

relevantes son las siguientes: el laudo era de 21 de enero de 2008; el recurso directo de nulidad de 3 de agosto de 2012. El laudo fue producido en un arbitraje entre una empresa pública y una sociedad anónima, que estaban vinculadas por dos actos jurídicos: un contrato de usufructo sobre un inmueble destinado a la prestación de un servicio público, de propiedad de la empresa pública, y un contrato de venta del mismo inmueble. A arbitramento se sometieron la pretensión de resolución de ambos contratos, más la pretensión accesoria de reparación de daños y perjuicios, por parte de la sociedad anónima (demandante principal), y la pretensión de nulidad de los contratos, y también la pretensión accesoria de reparación de daños y perjuicios, por parte de la empresa pública (demandante reconvencional). Llegado el laudo, éste declaró (1) resuelto el contrato de usufructo; (2) improcedente la pretensión de resolución del contrato de venta; (3) nulo el contrato de venta con efectos retroactivos (*i.e.* devolución del precio); y (4) improbada la nulidad del contrato de usufructo.

Contra este laudo se dirigió el recurso directo de nulidad, por las dos razones siguientes, dependiente la segunda de la primera.

- (1) De un lado, la Procuraduría General del Estado argumenta que el laudo contraría el artículo 546 del Código Civil, que dice: «la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente». De aquí concluye que el tribunal arbitral habría ejercido impropiamente las competencias reservadas a la jurisdicción ordinaria, por el hecho de haberse pronunciado en lo sustutivo sobre las acciones de nulidad llevadas al arbitraje. En su respaldo, se apoya en decisiones previas del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Del primero, apela a la STC n.º 209/2007-RAC (29 de marzo de 2007), porque entiende que en ella la jurisdicción constitucional ya habría dicho que la nulidad contractual era materia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Y apela también a la STC n.º 49/2004-RDN (18 de mayo de 2004),

porque entiende que el Tribunal habría ido más allá inclusive, reservando la nulidad contractual a la competencia exclusiva de la Corte Suprema. De la segunda, apela al AS-Sala Plena n.º 60/2003 (29 de agosto de 2003), porque entiende que la Corte Suprema habría hecho suya la jurisprudencia constitucional referida. Hasta aquí la primera razón invocada.

- (2) De otro lado, la Procuraduría argumenta que el laudo se habría pronunciado sobre materia no arbitrable, por tres razones. (i) El objeto del contrato de venta era la traslación del dominio propietario de un inmueble que requeriría de autorización legislativa para su venta. De aquí deriva que dicho inmueble no era disponible, de lo que concluye que el laudo se habría pronunciado sobre derechos indisponibles. (ii) El contrato de venta no podía ser materia arbitrable, porque entiende que se refería a derechos que afectaban al orden público. Por todo argumento, se limita a sostener que la sanción de nulidad es un asunto que concierne a tal orden. (iii) El tribunal arbitral habría decidido sobre un asunto concerniente a las funciones del Estado como persona de derecho público, porque al decidirse la nulidad de la venta habría desconocido el poder de imperio de éste. Hasta aquí los argumentos de la Procuraduría, tal como fueron tomados por la STC n.º 2471/2012-RDN (párrafo I.1.1).

Dos comentarios al respecto.

- (1) Se lastima cuestiones de la más básica juridicidad con el hecho de que la misma parte que demandó la nulidad de los contratos, sea la que luego denuncie la nulidad del laudo por pronunciarse sobre las pretensiones que ella misma llevó al arbitraje. La aceptación de las reglas a conveniencia no es plausible en un Estado de Derecho. Para situaciones así, el derecho anglo-americano conoce el *estoppel*, que impide que

una parte haga una alegación contraria al sentido objetivo de su anterior conducta. A diferencia de la doctrina de los actos propios desarrollada por la tradición civil, el *estoppel* no crea, modifica ni extingue un acto jurídico: su eficacia es procesal, actúa como un medio de defensa que hace inadmisible en juicio la alegación contraria al acto propio. Pero, al igual que la doctrina de los actos propios, el *estoppel* es también una derivación de la regla *venire contra factum propium non valet* (no es lícito actuar en contra de los propios actos).<sup>1</sup> Por tanto, en

---

<sup>1</sup> En esta regla también toma fundamento la doctrina constitucional de los actos consentidos. Pero esta doctrina no es un *estoppel*, porque no opera impidiendo procesalmente una pretensión, sino extinguiendo el derecho reclamado. Véase a continuación el razonamiento del Tribunal Constitucional y nótese el contenido sustantivo de la doctrina en cuestión, que atribuye su fundamento a la dejación de un derecho: «[la doctrina de los actos consentidos] tiene su fundamento en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, lo que significa que toda persona puede hacer lo que desee en su vida y con su vida sin que la Sociedad o el Estado puedan realizar intromisiones indebidas en dicha vida privada; pues se entiende que toda persona tiene la absoluta libertad de ejercer sus derechos de la forma que más convenga a sus intereses, con la sola condición de no lesionar el interés colectivo o los derechos de las demás personas, por lo mismo, frente a una eventual lesión o restricción de su derecho fundamental o garantía constitucional la persona tiene la libertad de definir la acción a seguir frente a dicha situación, ya sea reclamando frente al hecho ilegal, planteando las acciones pertinentes o, en su caso, de consentir el hecho o llegar a un acuerdo con la persona o autoridad que afecta su derecho, por considerar que esa afección no es grave y no justifica la iniciación de las acciones legales correspondientes» (STC n.º 1890/2012-AAC, 12 de octubre de 2012, párrafo III.2.2). Ahora compárese este razonamiento con el siguiente, propio del *estoppel*: «Es una regla jurídica bien establecida que el error no puede ser alegado como vicio del consentimiento si quien consintió contribuyó con su propia conducta al error o pudo haberlo evitado o, si las circunstancias lo permitían, pudo haberse enterado de ese posible error» (Corte Internacional de Justicia, asunto *Templo de Preah Vihear, Camboya c/ Tailandia*, 1962). Compárese ambos razonamientos y se notará que el segundo no tiene eficacia sustantiva. No sostiene la extinción de un derecho, sino la imposibilidad de reclamar por un derecho a causa de una conducta propia. Se trata de un medio de defensa procesal, mientras que el acto propio de la tradición latina opera como un medio de defensa material. Una ventaja del razonamiento procesal del *estoppel* es que no

la medida de que es una consecuencia de racionalidad práctica derivada de la buena fe, todo sistema jurídico que reconozca a la buena fe como principio, podrá jurisprudencialmente desarrollar el *estoppel* como una aplicación del mismo.<sup>2</sup> Hasta aquí el primer comentario.

---

genera la inexacta imagen de estar convalidando la validez de un acto viciado a través del consentimiento tácito, que en algunas ocasiones genera el razonamiento sustantivo de la doctrina de los actos propios. Ejemplo de esto lo representa la STC n.º 1/2013-L (4 de enero de 2013), en la que el Tribunal Constitucional afirma que la doctrina de los actos consentidos no se aplica a las nulidades absolutas, definiendo a éstas como aquéllas producto de la violación a normas imperativas de procedimiento (párrafo III.4). El razonamiento subyacente en esta afirmación es la eficacia sustantiva de los actos propios. Si por el acto propio se puede crear, modificar o extinguir un derecho, entonces la doctrina sólo es aplicable a los actos que caen bajo el poder de disposición de los particulares. En consecuencia, como las normas procesales no son de libre disponibilidad, el consentimiento tácito manifestado en la inacción de una parte no puede extinguir su derecho. Hasta aquí claro. Pero, bien visto, la inacción de la parte no habrá extinguido su derecho, pero sí causado que, por efecto de la preclusión, el acto procesal vulneratorio de las normas de procedimiento ya no pueda ser revisado. Vale decir, el resultado es el mismo: la imposibilidad de atacar el acto y su firmeza por dicho motivo. La diferencia estriba en el razonamiento que lleva a esa conclusión: si se trabaja con el *estoppel*, será esta doctrina por sí sola la que sirva de sustento, porque como no tiene eficacia sustantiva, su aplicación no supone para el pensamiento jurídico la inexactitud de aparecer imponiendo como condición convalidatoria de validez un presupuesto no contemplado para la formación del acto. En cambio, si se trabaja con la doctrina de los actos propios, su aplicación llevaría al absurdo de postular que un acto que no requiere para su formación el consentimiento expreso de una parte, puede ser convalidado por su consentimiento tácito. Como tal conclusión no puede sostenerse, el pensamiento jurídico debe rechazarla, como lo ha hecho la STC n.º 1/2013-L. Y en su auxilio debe recurrirse a un instrumento netamente procesal: el de la preclusión, que por igual impide atacar el acto por haber vencido la oportunidad para hacerlo. Si de dos vías una es la más corta, pareciera que el pensamiento jurídico debiera decantarse por ella, como exigencia de limpieza intelectiva para abordar el mismo objeto.

<sup>2</sup> Por lo demás, tampoco significaría la introducción *ex novo* de un contenido en el sistema jurídico, ya que en el ordenamiento nacional hay antecedentes de legislativos de *estoppel*, como la prohibición a los cónyuges de fundar la acción de divorcio en su propia falta (artículo 134 del Código de Familia).

- (2) El segundo: la jurisprudencia alegada no es precedente constitucional a favor de que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos sea materia reservada excluyentemente a favor de la jurisdicción ordinaria, por lo siguiente. (i) En la STC n.º 209/2007-RAC el Tribunal Constitucional decidió una acción de amparo demandada por la misma sociedad anónima que luego sería parte en el arbitraje. Los hechos: funcionarios del Ministerio Público, auxiliados por oficiales de la Policía Boliviana y del Ejército, tomaron el control efectivo del mismo inmueble que había sido materia de usufructo y de venta entre esta sociedad anónima y la empresa pública (la misma empresa que luego sería parte en el arbitraje). Luego entregaron el inmueble a la empresa pública, destituyeron al administrador de la sociedad anónima y designaron a un interventor. Y todo esto sin orden judicial alguna. Como justificativo a tiempo del amparo, los recurridos alegaron que la venta del inmueble en cuestión era ilegal. Y es acá que el Tribunal sostuvo que la declaratoria de nulidad no correspondía a la jurisdicción constitucional, sino a la jurisdicción ordinaria (párrafo III.2). En el contexto, lo que el Tribunal está diciendo es que no le compete al Ministerio Público decidir sobre la validez de los actos jurídicos. De ahí que hubiese concluido que la actuación de los funcionarios de esta dependencia constituyó una vía de hecho atentatoria de los derechos constitucionales de la sociedad anónima (párrafo III.3). Pero, el Tribunal no dijo que la declaratoria de nulidad no pudiese ser objeto de arbitramento, porque la pretensión específica materia de amparo versaba sobre la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, no sobre la competencia de jurisdicción primaria alguna. (ii) La STC n.º 49/2004-RDN y el AS-Sala Plena n.º 60/2003 fueron pronunciados como incidencias en un asunto por cuya emergencia se pronunciaron en total cinco decisiones judiciales: tres del Tribunal Constitucional y dos de la Corte Suprema. El caso: el Ministerio de Defensa demandó en la Corte Suprema

la nulidad de un contrato entre dicho despacho y una empresa privada. La empresa privada excepcionó la competencia de la Corte, alegando la existencia de una cláusula arbitral. Pero la Corte razonó que la declaratoria de nulidad era asunto propio de la jurisdicción ordinaria y que, tratándose de un contrato con el Poder Ejecutivo, correspondía a esa instancia la sede. Para lo primero se sustentó en el artículo 546 del Código Civil y para lo segundo en los artículos 775 a 777 del Código de Procedimiento Civil. Éste fue el AS-Sala Plena n.º 60/2003 (29 de agosto de 2003). En vía paralela, el Ministerio de Defensa demandó en acción de amparo al tribunal arbitral que se había formado a partir de la demanda presentada por la empresa privada. Como la Ley de Arbitraje y Conciliación dice que se pueden seguir con las actuaciones arbitrales «mientras la excepción [de incompetencia] esté en trámite ante el juez» (artículo 12.IV), el Tribunal Constitucional decidió que el tribunal arbitral era competente en tanto no se pronunciase la Corte Suprema (STC n.º 1424/2003-RAC, 29 de septiembre de 2003). Luego el Ministerio de Defensa demandó en recurso directo de nulidad las actuaciones arbitrales producidas después de la declaratoria de competencia de la Corte Suprema. Como para ese momento ya se sabía del AS-Sala Plena n.º 60/2003, el Tribunal Constitucional declaró nulas las actuaciones demandadas (STC n.º 49/2004-RDN, 18 de mayo de 2004). Ya afirmada su competencia, la Corte Suprema se pronunció sobre el fondo del asunto, declarando la nulidad del contrato en cuestión (AS-Sala Plena n.º 148/2004, 19 de noviembre de 2004). Para terminar, la empresa privada demandó en amparo constitucional este último auto supremo. Pero, el Tribunal encontró que en la resolución del fondo del asunto no se habían vulnerado sus derechos constitucionales. Y, sobre el asunto de la competencia, encontró que había ya decisiones firmes que lo hacían irreversible (STC n.º 631/2006-RAC, 30 de junio de 2006). Hasta aquí el caso. Pero ninguna de estas sentencias es

precedente constitucional en el sentido de que la declaratoria de nulidad sea competencia reservada excluyentemente a favor de la jurisdicción ordinaria, por dos razones. (i) Porque jamás se controvirtió en la jurisdicción constitucional que la declaratoria de nulidad pudiese ser materia de arbitramento (la participación del Tribunal Constitucional no fue para pronunciarse sobre la competencia de una jurisdicción primaria). (ii) Porque la única decisión que afirma que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es competencia de la jurisdicción ordinaria (el AS-Sala Plena n.º 60/2003) es en sí misma una decisión arbitraria, porque, igual que la STC n.º 2471/2012-RDN, es una decisión que rehuyó la aplicación de la jurisprudencia constitucional vigente a tiempo de su dictado, como se verá más adelante (queda al margen el hecho obvio de que un fallo de la jurisdicción ordinaria no es precedente producido por la jurisdicción constitucional).

Llegado el tiempo de resolver, el Tribunal Constitucional comenzó elaborando sobre cuatro cuestiones de naturaleza procesal involucradas en el caso.

- (1) Abrió su motivación refiriéndose a la naturaleza jurídica del recurso directo de nulidad. Al respecto, dijo que el mismo tutelaba la garantía de competencia y que sancionaba con su nulidad a los actos producidos ultra vires. Su retórica en este aspecto fue general e insuficiente. General, porque se limitó a explicitar el texto del artículo 122 de la Constitución, que dice que los actos producidos sin competencia son nulos. E insuficiente, porque no elaboró respecto al carácter directo del recurso en cuestión, que es, precisamente, lo que define su entidad jurídica procesal. Lo único que podría asumirse como una motivación referente al caso concreto es la cita subrayada que hizo del artículo 157 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en lo referido a que el recurso procede contra

los actos «de quien ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la ley» (párrafo III.1). Pero esta inferencia dista mucho de satisfacer la obligación de explicar los fundamentos del caso en análisis, que corresponde a todo tribunal.

- (2) Luego el Tribunal justificó la legitimación de la Procuraduría General del Estado para accionar en este caso. Su explicación fue textualista: ya que el artículo 231 de la Constitución dice que la Procuraduría puede actuar en defensa de los intereses del Estado como sujeto procesal de pleno derecho en todas las acciones judiciales y administrativas, interponiendo recursos ordinarios y acciones de defensa, entonces puede, sin necesidad de decir más, accionar en este caso (párrafo III.2.1).
- (3) Del hecho que la demanda estuviese dirigida contra el tribunal arbitral, el Tribunal razonó que el recurso directo de nulidad también es aplicable a los particulares que ejerzan una función de relevancia pública, porque «el ejercicio competencial o jurisdiccional puede en su caso ser de relevancia bajo la perspectiva del orden público, como sucede en el caso de autos» (párrafo III.2.2). La cita adelanta un criterio de excepción: no está definiendo el objeto de la pretensión del recurso directo de nulidad a partir de la garantía de competencia (*i.e.*, es materia del recurso la violación a dicha garantía), sino a partir de la importancia («relevancia») de la competencia ejercida. Dos cosas al respecto: si lo que define al objeto de la pretensión del recurso directo de nulidad es la relevancia de la competencia comprometida, entonces (i) su naturaleza jurídica es distinta a la que refirió el Tribunal en la misma sentencia; y (ii) es reprochable que el Tribunal no se detuviese a explicar lo que hace relevante a una competencia como para que su transgresión califique como objeto del recurso directo de nulidad: desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, motivar respecto del objeto de la pretensión parece una

exigencia impuesta por el puro sentido común, porque de la claridad jurisprudencial de su definición depende el destino de la acción.

- (4) Finalmente, sobre el plazo de presentación del recurso directo de nulidad, se construyó el siguiente argumento: (i) el plazo aplicable a esta acción en particular estaba reglado por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y era de seis meses a partir de la notificación o de la ejecución del acto denunciado (artículo 159); (ii) aunque entre la fecha del laudo (21 de enero de 2008) y la fecha del recurso (3 de agosto de 2012) hay más de seis meses, el ejercicio de la acción no había caducado aún, porque la Procuraduría General del Estado conoció recién del laudo el 13 de julio de 2012, cuando le fue comunicado por el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda (párrafo III.2.3). De momento lo siguiente: si el plazo comenzaba a correr a partir de que la Procuraduría tomase conocimiento, entonces su participación en el caso no sería en representación del Estado, sino a nombre propio. Para que los fundamentos 2 y 4 guardasen coherencia entre sí, o bien la Procuraduría actuaba como representante del Estado y el plazo estaba caducado, o bien actuaba a nombre propio y el plazo estaba vigente, pero no las dos cosas a la vez.

Para llegar a que la declaratoria de nulidad del contrato de venta fue una actuación arbitral contraria al orden público por arrogarse competencias reservadas a la jurisdicción ordinaria, el Tribunal dio dos argumentos.

- (1) Comenzó por lo obvio: el carácter arbitrable de una controversia (párrafo III.3). Para esto, se sirvió primero de los artículos 3, 6 y 63.I de la Ley de Arbitraje y Conciliación, para concluir en la imposibilidad de arbitrar controversias sobre (i) «materias expresamente excluidas», (ii) «derechos sobre los cuales no se

puede pactar libremente», y (iii) «indisponibilidad de aspectos vinculados al orden público que sólo pueden ser dilucidados por la jurisdicción estatal» (arbitrabilidad objetiva, párrafo III.3.a). Esta clasificación es redundante. Lo es, porque las «materias expresamente excluidas» son aquéllas que «no se pueden pactar libremente» y que «sólo pueden ser dilucidadas por la jurisdicción estatal», como queda de la literalidad de los artículos 3 y 6 de la Ley de Arbitraje y Conciliación. Para no repetirse doblemente, hubiese bastado con referirse al género (*i.e.*, «materias expresamente excluidas»), sin escindirlo innecesariamente en sus propias especies. Hecho esto, el Tribunal tomó el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Conciliación para decir que el Estado puede someter sus controversias sobre derechos disponibles a arbitramento (arbitrabilidad subjetiva, párrafo III.3.b).

- (2) Dicho esto, siguió refiriéndose al régimen de nulidad de los contratos. Sobre éste, dijo que los vicios de nulidad se producen cuando se transgreden normas imperativas, que como tales suponen una limitación a la libre autonomía de la voluntad. Hasta aquí bien. Pero luego tornó en equivalentes las normas imperativas, cuya violación produce un vicio de nulidad, con el orden público. Y de esto concluyó («por lo cual», dijo, párrafo III.4) que la declaratoria de nulidad correspondía únicamente a la jurisdicción ordinaria, citando al efecto el artículo 546 del Código Civil. Hasta aquí dos cosas: (i) la equivalencia entre orden público y normas imperativas revela que el Tribunal desconoce la distinción entre orden público interno y orden público internacional; y (ii) que el régimen de nulidades nazca de normas imperativas no quiere decir, por vía de deducción, que su declaratoria esté reservada al Estado: todo lo que quiere decir es que dicho régimen no admite excepción de pacto en contrario y que, por consecuencia, quien conozca de una acción de nulidad está obligado a aplicar tales normas imperativas. La

competencia para declarar la nulidad de un acto jurídico es un asunto de derecho positivo y es con esto que tiene que lidiar el Tribunal, a partir del artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, que dice: «La decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral». Enfrentado con esta norma, el Tribunal Constitucional dice que ella «permitiría entrever» (párrafo III.4) que la declaratoria de nulidad puede ser materia de arbitramento, pero que una interpretación sistemática no avala esto. Según tal interpretación, (i) como el Código Civil dice que la nulidad sólo puede ser declarada judicialmente, entonces nadie más que los jueces puede declararla; y (ii) como la anterior afirmación vacía de contenido al artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, el Tribunal dice que ese artículo se refiere al régimen de nulidades pactadas contractualmente. Sobre esto último: si en el mismo párrafo III.4 el propio Tribunal está diciendo que el régimen de nulidades nace de normas imperativas y las casa con el orden público, entonces según su propio razonamiento no puede haber un régimen de nulidades que nazca de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como de hecho no lo hay, porque la declaratoria de nulidad importa la pérdida de validez y sólo puede condicionar la validez una fuente con anterioridad lógica-normativa a la fuente cuya validez deriva de ella; de ahí que el régimen de nulidades venga de la misma fuente que condiciona la validez de los contratos, que para el caso es el Código Civil.

Así fue como se llegó a la declaratoria de nulidad del laudo, pero con una disidencia. Al votar, la magistrada Chanéz Chire disintió (1) del plazo de presentación del recurso y (2) de la legitimación de la Procuraduría General del Estado para accionar. Aunque aparentan ser dos fundamentos independientes, se trata en puridad de uno solo, el primero, respecto del cual el segundo es un argumento de consecuencia,

como lo advierte la propia disidencia (párrafo I). (1) Del plazo, da por bien hecho que la mayoría lo hubiese regido por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, pero disiente de su cómputo. A su juicio, los seis meses que dicha Ley establece para el ejercicio de la acción habrían ya caducado a tiempo del recurso directo de nulidad (párrafo II.3). (2) De la legitimación de la Procuraduría, no controvierte su competencia para representar al Estado, pero sí que la haya ejercido fuera de plazo (párrafo II.4). Aplicados estos argumentos al caso, concluye que, para el tiempo de presentación del recurso directo de nulidad, el laudo arbitral ya gozaba de la inmutabilidad propia de las decisiones sobre las que recae la calidad de cosa juzgada. Ergo, la Procuraduría no podía accionar contra una decisión que el ordenamiento procesal había declarado firme y definitiva. Y ya que se dio lugar al recurso a pesar de haber caducado el derecho para su accionamiento, dice que (1) le es preocupante los efectos que pueda tener una «interpretación lesiva para la estabilidad del ordenamiento jurídico»; y (2) que la interpretación de la mayoría «corre el riesgo de abrir un precedente incierto, que origine un escenario de estado de indefensión no querido por el orden constitucional» (párrafo II.5). Los dos son temores fundados.

### III. ARGUMENTACIÓN Y ARBITRARIEDAD

La aceptación de una decisión es un pronunciamiento sobre su corrección racional. Hay corrección racional cuando las decisiones son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema. La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia del Estado de Derecho, no un elemento lógico del sistema jurídico. Sólo en el Estado de Derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico).

Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones, debe agregársele la corrección racional de su justificación. Fundamentar una decisión

judicial no es exponerla (labor descriptiva), sino justificarla. Dar razones que sostengan la corrección racional de la decisión adoptada. La justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos del caso. De esto se desprende, como regla natural, que la argumentación será más compleja cuanto más complejos sean los casos. Tratándose de la justicia constitucional, la labor argumentativa arrastra las complejidades propias de (1) resolver en el marco de la indeterminación característica de las Constituciones; y (2) decidir autoritativamente sobre el significado jurídico de la Constitución. Con esto, en cada decisión constitucional los tribunales tienen en sus manos todo el Estado de Derecho.

La justificación de las decisiones significa control democrático sobre los tribunales por dos razones.

- (1) Porque es la precondición de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (artículo 115 de la Constitución). Ya estaba suficientemente afirmado en la jurisprudencia (i) la relación entre motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva; (ii) que el cumplimiento de la exigencia de motivar se medía por su cometido constitucionalmente asignado de proporcionar conocimiento material efectivo sobre las razones de la decisión; y (iii) que la carencia de motivación significaba comisión de acto arbitrario (por todas, STC n.º 1163/2006-RAC, 20 de noviembre de 2006, párrafo III.2; y STC n.º 937/2006-RAC, 25 de septiembre de 2006, párrafo III.3.1). Esto no ha variado (por todas, STC n.º 2212/2010-AAC, 19 de noviembre de

2010, párrafo III.3; y STC n.º 275/2012-AAC, 4 de junio de 2012, párrafo III.2.1). La reafirmación de la jurisprudencia ha llevado (i) a enfatizar la mayor importancia que tiene la motivación cuando se está ante un tribunal de cierre (STC n.º 2210/2012-AAC, 8 de noviembre de 2012, párrafo III.1) y (ii) a determinar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada a partir del telos propio de la justificación de las decisiones en el Estado de Derecho. Con esto, la motivación ha adquirido corporeidad propia, que redunda en su garantía. Como su autonomía normativa viene de los fines que debe cumplir, para el respeto de su contenido esencial las decisiones deben (i) expresar el sometimiento manifiesto a la Constitución y al derecho ordinario en general; (ii) convencer de que la decisión es expresión de justicia, razonabilidad y congruencia con lo pedido, y no fruto de la arbitrariedad; (iii) garantizar la posibilidad de control de la decisión por los medios de impugnación respectivos; y (iv) permitir el control democrático de los tribunales (STC n.º 2221/2012-AAC, 8 de noviembre de 2012, párrafo III.1).

- (2) Porque es la precondición para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I). En un inicio el Tribunal Constitucional no tuvo esto en claro. Su argumento para fundar la obligatoriedad de sus precedentes tomaba sustento en su Ley de organización (STC n.º 1781/2004-RAC, 16 de noviembre de 2004, párrafo III.1), sin advertir lo denigrante de tal razonamiento para la supremacía constitucional. Si para ser vinculantes los precedentes necesitan de una ley, entonces sería la ley la fuente suprema del ordenamiento y no la Constitución. Pero

esto ha sido enmendado por el propio Tribunal. En la STC n.º 846/2012-AAC (20 de agosto de 2012, párrafo III.3) el Tribunal (i) afirmó el valor de la jurisprudencia como fuente directa del derecho; (ii) fundó su fuerza vinculante en la igualdad y en la seguridad jurídica; (iii) reconoció la importancia de los precedentes para la unidad y coherencia del ordenamiento; (iv) recordó que los cambios jurisprudenciales deben estar fundados en interpretaciones que acomoden mejor con la Constitución; (v) respecto al cambio de precedentes, sostuvo que puede hacerse con la «motivación suficiente» (*i.e.* no rehuirlos silenciosamente, párrafo III.3.1.d); (vi) diferenció entre precedente y dicta; (vii) afirmó la aplicación inmediata en el tiempo de la jurisprudencia; (viii) introdujo el concepto de *prospective overrule*; y (ix) hizo pedagogía acerca de la aplicación e invocación de sus precedentes.

La argumentación de una decisión exige una rigurosa economía del razonamiento jurídico, que por criterio de razón suficiente evite cuestiones impertinentes al asunto en cuestión. La adecuada justificación de las decisiones judiciales comienza por distinguir entre casos fáciles y difíciles. (1) Son fáciles los casos cuyas premisas normativas y fácticas no son controversiales. Puesto que sus premisas son convencionalmente aceptadas, se producen conclusiones racionalmente aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo. Por esto, el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión. Ésta es una justificación formal o de primer nivel. Aquí el silogismo de Beccaria basta.<sup>3</sup> (2) Son difíciles los casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas. (i) Tratándose de sus premisas normativas, esto puede deberse a problemas de relevancia o de interpretación. Son problemas de relevancia las dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su propia existen-

<sup>3</sup> Refiriéndose al derecho penal, decía Beccaria: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena». (BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Aguilar, 1974, 1.ª edición, p. 76).

cia. Los problemas de interpretación suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable. (ii) Tratándose de las premisas fácticas, que no sean convencionalmente aceptadas puede deberse a problemas de prueba o de calificación. Se llaman «problemas de prueba» a las dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer operativa la hipótesis de la norma. Y son problemas de calificación las dudas sobre la determinación del significado jurídico de un hecho probado.

Desde el punto de vista de la argumentación, el razonamiento deductivo es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Aquí, a la lógica formal (justificación de primer nivel), debe sumársele criterios de razonabilidad (justificaciones de segundo nivel). De esta manera, cada premisa problemática debe justificarse en criterios que sostengan la corrección racional de la decisión tomada. Hecho esto, la justificación formal puede ejecutarse. En este sentido, el razonamiento deductivo no sólo describe los casos fáciles, sino también los difíciles. No hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del derecho, no vaya de una norma general a una particular. El problema está en determinar las premisas del silogismo. Una vez justificadas, la decisión podrá describirse como un proceso deductivo. Necesitándose justificaciones de segundo nivel, decidir un caso difícil en base a una justificación de primer nivel es abusar de la deducción. La decisión descansaría en un razonamiento formalista, una degeneración del pensamiento formal. El formalismo es el error de no darse cuenta de que la decisión necesita de justificaciones de segundo nivel. Es el caso del juez que ignora que está ante una laguna y que le corresponde su integración, o que ignora que está ante una antinomia y que su decisión debe eliminarla. Como efecto, el formalismo corre en contra de la aceptación racional de la decisión. Y, al contrario, decidir un caso fácil en base a una justificación de segundo nivel es caer en un error sustantivista. Éste es una degeneración del pensamiento sustantivo (material). El error consiste en no darse cuenta de que el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Las definiciones de formalismo y sustantivismo son de ATTIAH, P.S. y Robert S. SUMMERS. *Form and Substance in Anglo-American Law* (Nueva York: Clarendon Press, 1987, 1.<sup>a</sup> edición), p. 28.

Para MacCormick<sup>5</sup> los criterios de razonabilidad para la construcción de justificaciones de segundo nivel son tres.

- (1) La universalidad, que no es nueva en el pensamiento jurídico: donde hay identidad de razón debe haber identidad de derecho (*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*). Supone dar el mismo tratamiento a todos los casos cuyas premisas sean las mismas, y tratar de modo distinto a los que tengan premisas diferentes. Implícitamente, éste es el razonamiento que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar la obligación de una «protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad» (STC n.º 846/2012-AAC, 20 de agosto de 2012, párrafo III.1). La universalidad de una decisión descansa, a su vez, en una decisión previa: la determinación de las premisas relevantes del caso y la determinación de las premisas relevantes de los casos con los que será confrontado.
- (2) La coherencia, que (i) cuando se refiere a las premisas normativas significa que la justificación no es antinómica con las normas del sistema jurídico, o inconsistente con los valores implícitos que lo unifican. Consecuencia práctica inmediata de esto es la revisión de la legalidad ordinaria en vía de amparo, cuando la «labor interpretativa resultare insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda e ilógica o con error evidente» (STC n.º 832/2012-AAC, 20 de agosto de 2012, párrafo III.4). (ii) Cuando se refiere a las premisas fácticas, la coherencia significa que la prueba y calificación de los hechos debe estar en conformidad con las leyes científicas aplicables y con los datos convencionalmente aceptados por

<sup>5</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Nueva York: Clarendon Press, 1978, 1.<sup>a</sup> edición. En la bibliografía nacional puede consultarse TALAVERA, Pedro. *Interpretación, integración y argumentación jurídica*. Santa Cruz: El País, 2008, 1.<sup>a</sup> edición, pp. 205-269.

la experiencia. Acá, la consecuencia práctica inmediata es la revisión constitucional de la valoración de la prueba, cuando «exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir» (STC n.º 832/2012-AAC, 20 de agosto de 2012, párrafo III.5).

- (3) Y la consecuencia, que conlleva considerar las consecuencias de la decisión según los valores adoptados por el sistema jurídico. La decisión cuyas consecuencias mejor sirvan a estos valores estará mejor justificada. Su fuerza justificatoria está en relación directa con los objetivos sociales que persigue el sistema. Por tanto, las justificaciones de consecuencia son adecuadas si contribuyen con tales objetivos. Ya esto ha venido haciéndose cerca de una década atrás, desde que el Tribunal Constitucional explicitó la aplicación directa de los principios y valores superiores del ordenamiento (STC n.º 1846/2004-RAC, 30 de noviembre de 2004, párrafo III.2). Éste ha sido el razonamiento, por ejemplo, detrás de la decisión de permitir que en los supuestos de tutela por medidas de hecho se flexibilicen las reglas de legitimación pasiva, cuando quien acude en amparo no pueda identificar a sus demandados (STC n.º 1478/2012-AAC, 24 de septiembre, párrafo III.1.2). De no permitirse esta excepción, el ordenamiento estaría trabajando a favor de su propia ruptura, premiando con la imposibilidad de ser demandado a quien lo quebranta por un acto de fuerza patente, beneficiándolo así con su propio ilícito.

Hasta aquí la jurisprudencia en materia de argumentación. A partir de ella, dos cosas pueden decirse respecto a la justificación de las decisiones judiciales en la jurisdicción constitucional: (1) el Tribunal Constitucional arrastra una consolidada tradición garantista respecto a que la justificación de las decisiones judiciales enraíza en el derecho a la tutela judicial efectiva y en la garantía del debido proceso; y (2) tal tradición va a la par, cuando menos, de las opiniones doctrinales

comúnmente aceptadas en la materia. Ésta es la altura de la valla que el propio Tribunal ha erigido. Contra ella tiene que medirse la justificación de su STC n.º 2471/2012-RDN.

#### IV. INCUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLE A LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD

##### 1. Naturaleza directa del recurso directo de nulidad

El recurso directo de nulidad es, por definición, directo. Su entidad procesal quedó definida por el AC n.º 426/2001-CA (1 de noviembre de 2001), que dijo que el recurso directo de nulidad sólo procedía para «aquellos supuestos en los que no es posible obtener la reparación del agravio por no prever el orden legal otro medio de impugnación». Desde que es tal (directo), el recurso directo de nulidad no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa (subsidiariedad), habida cuenta de que sólo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. Al contrario, de haber una vía que remedie la garantía de competencia, ésta excluye la procedencia del recurso. Esto ha sido recientemente reiterado por el Tribunal Constitucional, a propósito de reencauzar un precedente suyo en el que había equiparado la naturaleza directa del recurso en comentario con el carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional.<sup>6</sup> Al corregir el equívoco, el Tribunal dijo: «el recurso directo de nulidad, no se rige por el principio de subsidiariedad por lo que a diferencia de la acción de amparo constitucional y conforme se extrae de su propia denominación para su planteamiento, no requiere agotar las instancias intra-procesales, pero a la vez este recurso, no puede ser sustitutivo de los recursos intra-procesales ordinarios» (STC n.º 693/2012-AAC, 2 de agosto de 2012, párrafo III.2).

---

<sup>6</sup> Se trata de la STC n.º 99/2010-RAC (10 de mayo de 2010), que dijo: «[para la procedencia del recurso directo de nulidad] se deben agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia» (párrafo III.7).

Esto no quiere decir que en estos casos la garantía de competencia no pueda ser amparada por la jurisdicción constitucional. Todo lo que quiere decir es que no puede serlo por la vía del recurso directo de nulidad. Para los casos en los que la garantía de competencia tiene remedios previstos en el ordenamiento, su agotamiento es condición para el ejercicio de la acción de amparo: un remedio procesal distinto al recurso directo de nulidad, que no tutela la garantía de competencia en sí misma, sino que repara los daños que la actuación incompetente hubiese generado en los derechos de orden constitucional. Para el caso del arbitraje, el ordenamiento ordinario ha dispuesto mecanismos de salvaguarda de la garantía de competencia, que, por consecuencia, son excluyentes del recurso directo de nulidad.

Tal es el caso de la excepción de incompetencia por (1) inexistencia de materia arbitrable; (2) inexistencia del convenio arbitral; (3) nulidad del convenio; (4) caducidad del mismo; y (5) exceso en el mandato del tribunal arbitral (artículo 33 de la Ley de Arbitraje y Conciliación). Y es el caso del recurso de anulación contra el laudo por (1) pronunciarse sobre materia no arbitrable; (2) existencia de casos de nulidad o anulabilidad del convenio arbitral; (3) referencia a controversias no previstas en el convenio arbitral o resueltas en exceso del mismo; y (4) emisión del laudo fuera de plazo (artículos 63.I.1, 63.II.1, 63.II.4 y 63.II.7 de la Ley de Arbitraje y Conciliación). En todos estos supuestos la razón de la pretensión para accionar el medio de defensa específico es la misma: la actuación sin competencia del tribunal arbitral. Todo lo que varía en cada uno de ellos es la causa de dicha incompetencia, que es lo que da a cada supuesto su autonomía normativa (*v.gr.* incompetencia por inexistencia de materia arbitrable, incompetencia por nulidad del convenio, o incompetencia por laudo fuera de plazo). Por tanto, si lo que se quiere es accionar contra un laudo en la jurisdicción constitucional por haber violentado la garantía de competencia, deberá hacérselo a través de la acción de amparo, pidiendo que se repare el daño que la actuación incompetente produjo en los derechos de orden constitucional (que para el caso será la garantía al debido proceso), y previo ejercicio de

la excepción dicha y del correlativo recurso de anulación, cuya causal deberá guardar identidad con el supuesto alegado para excepcionar incompetencia. Pero la vía no es el recurso directo de nulidad, que queda de inicio excluida al haber en el ordenamiento que gobierna el arbitraje medios previstos para tutelar la garantía de competencia.

## 2. Competencias materia del recurso directo de nulidad

Acordemos lo siguiente: competencia y capacidad tienen el mismo significado, pero ámbitos distintos de aplicación. Ambos significan una habilitación del sistema jurídico para hacer algo, un poder. Son el contenido específico de una regla secundaria, que autoriza a introducir, modificar o aplicar el derecho vigente (*power conferring rules*).

Quienes están habilitados para hacer esto tienen poderes normativos. En el derecho privado los poderes normativos se denominan capacidad; en el derecho público, competencia.<sup>7</sup> Las cosas por su naturaleza: un tribunal arbitral no es un poder constituido, por tanto, la habilitación normativa que recibe de la Ley de Arbitraje y Conciliación con el nombre de competencia es por su entidad una capacidad, la capacidad de arbitramento, que es tal porque se desenvuelve en el ámbito del derecho privado, como consecuencia del derecho a arbitrar. Ahora esto: el recurso directo de nulidad está para guardar las competencias de fuente constitucional (no legal) de los poderes constituidos: «ha de entenderse que el recurso directo de nulidad tiene como finalidad declarar la invalidez de aquellos actos de cualquier persona o autoridad que usurpe funciones que se arroga sin que la Constitución Política del Estado le confiera tal autoridad. En ese contexto, son funciones del Estado, primero, aquéllas que son propias de los órganos del poder público como las de juzgar (Órgano Judicial), legislar (Órgano Legislativo) o administrar (Órganos Ejecutivo y Electoral); segundo, los que fungen, conforme prevé el artículo 12.II de la CPE, las funciones de control

<sup>7</sup> Cf. HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Nueva York: Clarendon Press, 1994, 2.<sup>a</sup> edición, p. 81.

(Contraloría), defensa de la sociedad (Ministerio Público y Defensoría del Pueblo) o defensa del Estado (Procuraduría) y, finalmente, tercero, otros órganos a los que la Norma Suprema expresamente les asigna determinadas funciones» (STC n.º 265/2012-RDN, 4 de junio de 2012, párrafo III.2).

Hasta aquí bien, porque el recurso directo de nulidad es un medio de defensa de la Constitución, no de la legalidad ordinaria. Pero éste es el problema: el hecho de dictar un laudo no es materia del recurso directo de nulidad, porque (1) no es producido por un órgano constitucional en cumplimiento de una competencia pública nacida de la Constitución, sino que (2) es producido por particulares en ejercicio de una capacidad delegada por el derecho a arbitrar que ostentan las partes. Acá debe distinguirse el derecho a arbitrar, del que deriva la capacidad de arbitramento (derecho privado), del poder de jurisdicción, que corresponde al Poder Judicial (derecho público).

El arbitraje es un derecho, no una competencia pública, y es de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (artículo 56 de la Constitución). Deducir un derecho en la vía arbitral es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la Constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial. Como siendo propietario se puede disponer de un derecho, al garantizar la propiedad se está garantizando también la libertad de contratación, como medio para ejercer dicho poder de disposición.

Por tanto, derechos tales como vender, comprar o donar, que tienen todos su fuente en un contrato, se enraízan en la Constitución, porque todos derivan de un acto de disposición comprendido en las facultades de la propiedad, instrumentalizado, en el caso de los ejemplos, a través de un acto jurídico.

Y lo mismo ocurre con el arbitraje. Que se pacte someter a la decisión de un tercero una controversia de carácter patrimonial es tan sólo hacer ejercicio de la facultad de disposición que corresponde a los titulares de los derechos envueltos en tal controversia. Por eso que la Ley de Arbitraje y Conciliación diga que son arbitrables las controversias de las partes «mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles» (artículo 3), porque la decisión de pactar el arbitraje sólo puede corresponder a las partes y porque dicho pacto sólo puede hacerse sobre un derecho respecto al cual tengan poder de disposición. Ergo, habiendo propiedad, hay arbitraje. Llevado al derecho procesal, en el derecho de propiedad enraíza el principio dispositivo, que define al proceso civil por oposición al proceso penal, regido por el principio de necesidad.

Según el principio dispositivo, corresponde únicamente a las partes iniciar el proceso y ponerle fin, y definir su contenido y los alcances de la tutela solicitada. «Como decía Calamandrei, el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica».<sup>8</sup> La razón: al tratarse de asuntos dejados por el sistema jurídico a la libre disponibilidad de los particulares, sólo a ellos corresponde la decisión sobre la suerte de sus propios derechos. Como el arbitraje comparte con el proceso civil esa misma racionalidad, no sólo que su ejercicio derive del artículo 56 de la Constitución, sino que, una vez que las partes deciden ejercer su derecho a someterse a arbitramento, la habilitación a los árbitros nace también de ese mismo artículo (su capacidad de arbitramento), porque los árbitros sólo pueden decidir sobre aquello que ellas dispusieron someter a su juicio.

Pero una cosa es capacidad de arbitramento y otra poder de jurisdicción. Ambas juzgan, pero sus respectivas entidades quedan definidas por la distinta

<sup>8</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 200, 1.<sup>a</sup> edición, p. 64.

fuente de la que cada una obtiene su habilitación para juzgar. Y es que mientras la capacidad de arbitramento deriva de la libertad de disposición y supone, como tal, la práctica de un derecho, sólo el poder de jurisdicción deriva de la soberanía popular y supone, como tal, el cumplimiento de una competencia pública. Se trata de la unidad jurisdiccional, que la hay cuando la justicia que emana del pueblo (artículo 178.I) sólo la ejerce el Poder Judicial (artículo 179.I). Dice de su encargo soberano a un solo órgano, por oposición a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Arraiga en la división de poderes, porque es consecuencia de la prohibición de delegación de las competencias públicas (artículo 12.III), y su consecuencia obvia es la prohibición de tribunales de excepción (como organización, artículo 180.III; como derecho, artículo 120.I). Como el Poder Judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales), todos ellos forman una unidad si sus decisiones son revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. Y como todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales, el órgano que da unidad al Poder Judicial es el Tribunal Constitucional, encargado de su tutela (artículo 196.I).

Aplicado al arbitraje, la unidad jurisdiccional significa la competencia que tiene el Poder Judicial para enjuiciar la validez de las decisiones arbitrales. Pero esto va al margen de la capacidad de arbitramento. Los árbitros no juzgan por delegación de la soberanía popular (artículo 7), sino por mandato de la voluntad de las partes, que en ejercicio de su libertad de actuación disponen de sus derechos, encargando la resolución de sus controversias a un tercero. Esto es consecuencia de su propia naturaleza privada, derivada de la libertad de disposición como facultad anexa al derecho de propiedad. Éste es el razonamiento implícito en esta afirmación del Tribunal Constitucional, que de otra forma no podría entenderse: «los tribunales arbitrales (...) responden a la voluntad de las partes» (STC n.º 17/2001-RAC, 19 de marzo de 2001, párrafo IV.5). Consecuencia de que la capacidad de arbitramento derive de la libertad

de disposición es la relación que los árbitros mantienen con las partes: «Para que se cumpla con el objeto del arbitraje (...), se hace necesario el árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo».<sup>9</sup>

La diferencia de concepto en la relación del árbitro con las partes y la de los jueces con los litigantes es consecuencia de la fuente de la cual derivan sus respectivas habilitaciones para juzgar. En esta última existe una relación de derecho público, nacida directamente de la soberanía popular, cuya traducción llana en términos operativos, es que los jueces no necesitan ser nombrados por las partes en litigio. En cambio, como la capacidad de los árbitros para resolver una controversia no deriva de la soberanía popular, sin nombramiento de las partes carecen de título que los habilite para conocer la controversia. Pero de espaldas a todo esto está la STC n.º 2471/2012-RDN. Para entenderla, habría que asumir que capacidad de arbitramento y poder de jurisdicción, son lo mismo (*i.e.*, que los árbitros son un órgano constitucional que juzga por delegación de la soberanía popular). Una de dos: (1) ó se acepta esto como consecuencia de la STC n.º 2471/2012-RDN, ó (2) se acepta que ella rehuyó la aplicación del precedente reglado en la STC n.º 265/2012-RDN.

### 3. Legitimación activa de la Procuraduría General del Estado en sede constitucional

Ya el Tribunal Constitucional había distinguido la participación de la Procuraduría General del Estado en la jurisdicción constitucional

<sup>9</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje: El juicio privado*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra, 2007, 1.<sup>a</sup> edición, pp. 63-64.

según las competencias constitucionales que ejerciese. Al efecto, distinguió entre su competencia para ejercer la representación del Estado y su competencia para supervisar a las unidades jurídicas de la Administración Pública. En el caso de la primera, la Procuraduría puede actuar directamente como parte en representación del Estado. Pero, no ocurre lo mismo con la segunda. Acá, «cuando sean las entidades públicas las que ejerzan directamente la representación de las entidades públicas y, por ende, sean éstas parte procesal en causas jurisdiccionales o administrativas, el rol de la Procuraduría General del Estado, será el de supervisar a las unidades jurídicas de la administración pública en cuanto a su actuación procesal» (STC n.º 353/2012-AAC, 22 de junio de 2012, párrafo III.1).

Y aquí viene la contradicción: en el caso del arbitraje cuyo laudo fue luego sometido al recurso directo de nulidad, no fue la Procuraduría quien asumió la defensa en sede arbitral, sino la propia empresa pública demandada. En consecuencia, a la Procuraduría le correspondía únicamente ejercer su tarea supervisora sobre la unidad jurídica de dicha empresa, pero no asumir la representación procesal del Estado en la jurisdicción constitucional.

#### 4. Norma aplicable en el tiempo para computar el plazo para ejercer el derecho de acción

El laudo era de 21 de enero de 2008 y el recurso directo de nulidad de 3 de agosto de 2012. Entre ambos mediaron 44 meses. En ese mismo período se sucedieron tres leyes en la materia: (1) la Ley del Tribunal Constitucional, de 1 de abril de 1998, que daba 30 días para el ejercicio del recurso directo de nulidad (artículo 81) y que mantuvo su vigor hasta el «primer día hábil del año 2011», de acuerdo a la Disposición Abrogatoria de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; (2) la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que extendía dicho plazo a seis meses (artículo 159), y que entró en vigor en su integridad el 2 de enero de 2012, al posesionarse a los nuevos magistrados constitucionales,

de acuerdo a su Disposición Transitoria Segunda; y (3) el Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012, pero en vigor recién desde el 6 de agosto del mismo año (Disposición Transitoria Primera), a partir de cuyo silencio al respecto se interpreta que el recurso se puede presentar en cualquier tiempo (*i.e.*, el paso del tiempo ya no opera como una condición convalidatoria de la invalidez del acto producido *ultra vires*).

Éste es un conflicto de normas en el tiempo. El problema: cuál de estas leyes es la aplicable: (1) ¿la Ley vigente a la fecha del laudo?, que si fuera así sería la Ley del Tribunal Constitucional; (2) ¿la Ley vigente a la fecha de presentación del recurso?, que para el caso sería la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; ó (3) ¿la Ley vigente después de la presentación del recurso pero anterior a su resolución?, que para el caso sería el Código Procesal Constitucional.

Tanto la mayoría como la disidencia aplicaron la Ley vigente a la fecha de presentación del recurso (*i.e.*, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional). Y aquí está la contradicción: debieron aplicar la Ley vigente a la fecha del laudo (*i.e.*, la Ley del Tribunal Constitucional). La razón: a eso lleva la jurisprudencia constitucional sobre irretroactividad.

El artículo 123 de la Constitución norma que (1) «la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo» (regla general), excepto (2) «en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de los trabajadores», (3) «en materia penal, cuando beneficie al imputado» (*favor rei*), y (4) «en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado» (esta última excepción es inaplicable por ser contraria al *favor rei*, de acuerdo a la STC n.º 770/2012-AIC, 13 de agosto de 2012, párrafo III.4.1).

La garantía de irretroactividad es una regla para la resolución de los conflictos de normas en el tiempo. Estos conflictos se resuelven por la aplicación irretroactiva, ultraactiva o retroactiva de las normas. (1) La

irretroactividad supone la aplicación inmediata de una norma, que es «inmediata» porque se aplica a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren mientras tiene vigencia: desde su entrada en vigor hasta su derogación. (2) La ultraactividad supone la aplicación de una norma a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren luego de que ha sido derogada: después de finalizada su aplicación inmediata. (3) Y la retroactividad supone la aplicación de una norma a hechos, situaciones o relaciones pasadas, que acaecieron antes de que la norma entrase en vigor: antes de su aplicación inmediata.

Llegados acá, lo que la Constitución prohíbe es la retroactividad (la ley «no tendrá efecto retroactivo», artículo 123), y la determinación del carácter retroactivo de una norma se resuelve alternativamente a partir de una de las dos soluciones teóricas siguientes.

(1) La teoría de los derechos adquiridos, que sostiene que una vez que un derecho ha nacido y se ha consolidado para un sujeto, las normas posteriores no pueden modificarlo. «En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido». «Tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales». La teoría «diferencia entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. Las facultades son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el derecho y, en tanto tales, no son derechos y no pueden ser adquiridas». «De otro lado, las expectativas son previsiones no protegidas jurídicamente de que yo pueda, eventualmente, llegar a tener tal bien o cosa».<sup>10</sup> Ejemplo de la aplicación de esta teoría es el asunto *Lochner vs. New York* (1905), en el

<sup>10</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, 1.<sup>a</sup> edición, p. 27.

que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que una ley del Estado de Nueva York imponiendo una jornada laboral de ocho horas para los panaderos era inconstitucional por violar la libertad contractual, ya que los contratos entre los patrones y los panaderos debían regirse hasta su terminación por la ley vigente a tiempo de su celebración.

- (2) La teoría de los hechos cumplidos, que sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia (aplicación inmediata). «Si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a ésta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate. Es una teoría que privilegia la transformación del Derecho a impulso del legislador».<sup>11</sup>

Hasta acá la doctrina, ahora el derecho positivo. Desde la introducción en el texto de la Constitución de la garantía de irretroactividad de la ley en las reformas de 1846<sup>12</sup> hasta el presente, la Constitución jamás ha determinado ella misma el significado jurídico de dicha garantía: no ha tomado partido por la teoría de los derechos adquiridos ni por la teoría de los hechos cumplidos. Por tanto, en su condición de intérprete final de la Constitución, tal determinación normativa corresponde al Tribunal Constitucional. Y éste lo ha venido haciendo, tomando partido por la teoría de los hechos cumplidos desde su primera sentencia en la materia: «se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones

<sup>11</sup> En *ob. cit.* en nota al pie 10, p. 28.

<sup>12</sup> Artículo 89 de la Constitución reformada en 1843: «Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva».

fácticas aún no concluidas» (STC n.º 11/2001-RII, 5 de febrero de 2001, párrafo VI.1).<sup>13</sup>

Al decir esto, la jurisprudencia constitucional está diciendo que es retroactiva toda norma que regule hechos, relaciones o situaciones cuyas consecuencias jurídicas ya se produjeron (hechos cumplidos).

Es señal manifiesta de afincamiento de la teoría de los hechos cumplidos en el pensamiento constitucional boliviano la siguiente afirmación de la jurisprudencia, producida a la década de iniciada la línea en comentario: «el principio de irretroactividad no se contrapone con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos» (STC n.º 1045/2011-RAC, 29 de junio de 2011, párrafo III.2; y también en STC n.º 770/2012-AIC, 13 de agosto de 2012, párrafo III.3).

---

<sup>13</sup> Tal vez los casos políticamente más connotados de aplicación de este precedente fueron los dos siguientes. (1) El asunto de la reforma del artículo 93.III de la Constitución (texto de 1967), acusándose que su aplicación a la convocatoria de elecciones generales del 2005 sería retroactiva por acortar el período para el que fueron electos los miembros del Congreso, el Tribunal resolvió que la aplicación inmediata del artículo reformado era irretroactiva. Si acá aplicaba la teoría de los derechos adquiridos, hubiese resuelto que el período de funciones de los parlamentarios no podía acortarse (STC n.º 76/2005-RDI, 13 de octubre de 2005, párrafo III.3). (2) Y el caso de la obligación de migrar a un nuevo régimen legal que impuso la Ley de Hidrocarburos del 2005, al derogar a la ley que la precedía en la materia. También acá, el Tribunal sostuvo que tal obligación era irretroactiva. Y, también acá, si el Tribunal hubiese razonado a partir de la teoría de los derechos adquiridos, habría tenido que concluir que la nueva regulación no podía ser aplicable a los titulares de contratos de riesgo compartido celebrados al amparo de la anterior Ley (STC n.º 45/2006-RDI, 2 de junio de 2006, párrafo I.1).

Por consiguiente, todo cambio legislativo («mutaciones» como las llama la jurisprudencia citada) que alcance a las consecuencias jurídicas no cumplidas de un hecho, relación o situación es irretroactivo. Y, a la inversa, todo cambio legislativo que alcance a las consecuencias jurídicas ya cumplidas de un hecho, relación o situación será retroactivo.

Así planteadas las cosas, conocido el laudo arbitral, éste comenzó a producir efectos jurídicos. Uno de éstos es que su notificación echó a andar los plazos previstos para su impugnación. Vencidos estos plazos, por su entidad procesal, los mismos quedaron caducos. Es decir, que la consecuencia del paso del tiempo quedó cumplida, haciendo que los medios impugnatorios cuyos plazos de interposición caducaron ya no pudiesen ser ejercidos. Como el laudo era de 21 de enero de 2008, la ley aplicable era la Ley del Tribunal Constitucional, porque era la única ley vigente en la materia a ese tiempo. Como esta Ley establecía un plazo de 30 días para la presentación del recurso directo de nulidad, transcurridos los mismos, el ejercicio del recurso quedó excluido, por caducidad del plazo para su interposición.

## V. INCUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE ARBITRAJE

### 1. Reconstrucción del concepto jurisprudencial de orden público

El Tribunal Constitucional jamás ha elaborado expresamente sobre el concepto de orden público, así que, en justicia, es imposible refutarle lo que no ha hablado. Y esto es lo reprochable: ya que el fundamento para declarar la nulidad del laudo de 21 de enero de 2008, fue que el mismo era violatorio del orden público, desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, era necesario que la STC n.º 2471/2012-RDN comenzase por definirlo.

A pesar del silencio al respecto, por comparación, es posible reconstruir una definición jurisprudencial de orden público a partir del concepto que del mismo maneja la jurisprudencia extranjera. Es decir, a

pesar de no haberse referido a él expresamente, el Tribunal Constitucional sí se ha referido al mismo contenido que en la jurisprudencia comparada se denomina orden público. Que no le haya dado el nombre es cosa que no afecta a su entidad jurídica, pero que sí lo exime de reprochársele una contradicción directa, frontal, a su propia jurisprudencia, con la salvedad dicha por callar respecto a su formulación.

En la jurisprudencia extranjera el orden público es un concepto de principio. Como tal, es de formulación abstracta, pero de aplicación restrictiva (*i.e.*, no todo hecho repudiable es una violación de principio). En el caso estadounidense, por ejemplo, el orden público se contrae a «las nociones más básicas de moralidad y justicia» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974).<sup>14</sup>

El mismo criterio, incluyendo el lenguaje empleado en su formulación, se usa en Hong Kong (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Hebei Import and Export Corporation vs. Polytek Engineering Company Ltd*, 1998)<sup>15</sup> e Irlanda (Corte Superior de Irlanda, asunto *Brostrom Tankers AB vs. Factorías Vulcano SA*, 2004).<sup>16</sup>

Lo mismo que en Alemania y Suiza, donde no toda violación al derecho encarna una violación al orden público, excepto, respectivamente, cuando se infringe «una norma que regula los principios básicos de la vida pública o económica o cuando tal infracción contradice de un modo intolerable el concepto alemán de justicia», o cuando «el sentimiento

---

<sup>14</sup> Disponible en:  
<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html>.

<sup>15</sup> Disponible en:  
[http://arbitrationlaw.com/files/free\\_pdfs/hebei\\_import\\_and\\_export\\_corp\\_v\\_polytek\\_engineering\\_co\\_ltd\\_cavc\\_116-1997.pdf](http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/hebei_import_and_export_corp_v_polytek_engineering_co_ltd_cavc_116-1997.pdf).

<sup>16</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/198.html>.

innato de justicia es lastimado de modo intolerable al inaplicarse una disposición fundamental del sistema jurídico suizo».<sup>17</sup>

Igual es el caso noruego, en el que hay violación al orden público «únicamente cuando [el laudo] discrepa en grado inaceptable con el orden jurídico del Estado, violando un principio fundamental del mismo» (*Pulsarr Industrial Research BV vs. Nils H. Pilsen AS*, 2002).<sup>18</sup> O en Canadá, donde una violación al orden público es tal por ser «contraria a la moralidad esencial del Estado» (Corte de Ontario, Canadá, asunto *Arcata Graphics Buffalo Ltd. vs. Movie-Magazine Corp.*, 1993).<sup>19</sup>

Y en España, país en el que se denomina orden público constitucional al régimen compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución.<sup>20</sup>

Reconstruido a partir de la jurisprudencia comparada, el concepto de orden público se refiere al fundamento ético del sistema jurídico del Estado en cuestión: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina.

Aunque lingüísticamente abstracto, su significado jurídico puede ser objeto de determinación, aunque con el margen de vaguedad propio de los conceptos indeterminados. Tratándose de Estados de cuño liberal, su fundamento ético es la libertad individual.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> En UNGAR, Kenneth. *The Enforcement of Arbitral Awards Under Uncitral's Model Law on International Commercial Arbitration* (25 Columbia Journal of Transnational Law, 1987), p. 751.

<sup>18</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. La Haya: Kluwer, 2001, 2.<sup>a</sup> edición, p. 740.

<sup>19</sup> Disponible en: <http://interarb.com/clout/clout037.htm>.

<sup>20</sup> Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 2003, 2.<sup>a</sup> edición, p. 314.

<sup>21</sup> En esto lleva la razón Popper: «No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que

Y para que ésta quede asegurada tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término.<sup>22</sup> Esto es, como un gobierno de poderes limitados, cuyas competencias se organizan en la forma frenos y contrapesos. Ya sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional que «el Estado de Derecho [se] caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, [y] por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social» (STC n.º 101/2004 RAC, 14 de septiembre de 2004, párrafo III.2).

Hasta aquí queda que el orden público común a toda república estaría compuesto por (1) las libertades constitucionales y (2) el sistema de frenos y contrapesos. A esto, para el caso boliviano en específico, debiera añadirse (3) su «carácter plurinacional», que ha sido definido como el «hecho fundante básico del Estado y de la Constitución boliviana» (STC n.º 112/2012 RHC, 27 de abril de 2012, párrafo III.1.2). Contrastado lo dicho con la STC n.º 2471/2012-RDN, no parece que encargar a un tribunal arbitral declarar la nulidad de un acto jurídico, atente contra el fundamento político y moral del Estado boliviano. Al menos *prima facie* no parece disolver su «hecho fundante básico», que para el caso nacional es el equivalente jurisprudencial a

---

podemos ser completamente responsables por nosotros mismos». «La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad» (POPPER, Karl R. *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Paidós, 1995, 1.<sup>a</sup> edición, pp. 147 y 236).

<sup>22</sup> Y en esto lleva la razón Sartori: «[Que] el Estado constitucional haya sido concebido en los tiempos del Estado pequeño y como un Estado que 'nada hace' (el Estado como perro guardián), nada prohíbe que se transforme, si es necesario, en un Estado grande que 'hace mucho', con esta condición esencialísima: cuanto más deja de ser un Estado mínimo, tanto más importante que permanezca como Estado constitucional, en la acepción garantista del término». SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus, 2003, 1.<sup>a</sup> edición, pp. 276 y 277).

«las nociones más básicas de moralidad y justicia» referido por la jurisprudencia comparada.

## 2. Licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual

Al decir que «la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente», el artículo 546 del Código Civil está diciendo dos cosas: (1) se está refiriendo a la presunción de validez que acompaña a todo el proceso de producción jurídica; y (2) está habilitando a los jueces para declarar vencida dicha presunción (*i.e.*, declarar la invalidez de los actos jurídicos).

Toda la producción jurídica se rige por la presunción de validez: las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. Si constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho, también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que una norma cese su existencia jurídica. Validez e invalidez son datos objetivos, consecuentes con el carácter formal del sistema jurídico, no juicios subjetivos a cargo de las partes contratantes. Aplicada al derecho contractual, la presunción de validez opera impidiendo a las partes valerse de la nulidad como argumento eximiente de su responsabilidad por incumplimiento, pues, en tanto el acto jurídico no sea declarado formalmente nulo, sus efectos seguirán produciéndose.

Hasta aquí el significado jurídico del artículo 546 del Código Civil. Pero, tomado en pareja con el artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, su segundo significado varía.

Contrario a lo dicho por el Tribunal Constitucional, no sólo los jueces pueden declarar la nulidad de los actos jurídicos, sino también los árbitros. Al enfrentarse con el artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, el Tribunal Constitucional dijo que éste se refería a

nulidades pactadas contractualmente. La vacuidad de este oxímoron ya fue explicada en este ensayo.

Para llegar a tal solución, el Tribunal dijo que hacía una interpretación sistemática entre dicho artículo y el artículo 546 del Código Civil. Y ya que concluyó que por virtud del segundo, la declaratoria de nulidad era materia reservada a la jurisdicción ordinaria, habrá que asumir que el Tribunal entiende que, contrariamente al pensamiento jurídico común, (1) la norma anterior deroga a la posterior y (2) la norma general se aplica con preferencia a la norma especial.

Tal es el absurdo sostenido a título de interpretación sistemática. Si la norma que dice «la decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral» (artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación) es una norma posterior en el tiempo (1997) y especial por su materia (arbitraje) respecto a la norma general (Código Civil) de 1976 que dice «la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente» (artículo 546 del Código Civil), entonces una de dos: (1) ó se entiende que se está ante una derogación tácita; ó (2) se entiende que se está ante una regulación especial.

En ambos casos el resultado es el mismo: el significado jurídico del artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación es que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es asunto arbitrable. No puede significar otra cosa decir «la decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato».

A esta conclusión ya había llegado el propio Tribunal Constitucional una década atrás: «Que las normas impugnadas supuestamente entran en contradicción con el artículo 116-II y III de la Constitución Política del Estado que dispone que no pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción y que la facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde

a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional, así como con el artículo 30 de la Carta Fundamental que establece que los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución y con el artículo 546 del Código Civil que señala que la nulidad y la anulabilidad de los contratos serán pronunciados judicialmente.

Que el parágrafo I del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Conciliación no tiene ninguna relación con las normas constitucionales que supuestamente contradice.

Por su parte, el parágrafo II de dicha disposición legal, así como el artículo 12-II y III de la Ley de Arbitraje y Conciliación, al otorgar la posibilidad de que una decisión arbitral declare la nulidad de un contrato sin que ello determine necesariamente la nulidad del convenio arbitral, así como al ordenar que la autoridad judicial se inhiba de conocer el caso si está sujeto a convenio arbitral, o que interpuesta la excepción de arbitraje pueda declararla probada o desestimarla, no conllevan delegación ni desconocimiento de las facultades propias del Poder Judicial ni atentan contra el principio de unidad jurisdiccional; por ende, no contradicen los artículos 30 y 116-III de la Constitución, ya que la Ley de Arbitraje y Conciliación establece expresamente las atribuciones del tribunal arbitral, así como sus limitaciones, detallando en el artículo 6 las materias excluidas de arbitraje, dentro de las que se encuentra la referente a la capacidad de las personas esgrimida en el proceso principal que origina el presente recurso.

Que, por otra parte, los tribunales arbitrales o de conciliación no constituyen tribunales o juzgados de excepción, al contrario, responden a la voluntad de las partes expresada en un contrato escrito y tienen por objeto llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a los estrados judiciales, constituyéndose en un medio alternativo que contribuye a la administración de justicia. Que, por otra parte, los tribunales arbitrales tienen plena competencia para declarar la rescisión o nulidad de los

contratos que estén sometidos a su conocimiento» (STC n.º 17/2001-RII, 19 de marzo, párrafos IV.3 a IV.5).

De acuerdo a su propia jurisprudencia sobre producción judicial del derecho, el Tribunal Constitucional es libre de mutar este precedente si considera que otra interpretación acomoda mejor en el sistema jurídico (*i.e.*, si es más consecuente con el mismo por su universalidad y coherencia). Lo que no es libre de hacer es rehuir silenciosamente sus propios precedentes. Eso es arbitrariedad, y es eso lo que ha ocurrido acá.



## Capítulo 20

ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN  
DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN BOLIVIA

SOME BASIC CONSIDERATIONS ABOUT THE APPLICATION  
OF THE NEW YORK CONVENTION IN BOLIVIA

Horacio Andaluz Vegacenteno



## ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN BOLIVIA

### *SOME BASIC CONSIDERATIONS ABOUT THE APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION IN BOLIVIA*

*Horacio Andaluz Vegacenteno\**

Resumen: En Bolivia aún no se ha tenido la oportunidad de aplicar la Convención de Nueva York. Este artículo no pretende hacer una exégesis exhaustiva sobre dicho instrumento internacional, sino sólo hacer un repaso de ciertas consideraciones generales para su aplicación, tal como han venido siendo desarrolladas por la jurisprudencia comparada. Para esto, lo primero ha sido determinar, a partir de la legislación nacional, la aplicabilidad de la Convención. Lo segundo, desarrollar los presupuestos

---

\* Abogado, árbitro (CAINCO), profesor de derecho (UPSA). Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, *Master of Laws*-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Última publicación: «*A Positivist Reexamination of Judicial Review. The Legal Reasoning Behind Marbury vs. Madison*» (Lambert, Berlin, 2011). Otros libros: «Aplicación judicial de la Constitución» (Santa Cruz: El País/Iuris Tantum/UPSA, 2010, reimpresión 2011); «Positivismo normativo y derecho internacional» (La Paz: Plural/Cerid, 2005). Otras publicaciones (relevantes): «Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos» (Libro homenaje al Profesor Néstor Pedro Sagües, Sucre: Iach/Tribunal Constitucional, 2012); «Cádiz en Charcas: Conjeturas e Indicios» (84 Revista de Derecho Político. Madrid: UNED, 2012); «La posición constitucional del poder judicial» (80 Revista de Derecho Político. Madrid: UNED, 2011); «La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente» (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); «Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la

procesales para solicitar el reconocimiento. Y lo tercero, recalcar en los aspectos comunes sobre la denegación del reconocimiento. El reconocimiento de laudos anulados y la denegación del reconocimiento por violación al orden público, son cuestiones que no pueden quedar al margen, porque son parte del conocimiento general que se debe tener sobre la aplicación de la Convención de Nueva York.

**Abstract:** The Bolivian Judiciary has not had the opportunity to apply the New York Convention yet. This article is not an exhaustive interpretation of that treaty. It is only a general review of some basic considerations for its application, such as the foreign courts have been developing them. To do so, firstly, the applicability of the Convention has been determined in light of national legislation. Secondly, the article has gone through the procedural aspects to demand recognition. And thirdly, it has gone through the common grounds to deny recognition. Recognition of annulled awards and denegation of recognition by public policy are matters that cannot be avoided, because they are part of the basic knowledge surrounding the application of the New York Convention.

**Palabras Clave:** Convención de Nueva York, reconocimiento de laudos, convenio arbitral, acuerdo por escrito, Uncitral, anulación de laudos, exequátur, denegación del reconocimiento, orden público.

---

estructura del sistema jurídico» (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); «El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho» (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); «La justicia constitucional en el Estado de Derecho» (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); «El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia» (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); y «El derecho de la sucesión de Estados» (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007).

Sumario: I. Derecho aplicable al reconocimiento de laudos en Bolivia.— II. Presupuestos procesales de la solicitud de reconocimiento.— III. Cuestiones comunes sobre la denegación del reconocimiento.— IV. Reconocimiento de laudos anulados.— V. Referencia a la denegación del reconocimiento por violación del orden público.

Hay 147 Estados obligados por la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958). De su entrada en vigor en 1959 (7 de junio) a la fecha, la aplicación de la Convención ha generado un vasto y generalmente uniforme cuerpo de jurisprudencia. Bolivia es parte en la Convención desde 1994 (12 de agosto de 1994), pero, pese a que a la jurisprudencia nacional no le es ajena la tarea de reconocer decisiones judiciales extranjeras, no ha tenido aún la oportunidad de reconocer laudos arbitrales. Más aún: su experiencia se concentra en el reconocimiento de sentencias de divorcio. Sobre asuntos que por su materia pudieron haberse dirimido en arbitraje, el de mayor relevancia es el reconocimiento de una sentencia del Tribunal de la Reina de la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales (AS-Sala Plena n.º 34/2004, 2 de abril de 2004), que ha dejado como jurisprudencia, también aplicable al reconocimiento de laudos, que la solicitud de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera es un acto aislado u ocasional (artículo 415 del Código de Comercio). Por tanto, no es necesario que las sociedades comerciales extranjeras se inscriban en el Registro de Comercio para que tengan el derecho de accionar en esta materia.

Pero, sobre la Convención de Nueva York no hay nada aún. Estoy lejos de hacer una presentación sistemática de la Convención, como un instrumento internacional cuyo significado jurídico ha sido definido por la interpretación uniforme de la jurisprudencia comparada. Tan sólo toco algunos aspectos generales y dispersos, sobre los que la jurisprudencia se ha pronunciado más allá de la literalidad de su texto. Las causales tasadas de denegación del reconocimiento no son cuestión para tratarse incidentalmente, pero la indeterminación del concepto de

orden público obliga a tocar el tema, aunque sea a título de referencia. Todas las citas a sentencias extranjeras son traducciones libres. La anotación de los párrafos responde a la unidad conceptual de cada uno de ellos.

## I. DERECHO APLICABLE AL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EN BOLIVIA

El reconocimiento es un asunto de Derecho Internacional Privado. Es un juicio sobre la admisibilidad de los efectos de una decisión extranjera, reconociéndole la misma eficacia que produciría una decisión del foro de naturaleza equiparable. Es un acto formal y declarativo. Formal, porque prescinde de revisar el fondo del asunto. No se valoran los hechos, sino que se resuelve sobre las condiciones formales tasadas para pronunciar el reconocimiento o negarlo. Y declarativo, porque deja que la cosa juzgada extranjera produzca los mismos efectos que produciría en su Estado de origen.

De acuerdo a la legislación boliviana, es laudo extranjero toda «resolución arbitral de fondo que haya sido dictada fuera de Bolivia» (artículo 79 de la Ley n.º 1770). Al decir «resolución arbitral de fondo», está diciendo una que decida sobre el objeto mismo de la controversia sometida a arbitramento. Al contrario, una decisión definitiva referida a la competencia arbitral o a las incidencias del proceso, no sería un laudo extranjero según el artículo 79.

Y al decir que «haya sido dictada fuera de Bolivia», está diciendo dos cosas.

- (1) Está adoptando la territorialidad como criterio para determinar la nacionalidad extranjera de un laudo. Por tanto, necesitarán de reconocimiento para su ejecución, los laudos extranjeros al sistema jurídico boliviano por razón del lugar de su dictado (artículo 80). Contrario a esto, a los laudos dictados

en arbitrajes internacionales en los que el Estado del foro es Bolivia (artículo 71), se les aplicará el mismo procedimiento de ejecución que se aplica a los laudos nacionales (artículos 68 a 70).

- (2) Está diciendo que el lugar del dictado del laudo es el lugar del arbitraje. Al decir «dictada fuera de Bolivia», no está diciendo que uno sea el lugar del arbitraje y otro sea el lugar del laudo. A pesar de la literalidad de su texto, la Ley no hace tal escisión. El lugar del arbitraje es un concepto legal, que depende de la decisión de las partes, del reglamento aplicable o de la decisión de los árbitros. De este lugar depende la nacionalidad del laudo, porque a través de él se vincula a un sistema jurídico. Cosa distinta es que se desarrollen actuaciones arbitrales fuera del lugar del arbitraje, incluyendo que el laudo sea dictado físicamente en otro lugar. Nada de esto afecta al lugar del arbitraje ni a la nacionalidad del laudo. Es un permiso para actuar fuera del lugar del arbitraje, nada más, pero no lo cambia, sino que se ejerce porque la ley del lugar del arbitraje lo otorga.

La jurisprudencia es clara en esto: «El lugar del arbitraje es puramente un concepto legal (...); no es una noción de facto dependiente del lugar de las audiencias o del lugar donde efectivamente se firmó el laudo» (Corte de Apelaciones de París, asunto *Société Procédés de Préfabrication pour le Béton vs. Libye*, 1998).<sup>1</sup>

Leído el artículo 79 según el artículo 42, el lugar del laudo es jurídicamente el lugar del arbitraje, porque es consecuencia del vínculo de nacionalidad elegido por aplicación del artículo 42.I. Y si fue dictado en un lugar distinto, su nacionalidad no varía, porque la ley de su nacionalidad le permite dictarse fuera (artículo 42.II): se trata

---

<sup>1</sup> HILL, Richard. *On-line Arbitration: Issues and Solutions* (15 Arbitration International, 1999), p. 203.

simplemente del significado jurídico positivo del concepto «lugar del arbitraje» (textualmente, el dictado del laudo está cubierto por el permiso general de «realizar cualquier otra actuación» en «cualquier lugar»). Por tanto, los laudos dictados físicamente fuera de Bolivia, sólo serían extranjeros si el lugar del arbitraje no fuera Bolivia. Éstos son los que deberán ser reconocidos.

Por regla, al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros les son aplicables las normas de la Convención de Nueva York sobre la materia (Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958). Como excepción, les son aplicables las normas de la Ley n.º 1770.

Las razones:

- (1) Rige en la materia una regla a favor del reconocimiento y ejecución, que obliga a optar por la aplicación del instrumento internacional más favorable a la parte solicitante (artículo 80.II). Sólo de no haber instrumento aplicable, se aplicarán las disposiciones internas (artículo 80.III).
- (2) La Ley n.º 1770 remite a cuatro instrumentos internacionales (artículo 72.I, por remisión del artículo 80.I): uno, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá, 1975); dos, la Convención de Nueva York ya mencionada; tres, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros (Convención de Montevideo, 1979); y cuatro, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington, 1965).
- (3) De éstos, el cuarto queda excluido de inicio: de acuerdo a su artículo 71, la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington tuvo efecto el 3 de noviembre de 2007.

- (4) De las convenciones que quedan, la de Montevideo sale también excluida. Primero, es subsidiaria de la Convención de Panamá (artículo 1), así que las razones para excluir a ésta alcanzan a aquélla (párrafo siguiente). Segundo, sus condiciones para el reconocimiento son más gravosas que las de la Convención de Nueva York. De un lado, exige la presentación de copias auténticas de las piezas necesarias que acrediten que el demandado fue emplazado debidamente y que se aseguró la defensa de las partes (artículo 3.b). De otro, exige también la presentación en copia auténtica del auto que declare que el laudo «tiene carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada» (artículo 3.c). A cambio de ambas, a la Convención de Nueva York le basta con la presentación del laudo y del acuerdo arbitral debidamente autenticados y traducidos al idioma oficial del Estado requerido (artículo IV). Tercero, al darle a estos requisitos la naturaleza de presupuestos procesales, invierte la carga de la prueba de lo que comparativamente está regulado como causales de denegación del reconocimiento, a instancia de la parte contra la que se invoca el laudo, en la Convención de Nueva York (artículo V.1.b y V.1.e). Y cuarto, además de invertir la carga de la prueba, la presentación en copia auténtica del auto que declare el carácter ejecutoriado o de cosa juzgada del laudo (artículo 3.c), es una exigencia de más difícil cumplimiento que defender que el laudo sí es obligatorio (artículo V.1.e de la Convención de Nueva York). Que el laudo sea obligatorio significa que el fondo de su decisión no puede controvertirse ante otra instancia: «El laudo será considerado obligatorio a los efectos de la Convención si no hay otra instancia a la cual recurrir (esto es, un tribunal de apelación). El hecho que se puedan interponer recursos en un tribunal, no impide que el laudo sea obligatorio. [El artículo V.1.e] debe hacer más difícil para una parte perdedora obstrucionista posponer o evitar la ejecución, instaurando, o amenazando con hacerlo, procedimientos para prescindir del laudo o suspenderlo» (Corte

Superior de Delhi, asunto Fertilizer Corporation of India vs. IDI Management Inc., 1982).<sup>2</sup> En cambio, presentar el auto que declare el «carácter ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada» del laudo, significa someter al laudo a un doble reconocimiento. De un lado, al reconocimiento del Estado del lugar del arbitraje, para que emita el auto que lo declara ejecutoriado. De otro, al reconocimiento del Estado requerido, para que el laudo sea ejecutado. Nada de esto facilita el reconocimiento. Quedando fuera la Convención de Montevideo, quedan en concurso las convenciones de Panamá y de Nueva York.

Por su ámbito de aplicación, la Convención de Panamá queda excluida frente a la Convención de Nueva York.

- (1) La Convención de Nueva York se aplica aún a laudos emitidos en Estados que no son parte en ella. Es consecuencia de que su cumplimiento quede a cargo del Estado del foro, que queda impuesto de obligaciones unilaterales (artículo I.1): lo obligan sin que exista relación sinalagmática con el Estado del lugar del arbitraje. Por tanto, siempre que el Estado en el que se busca reconocer y ejecutar un laudo sea parte de la Convención, ésta será aplicable. Las excepciones: primera, que el Estado requerido hubiese formulado reserva de reciprocidad, en cuyo caso aplicará la Convención sólo a los laudos provenientes de otro Estado parte (artículo I.3); segunda, que el Estado requerido hubiese formulado reserva de comercialidad, en cuyo caso aplicará la Convención sólo a los laudos que decidan controversias «consideradas comerciales por su derecho interno» (artículo I.3). En cambio, la reciprocidad es la regla para la aplicación de la Convención de Panamá. Como carece de una norma que produzca los efectos del artículo I de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá es fuente de un entramado de obligaciones bilaterales entre los Estados vinculados por ella. Y

<sup>2</sup> Disponible en: <http://www.indiankanoon.org/doc/1759511/>.

como un Estado se obliga frente a otro en la medida exacta de las obligaciones que éste tiene con aquél, la relación jurídica entre ellos se construye a partir de la identidad de sujetos (Estados) y materias comprometidas (obligaciones). Ésa es la reciprocidad. Y aquí un agravante: que se trata de una convención sólo entre los Estados americanos (artículo 7). Por tanto, para que la Convención de Panamá sea aplicable, el Estado del lugar del arbitraje y el Estado requerido deberán ser, a la vez, Estados americanos obligados por la Convención.

- (2) La Convención de Nueva York se aplica a todos los laudos que necesiten de reconocimiento: su artículo I sólo se refiere a «sentencias arbitrales», sin distinguir entre ellas. Por tanto, la Convención es aplicable a laudos comerciales y a laudos de inversiones, dictados en arbitrajes nacionales o en arbitrajes internacionales. Pero no ocurre lo propio con la Convención de Panamá. De su preámbulo y de su artículo 1 queda que es aplicable sólo a laudos comerciales («carácter mercantil» dice el artículo 1). Los laudos de inversiones quedan fuera de su ámbito de aplicación. Y tampoco es aplicable a los laudos extranjeros, pero nacionales según la ley del lugar del arbitraje. Su preámbulo se refiere a la necesidad de una convención sobre arbitraje comercial internacional, por tanto, es dable al razonamiento jurídico asumir que sus disposiciones sólo son aplicables a los laudos extranjeros internacionales. De aquí queda que la Convención de Panamá sólo es aplicable a los laudos extranjeros internacionales en materia comercial, dictados en un Estado americano parte de la Convención y que vayan a ser reconocidos en otro Estado americano también parte en ella. Por tanto, su ámbito de aplicación está sujeto por regla a astringencias que la Convención de Nueva York sólo conoce por vía de excepción.

- (3) Por último, la Convención de Panamá no regula directamente las condiciones de admisibilidad para solicitar el reconocimiento, sino que remite el asunto a la legislación interna del Estado del foro y a lo que establezcan los tratados en la materia (artículo 4). Por tanto, para su aplicación habría que acudir a la Ley n.º 1770 (artículos 82.II y 82.III), que reproduce las condiciones de admisibilidad de la Convención de Nueva York (artículo IV): un rodeo innecesario para llegar a sus mismos requerimientos.

Por lo dicho, de los cuatro instrumentos convencionales a los que remite la Ley n.º 1770 (artículo 80.I), la Convención de Nueva York es el instrumento internacional más favorable al reconocimiento. Por tanto, en cumplimiento del artículo 80.II, el Tribunal Supremo debe optar por su aplicación. Lo que no exime que desde su ratificación ya debía aplicarla (1) al reconocimiento de laudos anteriores a ella y (2) a laudos cuyo procedimiento de reconocimiento hubiese estado en curso al amparo de otras normas: el ámbito de aplicación temporal de la Convención de Nueva York lo determina el régimen constitucional de aplicación de leyes en el tiempo del Estado del foro, y que en Bolivia las normas procesales son de aplicación inmediata, es cosa sabida en la jurisprudencia constitucional: «las leyes (...) cuando son de naturaleza procesal no sustantiva, es decir, aquéllas que regulan procesos o procedimientos, pueden ser aplicadas de manera inmediata a todos los procesos que se inicien o que están pendientes al tiempo en que entran en vigor, ello porque su aplicación tiene la finalidad de regular un hecho en la actualidad y no a situaciones o hechos pasados y debidamente consolidados» (STC n.º 1421/2004 RAC, 6 de septiembre de 2004, párrafo III.2.2). Por tanto, la Convención era ya aplicable (1) al reconocimiento de laudos anteriores al 12 de agosto de 1994, fecha de la Ley n.º 1588 que la ratifica, y (2) a los laudos que, a tiempo de su ratificación, su procedimiento de reconocimiento hubiese estado en curso según las normas del Código de Procedimiento Civil. Aplicado a la Convención de Nueva York, el razonamiento del Tribunal Constitucional sería similar al de la jurisprudencia comparada:

en *Fotochrome, Inc. vs. Copal Company*<sup>3</sup> (1975), por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos aplicó la Convención a un laudo emergente de un arbitraje que nació de un convenio arbitral celebrado antes de que la Convención entrara en vigor, sosteniendo que ella no afectaba los derechos sustantivos de las partes, sino que simplemente establecía un procedimiento uniforme de reconocimiento y ejecución. Lo propio sostuvo la Cámara de los Lores en Inglaterra, en *State of Kuwait vs. Frederick Snow & Partners*<sup>4</sup> (1984), y Chapdelaine cuenta que la Corte italiana de Casación también da aplicación inmediata a la Convención.<sup>5</sup>

Hasta aquí la regla, pero la Ley n.º 1770 dice que, «en defecto de tratado», se aplicarán sus disposiciones. Ésta es la excepción. La favorabilidad como criterio de aplicación sólo es exigible al concurso de instrumentos internacionales (artículo 80.II). No siendo ninguno de ellos aplicable, no queda más que aplicar la ley interna, aun cuando fuera menos favorable al reconocimiento. En su artículo 81.I.1, la Ley n.º 1770 ha hecho suyas las causales de denegación del reconocimiento del artículo V.1, literales (a) a (d), y del artículo V.2 de la Convención. Y en su artículo 81.I.2, ha hecho suyo el texto del artículo V.1.e. Pero, en su artículo 81.I.3 ha incorporado una nueva causal, que pone a la parte solicitante de reconocimiento en desventaja frente a un par a cuyo laudo le fuera aplicable la Convención: «existencia de causales de anulación o improcedencia establecidas por acuerdos o convenios internacionales vigentes». Con lo cual, si al laudo extranjero cuyo reconocimiento se busca le fuera aplicable esta causal, la diferencia entre la aplicación de la regla (la Convención de Nueva York) y la excepción (el artículo 81), fuera la denegación del reconocimiento.

<sup>3</sup> Disponible en: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/517/517.F2d.512.74-2082.568.html>.

<sup>4</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn8190>.

<sup>5</sup> Cf. CHAPDELAINE, Pascale. *The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?* (8 Arbitration International, 1992), p. 78.

## II. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO

La Convención de Nueva York pide que se acompañe a la demanda de reconocimiento el acuerdo arbitral y el laudo debidamente autenticados y traducidos al idioma oficial del Estado requerido (artículo IV).

Al referirse al acuerdo arbitral, la Convención lo define, por su forma, como un acuerdo escrito (artículo II.1), contenido en un canje de cartas o telegramas o firmado por las partes (artículo II.2). Nótese que da menos opciones de fuentes documentales que puedan contener el acuerdo arbitral que la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ya ésta, en 1985, entendía por acuerdo escrito el «consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra». Como cierre, a su vez, añadía que «la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato» (artículo 7.2).

Y para el año 2006, en su revisión, la Ley Modelo Uncitral, en su opción I, dijo que «se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio» (artículo 7.3); y que «el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por comunicación electrónica se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercam-

bio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax» (artículo 7.4).

Y en su opción II, en cambio, optó por definir sustantivamente al convenio arbitral y liberarlo de toda forma solemne: «el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no» (artículo 7.4).

Dadas las distintas fuentes documentales que pueden ser continentes del acuerdo arbitral, el problema quedaría planteado al pretenderse el reconocimiento de un laudo extranjero pronunciado en un arbitraje sustanciado a partir de un acuerdo arbitral contenido en alguna de las fuentes ajenas a la Convención de Nueva York. Ya el Tribunal Federal de Suiza sostuvo que el artículo II.2 de la Convención debía interpretarse según la Ley Modelo Uncitral, «cuyos autores tuvieron la intención de adaptar la Convención a las necesidades actuales sin modificarla» (*Compagnie de Navigation et Transports SA vs. MSC*, 1995).<sup>6</sup> La apelación en solitario a la intención de Uncitral no pasa de ser un argumento *ad verecundiam*, cuya fuerza persuasiva descansa en la autoridad que tiene la Comisión en la materia. Pero, echar mano de ese argumento para sostener que la Convención deba interpretarse según la Ley Modelo, es una petición de principio: lo que necesita de interpretación es la Convención, no la Ley Modelo; decir que la Convención debe leerse considerando la intención que tuvo Uncitral al hacer la Ley, supone razonar de inicio desde la conclusión a la que debería llegar: que la Convención deba interpretarse según la Ley, debe ser una conclusión

<sup>6</sup> WANG, Jing. *International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements* (10 *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 2001), p. 379. Una década después, Uncitral recomendó que «que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas». (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>).

sustentada en una interpretación previa de la propia Convención, que autorice a interpretarla de acuerdo a la Ley.

Puesto a un lado este razonamiento, el Tribunal Supremo podría decantarse por el reconocimiento por uno de los tres argumentos siguientes, no excluyentes entre sí.

- (1) Al referirse a un acuerdo «firmado» o al «canje de cartas o telegramas», el artículo II.2 no está determinando una forma solemne, constitutiva de la validez del acuerdo. Lo que hace es determinar formas puramente probatorias de la naturaleza escrita del acuerdo arbitral. La escritura es toda la forma solemne que la Convención exige. Fuera de ésta, todas las demás referencias son a los medios documentales que la Convención asume como fuentes de prueba escrita. Como son formas que interesan en tanto medios de prueba para demostrar la existencia de un documento (el acuerdo) y su contenido (someterse a arbitraje), cualquier otra forma que sirva como medio de prueba de la existencia escrita del acuerdo, debería igual admitirse.
- (2) Podría aplicarse al caso la propia Ley n.º 1770, cuyo artículo 10 hace suya la redacción del artículo 7.2 de Ley Modelo de 1985, ya citada. Pero su aplicación no es directa: como ha sido la propia Ley n.º 1770 la que ha enviado a la Convención de Nueva York (artículo 80.II), sólo podría ser la Convención la que reenviase a la Ley, haciendo aplicables sus disposiciones. La norma de reenvío acá es el artículo VII de la Convención, que permite que se aplique la norma de fuente estatal o internacional que más convenga a la pretensión de reconocimiento. De vuelta en la Ley n.º 1770, sólo quedaría leer su artículo 82.II, referido a las condiciones de admisibilidad de la solicitud de reconocimiento, de acuerdo a su artículo 10, referido a las formas de expresar el acuerdo arbitral. Y la razón por la que no puede aplicarse la Ley n.º 1770 sino a través de la Convención,

es porque el criterio de aplicación que ella misma estableció para determinar la norma más favorable al reconocimiento, se aplica sólo al concurso entre instrumentos internacionales (artículo 80.II), y no a la concurrencia de instrumentos internacionales y disposiciones de derecho interno. Si la Ley hubiese previsto esta última relación, su aplicación a este supuesto no requeriría de reenvío.

- (3) Y puede otorgarse el reconocimiento fundándose en el silencio de aquél contra quien se opone el laudo. Es causal para denegar el reconocimiento que el «procedimiento arbitral no se haya ajustado» a la ley del lugar del arbitraje (artículo V.1.d de la Convención de Nueva York). Si esa ley no preveía que el acuerdo arbitral estuviese contenido en alguna de las fuentes documentales permitidas por la Ley Modelo, la parte contra la que se dirigió el arbitraje debió advertirlo en su momento. Como no hay procedimiento sin acuerdo previo, oponerse en su momento hubiese valido para oponerse luego al reconocimiento. No pudiendo alegarse esta causal, debiera entenderse que la parte se resignó a no controvertir la fuente continental del acuerdo arbitral, reconociéndola como prueba suficiente del pacto de someter sus controversias a arbitraje. Llegados aquí, habría que completar este razonamiento con el primer argumento dicho. Por lo mismo que más trabajado, este argumento parece más débil que los dos anteriores.

La Convención dice que el acuerdo arbitral y el laudo deben estar debidamente autenticados (artículo IV.1). La autenticación es un asunto consular. Para que un documento sea formalmente reconocido en un Estado extranjero, sus agentes consulares deben primero dar fe de la legitimidad de las firmas que lo rubrican. La jurisprudencia comparada ha tratado esta exigencia como una formalidad probatoria. Por tanto, que el laudo no haya sido presentado autenticado, no ha sido razón suficiente para denegar el reconocimiento. Como la autenticación es

un medio para probar la autenticidad del laudo, si la convicción sobre su autenticidad puede quedar formada por otros medios, denegar el reconocimiento por su falta, equivaldría a reducir la exigencia de autenticación a un formalismo ocioso. Al contrario, si la parte contra la que se pretende obtener el reconocimiento controvirtiese fundamentalmente la autenticidad del laudo, exigir su versión original debidamente autenticada fuera una condición ineludible para su reconocimiento: «La copia de un documento prueba el contenido del mismo. [La parte contra la que se pretende el reconocimiento] no ha alegado que la copia presentada difiera del original. Ninguno de sus argumentos se refiere a una diferencia entre el original y la copia» (Corte de Apelaciones de París, asunto *Inter-Arab Investment Guarantee Corporation vs. Banque Arabe et Internationale d'Investissements*, 1997).<sup>7</sup> «El propósito para requerir la presentación en original o copia certificada del acuerdo de arbitraje es probar la existencia de un acuerdo para arbitrar. En este caso, quien se opone no cuestiona la existencia de la cláusula arbitral, sino sólo su ejecutabilidad. Del mismo modo, la autenticidad del contenido del laudo no está en controversia. Quien se opone al reconocimiento está intentando persuadirnos de denegar el reconocimiento basado en un mero tecnicismo (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Overseas Cosmos, Inc. vs. NR Vessel Corp*, 1997).<sup>8</sup>

Lo mismo han sostenido los tribunales suizos, como queda citado en esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Ginebra:

El tribunal debe mostrar flexibilidad cuando evalúa la forma en la que [los documentos referidos en el artículo IV de la Convención de Nueva York] son presentados, esto es, como autenticados, originales o copias certificadas. La práctica muestra que nuestros tribunales son flexibles al momento de decidir sobre violaciones al artículo IV de la Convención de Nueva York. En 1990, la Corte Comercial de Zurich sostuvo que una violación al artículo

<sup>7</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn7827>.

<sup>8</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn7953>.

IV, en este caso, la presentación de una fotocopia no certificada del laudo, no negaba su reconocimiento, porque no estaba en discusión que el laudo había adquirido calidad de cosa juzgada. La Corte de Zurich sostuvo que los requisitos formales del artículo IV no debían suponer una carga excesiva si las condiciones para el reconocimiento no estaban en disputa y aparecían, más allá de toda duda, sustancialmente cumplidas.

La Corte de Zurich invocó también varias sentencias de la Corte Suprema, en las que ésta sostenía que una parte no podía basar su pedimento en la presentación incorrecta de los documentos cuando el contenido del laudo en cuestión era incontrovertible. La Corte sostuvo, también, que la falta de autenticación de un documento no puede fructificar a menos que la propia autenticidad del documento estuviese en cuestión.

Su falta tampoco lleva inevitablemente a denegar el reconocimiento, si es que quien se opone no controvierte el carácter de cosa juzgada del laudo, o si es que tal carácter puede probarse por otros medios distintos a la presentación de los originales autenticados. Finalmente, la Corte Suprema confirmó, en 1995, una decisión no publicada de la Corte de Apelaciones de 17 de marzo de 1994, en la que la Corte de Apelaciones reconocía y ejecutaba un laudo.

Aquí, la Corte Suprema encontró que la parte que pretendía el reconocimiento incumplió con el artículo IV, al presentar la fotocopia simple de un fax contenido la cláusula arbitral y, sostuvo que, como aquél contra quien se buscaba el reconocimiento no había controvertido la autenticidad de la cláusula, tal violación era irrelevante. (...). El texto de la Convención no describe más allá de su mención los contenidos y la naturaleza de las obligaciones formales que ella crea, ni tampoco indica cómo su violación debe ser sancionada. Esta Corte entiende que el artículo IV debe ser interpretado de acuerdo con el espíritu de la Convención, ya

descrito. Los Estados contratantes deseaban reducir las obligaciones de la parte que solicitaba el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero tanto como fuera posible.<sup>9</sup>

La Convención también dice que el acuerdo arbitral y el laudo deberán presentarse traducidos al idioma oficial del Estado del foro (artículo IV.2). La jurisprudencia ha demarcado el ámbito de aplicación de esta obligación, eximiendo de la necesidad de traducción cuando el juez del reconocimiento conozca con suficiencia el idioma original de dichos documentos:

Esta corte no considera necesario traducir el laudo al noruego. No creemos que la Convención de Nueva York establezca una obligación absoluta al respecto. El idioma original del laudo es el inglés, y si la corte tiene el dominio suficiente del mismo como para entender el vocabulario relevante relativo a las conclusiones del laudo, traducirlo parece un costo irrazonablemente alto en comparación con lo que la traducción pudiese ofrecer. (*Pulsarr Industrial Research BV vs. Nils H. Pilsen AS*, 2002).<sup>10</sup>

Y dice la Convención, también, que el acuerdo arbitral y el laudo deberán presentarse a tiempo de solicitar el reconocimiento (artículo IV.1). La oportunidad de su presentación es una condición de admisibilidad. Tratándose de un presupuesto de carácter formal, la falta de presentación de dichos documentos a tiempo de la solicitud es un incumplimiento subsanable:

El solicitante presentó a la Corte el laudo original. Su autenticidad no fue disputada. Sin embargo, su contrario sostuvo que, como no fue presentado junto con la demanda de reconocimiento,

<sup>9</sup> UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37 (Nueva York: United Nations, 2003, 1.<sup>a</sup> edición), p. 26

<sup>10</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. La Haya: Kluwer Law, 2001, 2.<sup>a</sup> edición, p. 740.

su solicitud debía ser rechazada y que tal error no podía ser enmendado al presentarse luego el laudo original. En mi opinión, la producción del laudo en este proceso, en el cual el solicitante aún busca su reconocimiento, es suficiente. (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Medison Co., Ltd. vs. Victor Limited, 2000*).<sup>11</sup>

### III. CUESTIONES COMUNES SOBRE LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento puede denegarse por siete razones, especificadas en el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>12</sup> De éstas, las cinco

<sup>11</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/%28F%28b2zZkX5WMSkxAuIuJUjWuD3IgtN9cvczQvA8VUPmpv8H5KRJv-MR0Li1vf-Q0Hpi9hnRWSxVR-2phNIhAjMhNP11a6BX6V-F4BUPSz7Qg4EA-JGi3XeZDsH4egW-I1-0suorAw%29%29/print.aspx?ids=ipn22926>.

<sup>12</sup> «1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad

primeras operan a pedido y prueba de quien las invoca, las dos restantes lo hacen aún de oficio. Cotejadas con las causales de anulación de la Ley n.º 1770 (artículo 63), son sustancialmente las mismas. La única excepción es la causal del artículo V.1.e de la Convención, porque que el laudo no sea aún obligatorio o haya sido anulado o suspendido, sólo puede ser, en sí misma, razón para impedir su reconocimiento. Pero, que las causales sean las mismas, no significa que, al denegar el reconocimiento, el Tribunal Supremo esté anulando el laudo extranjero. La competencia para declarar la invalidez de un laudo está reservada a los jueces de partido (artículo 66 de la Ley n.º 1770).

Sólo ellos pueden anular un laudo cuyo lugar del arbitraje hubiese sido Bolivia (jamás uno extranjero). Al Tribunal Supremo lo que le está reservado es el reconocimiento de laudos extranjeros. Respecto de éstos, la jurisdicción boliviana es secundaria: es un foro en el que se busca su reconocimiento y ejecución, nada más, pero no uno cuyo derecho condicione su validez.

El condicionamiento de validez de una decisión lo ejerce el sistema jurídico que le otorga su nacionalidad, y sólo a éste corresponde, por lo mismo, el poder para declarar su nulidad. La suya es una jurisdicción primaria, por ser sus tribunales los de la ley del lugar del arbitraje. Por tanto, si el Tribunal Supremo anulase un laudo extranjero, en derecho tal pronunciamiento debiera leerse tan sólo como una denegación del reconocimiento, nada más. Carecería de la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a toda decisión de anulación, porque solamente lo que no es válido para la jurisdicción primaria es jurídicamente inexistente. Pura teoría del derecho de conocimiento general positivada por la

---

competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país» (Convención de Nueva York, artículo V).

Convención, que al negar el reconocimiento a un laudo anulado en el lugar del arbitraje o según su ley, está diciendo, por implicación, que ninguna otra jurisdicción puede anularlo (artículo V.1.e).

Por eso, cuando confrontada con laudos anulados en jurisdicciones secundarias, la jurisprudencia no ha dudado en reconocerlos. Es el caso de un laudo suizo anulado en Indonesia:

La Convención de Nueva York proporciona un cuidadosamente estructurado marco para la revisión y ejecución de los laudos arbitrales. Sólo una corte de un país con jurisdicción primaria sobre un laudo puede anularlo. Las cortes de otros países son jurisdicciones secundarias: una corte de jurisdicción secundaria está limitada a decidir si el laudo puede ejecutarse en ese territorio. La Convención establece regímenes muy diferentes para la revisión de un laudo (1) en los países en los que, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho, y (2) en los países en los que se busca su reconocimiento y ejecución. Según la Convención, el país en el que, o conforme a cuya ley, el laudo fue dictado, tiene jurisdicción primaria sobre él. Todos los otros Estados signatarios de la Convención son jurisdicciones secundarias, en las que las partes pueden solamente controvertir si ese Estado debe o no ejecutar el laudo. (Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, asunto *Karaha Bodas Co. vs. Preusan Pertambangan*, 2004).<sup>13</sup>

Y es también el caso de un laudo estadounidense anulado en República Dominicana:

La Corte toma nota de que Nicor y Carib parecen sugerir en un pie de página que el laudo arbitral no debiera ser reconocido porque los tribunales dominicanos han denegado su reconocimiento. De acuerdo al artículo V.1.e de la Convención de Nueva York, la Corte no debe reconocer un laudo arbitral si el mismo fue

---

<sup>13</sup> Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1207034.html>.

anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, fue dictado. Como el laudo arbitral no fue hecho en o bajo las leyes de la República Dominicana, la denegación de reconocimiento por parte de los tribunales dominicanos no es argumento para denegar el reconocimiento de acuerdo a la Convención de Nueva York. (Corte de Distrito de Florida, asunto *Nicor International Corporation/Carib Consult vs. El Paso Corporation*, 2003).<sup>14</sup>

Que las causales para denegar el reconocimiento sean formales, significa que los tribunales de la materia están prohibidos de juzgar el fondo del asunto:

La Convención no permite en ningún caso a los tribunales de ejecución revisar la manera en la que los árbitros decidieron el fondo del asunto. (Corte de Apelaciones de Luxemburgo, asunto *Sovereign Participations International SA vs. Chadmore Developments Ltd.*, 1999).<sup>15</sup>

No podemos asumir que la Convención, celebrada para asegurar la coherencia en la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, no fuese profundamente erosionada si, los jueces de cada una de las distintas jurisdicciones donde la ejecución pueda obtenerse, estuviesen autorizados por la Convención para revisar si, la ley que los árbitros dijeron usar, fue bien aplicada por ellos. La respuesta enfática es que la Convención no puede, ni podría tampoco, contemplar tal caos. (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *International Standard Electric Corporation vs. Bridas SA*, 1990).<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn26025>.

<sup>15</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn17889>.

<sup>16</sup> Disponible en: [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1990917745FSup172\\_1894.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1990917745FSup172_1894.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006).

Si para plantear la anulación del laudo se exige que previamente se proteste la producción de la causal que luego se alegará, para oponerse al reconocimiento debiera exigirse también (1) haber hecho protesta de tal causal en el curso del arbitraje y (2) haber intentado luego el recurso de anulación. Quien no protesta una causal de anulación, con su silencio está consintiendo el eventual vicio. El justificativo: si el supuesto vicio no es reclamado, será porque no produce un daño cierto e irreparable (*v.gr.* que sólo pueda repararse con su nulidad).

Por tanto, quien consiente los efectos del acto, convalida sus defectos, si alguno. Si oponerse a la validez del laudo es más que oponerse a su reconocimiento, por fuerza, la renuncia al recurso de anulación debiera traer consigo la renuncia a oponerse al reconocimiento. La razón: si anular un laudo en la jurisdicción primaria supone la imposibilidad de ejecutarlo en cualquier jurisdicción, renunciar al recurso de anulación supone aceptar la posibilidad de que el laudo sea reconocido en cualquier jurisdicción secundaria. Al contrario, si exitosamente pudiese haber oposición al reconocimiento sin protesta previa, se estaría premiando el cumplimiento de las normas a conveniencia y castigando el comportamiento en buena fe, porque se estaría permitiendo que, aquél a quien un eventual vicio no causó daño alguno al punto que no lo reclamó, se opusiese a los efectos del laudo que el mismo reconoce válido. Absurdo.

Dictado el laudo, el derecho lo reviste con una presunción de validez. Es una pura consecuencia de su carácter jurídico. Toda la producción del derecho se rige por dicha presunción: las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez.

Si constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho, también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que una norma cese su existencia jurídica. Para el laudo, tal declaratoria viene en la forma

de una sentencia de anulación. Pero, declarar la invalidez de un acto significa que no haya duda razonable a favor de su validez. Por tanto, la duda favorece al laudo, que no debiera ser anulado a falta de la plena convicción de estar incurso en una de las causales de anulación. Y si éste es el estándar para anular, otro no puede ser el estándar para denegar el reconocimiento.

Cierto como es que las consecuencias jurídicas de la anulación son mayores a las de la denegación del reconocimiento, lo es también que si el estándar para denegar el reconocimiento fuera menor que el de la anulación, se estaría expuesto a tener un laudo válido, pero inejecutable por irreconocible. Que haya laudos inejecutables por contingencias de la realidad es una cosa, pero que sea el propio razonamiento jurídico el que conduzca a su ineficacia es otra.

La primera es un imponderable; la segunda, un absurdo. Si éste es el estándar probatorio, la carga de la prueba por las causales del artículo V.1 no merece duda: «la carga de la prueba la soporta quien se opone al reconocimiento, quien se resiste a él debe probar las causales en las que funda su oposición» (Tribunal de la Reina de la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales, asunto *Roseel NV vs. Oriental Commercial Shipping*, 1990).<sup>17</sup>

#### IV. RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS

Un laudo anulado por la jurisdicción primaria no puede ser reconocido en ninguna jurisdicción secundaria (otro es el supuesto de la anulación *ultra vires* pronunciada por una jurisdicción secundaria: párrafo 14).

Es pura consecuencia de la inexistencia jurídica que comporta la declaratoria de anulación (artículo V.1.e de la Convención de Nueva York). Pero, tribunales franceses y estadounidenses han dicho lo

<sup>17</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn3985>.

contrario. Los primeros reconocieron un laudo anulado en Austria (Corte de Casación de Francia, asunto *Société Pabalk Ticaret Ltd. vs. Société Norsolor*, 1984)<sup>18</sup> y un laudo anulado en Suiza (Corte de Casación de Francia, asunto *Hilmarton Ltd. vs. OTV*, 1997);<sup>19</sup> y los segundos, además de también los franceses, reconocieron un laudo anulado en Egipto (Corte de Distrito de Columbia, asunto *Chromally Aeroservices vs. Egipto*, 1996).<sup>20</sup>

Todos estos laudos habían sido anulados en sus respectivas jurisdicciones primarias. Para reconocerlos, los respectivos tribunales echaron mano del artículo VII de la Convención, que permite aplicar las normas internacionales o internas más favorables al reconocimiento. Sobre esa base razonaron que, el Código Procesal Civil en Francia y la Ley Federal de Arbitraje en Estados Unidos, eran más favorables al reconocimiento que la Convención, debiendo aplicarlas en cumplimiento de ella. La falacia salta a la vista. Se trata de una petición de principio. Acá los tribunales han presupuesto la verdad de lo que tenían que demostrar. No está en discusión que el artículo VII favorezca el reconocimiento, sino si puede aplicarse una Convención sobre reconocimiento de laudos a laudos que, según ella misma, son jurídicamente inexistentes por haber sido anulados en sus respectivas jurisdicciones primarias.

No mucho después, los tribunales estadounidenses recondujeron su jurisprudencia, negándose a reconocer un laudo anulado en Italia (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Spiers vs. Calzaturificio Tecnica*, 1999)<sup>21</sup> y otro anulado en Nigeria (Corte de

<sup>18</sup> Disponible en: [http://www.uchastings.edu/faculty-administration/faculty/armbruster/Case5\\_CourdeCassation.pdf](http://www.uchastings.edu/faculty-administration/faculty/armbruster/Case5_CourdeCassation.pdf).

<sup>19</sup> Disponible en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn5493>.

<sup>20</sup> Disponible en: <http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlines/commercialArbitration2010/chromalloyVEgypt.pdf>.

<sup>21</sup> Disponible en: [http://www.legal.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279\\_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006](http://www.legal.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006).

Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Baker Marine vs. Chevron*, 1999).<sup>22</sup> Jurídicamente, esto es lo correcto.

Pero dice Park que un laudo anulado en su jurisdicción primaria podría ser reconocido (1) cuando se presumiese que los tribunales de la jurisdicción primaria son corruptos o carecen de la imparcialidad suficiente y (2) cuando el laudo hubiese sido anulado por causales propias de la ley del lugar del arbitraje que, por ser manifiestamente contrarias al derecho comparado, no reconocerlo supusiese atentar contra la eficacia del arbitraje internacional, porque, para ambas hipótesis, el texto común del artículo V.1 dice que se «podrá» denegar el reconocimiento, no que habrá la obligación de hacerlo.<sup>23</sup>

Ambas opciones deben descartarse.

(1) La primera, porque los tribunales de un Estado no son competentes para pronunciarse sobre la probidad e imparcialidad de sus pares de otro Estado. Tratándose de decisiones de los órganos internos de un Estado, para que los órganos internos de otro se pronunciasen sobre ellas, debiera haber entre los Estados involucrados una regla de Derecho Internacional que confiriese a los tribunales del segundo Estado una competencia en tal sentido. Tal regla no existe. Pero sí la contraria, que es el propio artículo V.1.e de la Convención, que establece la denegación del reconocimiento por razón de la anulación del laudo en la jurisdicción primaria.

Por tanto, reconocer un laudo anulado en su jurisdicción primaria es, formalmente, una actuación arbitraria de la jurisdicción secundaria, por ser contraria a dicho artículo.

---

<sup>22</sup> Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1011705.html>.

<sup>23</sup> Cf. Park, William. *Duty and Discretion in International Arbitration* (93 American Journal of International Law, 1999), pp. 805 y 810.

Comporta la responsabilidad internacional del Estado, por la actuación de sus tribunales en quebrantamiento de la regla *pacta sunt servanda*. Pero, además, que un tribunal extranjero pudiese pronunciarse sobre la moralidad de sus pares, contraría la lógica que informa al reconocimiento. Reconocer una decisión extranjera es un puro acto formal. En cambio, pronunciarse sobre la moralidad de los tribunales extranjeros para—a cubierto de su inmoralidad—reconocer el laudo anulado por ellos, es un acto de juzgamiento en su más puro sentido valorativo: para que revistiese visos de juridicidad, habría que probar la relación de causalidad entre la inmoralidad del tribunal y la anulación del laudo. Tamaña labor exorbita largamente la idea misma de reconocimiento.

- (2) La segunda opción debe descartarse porque contraría el fundamento mismo del arbitraje. El arbitraje es consecuencia de la libertad de disposición que tienen los particulares sobre sus derechos negociables. Si en su ejercicio deciden someter su controversia a un arbitraje regido por una legislación no amigable, así como debe respetarse la forma que eligieron para resolver sus controversias, debe respetarse también la elección que hicieron del lugar del arbitraje. Respetar lo primero y no lo segundo, sería institucionalizar el cumplimiento a conveniencia de las normas.
- (3) Y ambas opciones en conjunto deben descartarse porque, al decir «podrá», el artículo V.1 no está diciendo que la denegación del reconocimiento esté librada a la discreción de los tribunales del Estado del foro, por dos razones. La primera, porque si ése fuera su significado, entonces, la propia Convención caería por su base: que una convención que pretende facilitar el reconocimiento, reglando ella misma las causales taxativas para su denegación, permitiese la aplicación discrecional de dichas causales, supondría que ella misma estuviese vacía de contenido.

Con lo cual, su ineficacia quedaría garantizada. La segunda, porque la posibilidad de denegar el reconocimiento está atada a que, la parte que se opone al mismo, pruebe la causal invocada. Por tanto, como la denegación depende de la prueba de la causal, al decir «podrá», la Convención no se está dirigiendo a los tribunales, sino a la parte que se opone al reconocimiento, a la cual le está diciendo que puede defenderse probando que el laudo está inserto en una de las causales tasadas por ella.

Que las causales propias de anulación de una determinada legislación arbitral fuesen manifiestamente contrarias al derecho comparado, es asunto que debe solucionarlo el Derecho Internacional. Ya de esto se tiene el antecedente en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961). Su artículo IX.1 tasa las causales de anulación por las que se denegará el reconocimiento, y su artículo IX.2 restringe la aplicación del artículo V.1.e de la Convención de Nueva York a las causales de anulación tasadas en el primer párrafo.<sup>24</sup> El resultado: un

---

<sup>24</sup> «1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones: a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa hacer valer sus alegaciones o recursos; o c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas, o d) La constitución o composición del tribunal de árbitros o el

régimen común de anulación para los laudos que fueran a ejecutarse en el extranjero<sup>25</sup> (nótese que la Convención no prohíbe a los Estados legislar otras causales, que pueden hacerlo, sino que les niega efectos en el extranjero).

## V. REFERENCIA A LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Al decir que se denegará el reconocimiento si el laudo fuese contrario al «orden público de ese país», la Convención se está refiriendo al orden público internacional (artículo V.2.b). Uno es el orden público interno y otro el internacional. El interno se refiere a las normas imperativas, que no aceptan pacto en contrario de los particulares. El internacional se refiere a «las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado requerido» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974).<sup>26</sup>

No es que existan normas de orden público internacional, sino reglas extranjeras que, de aplicarse, contrariarían el orden público del Estado del foro. Opera como una excepción: excluyendo la aplicación

---

procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio. 2. En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1º del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1. e) del Convenio de Nueva York únicamente en los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1º» (Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo IX).

<sup>25</sup> La idea no es original. Cf. DAVIS, Kenneth R. *Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (37 Texas International Law Journal, 2002), p. 84.

<sup>26</sup> Disponible en: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html>.

de la ley extranjera que, de otra manera, sería aplicable según las reglas de conflicto; o negando la admisión de los efectos jurídicos de las decisiones y documentos que, si no fuera por dicho motivo, debieran reconocerse.

Como el orden público internacional es conceptualmente distinto al orden público interno, sólo a título de excepción la violación del segundo significaría necesariamente la violación del primero: tendría que coincidir que la norma imperativa violada (orden público interno) fuese a su vez constitutiva del orden público internacional del Estado del foro. De ahí que la jurisprudencia no deniegue el reconocimiento cuando entiende que lo que se acusa es tan sólo la violación del orden público interno.

En *Parsons*, por ejemplo, la oposición al reconocimiento se fundó en el rompimiento de relaciones diplomáticas entre Estados Unidos y Egipto; en *National Oil Corporation of Libya vs. Libyan Sun Oil Company*<sup>27</sup> (Corte de Distrito de Delaware, 1990), la oposición se fundó en la prohibición estadounidense de que sus nacionales viajasen a Libia; y en *MGM Productions Group, Inc. vs. Aeroflot Russian Airlines*<sup>28</sup> (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, 2004), la oposición se fundó en la prohibición de que los nacionales estadounidenses comerciasen con Irán. Para los tres casos el resultado fue el mismo: el reconocimiento de los respectivos laudos porque las violaciones acusadas no contrariaban el orden público internacional de Estados Unidos.

Que el orden público internacional esté constituido por «las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado requerido» (asunto *Parsons*), significa que es el fundamento ético del sistema jurídico de

<sup>27</sup> Disponible en: [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19901533733FSupp800\\_11400.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19901533733FSupp800_11400.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006).

<sup>28</sup> Disponible en: <http://federal-circuits.vlex.com/vid/mgm-productions-aeroflot-russian-airlines-18536506>.

dicho Estado: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina. Es lo que el Tribunal Constitucional español ha identificado como orden público constitucional, compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución.<sup>29</sup> Tratándose de Estados de cuño liberal, su fundamento ético es la libertad individual. En esto lleva la razón Popper: «No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos». «La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad».<sup>30</sup>

Por tanto, para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Y la condición para su garantía son los frenos y contrapesos en la organización del poder. Ya sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional que «el Estado de Derecho [se] caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, [y] por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social» (STC n.º 101/2004 RAC, 14 de septiembre de 2004, párrafo III.2).

Hasta aquí, queda que el orden público común a toda república estaría compuesto por (1) las libertades constitucionales y (2) el sistema de frenos y contrapesos. A esto, para el caso boliviano, debiera añadirse (3) su «carácter plurinacional», que ha sido definido como el «hecho fundante básico del Estado y de la Constitución boliviana» (STC n.º 112/2012 RHC, 27 de abril de 2012, párrafo III.1.2).

<sup>29</sup> Cf. Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo. *Derecho Internacional Privado* (Madrid: Civitas, 2003, 2.ª edición), p. 314.

<sup>30</sup> POPPER, Karl R. *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento* (Barcelona: Paidós, 1995, 1.ª edición), pp. 147 y 236.

Por antonomasia, lo que es de orden público no está librado por el ordenamiento al poder de disposición de los particulares. Y si sólo son materia de arbitramento las controversias sobre derechos en los que se puede ejercer tal poder, por exclusión, resulta una hipótesis remotamente lejana que a un laudo se le denegase el reconocimiento por violar el orden público, porque, de inicio, es un imposible conceptual que la controversia hubiese sido en naturaleza materia de orden público.

## Capítulo 21

### **¿RETANDO EL CONCEPTO DE VALIDEZ? LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS**

### **CHALLENGING THE CONCEPT OF VALIDITY? THE LEGAL NATURE OF THE RECOGNITION OF ANNULLED AWARDS**

Horacio Andaluz Vegacenteno



**¿RETANDO EL CONCEPTO DE VALIDEZ?  
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO  
DE LAUDOS ANULADOS**

*CHALLENGING THE CONCEPT OF VALIDITY?  
THE LEGAL NATURE OF THE RECOGNITION  
OF ANNULLED AWARDS*

*Horacio Andaluz Vegacenteno\**

**Resumen:** El reconocimiento en 2013 en los Estados Unidos de un laudo mexicano anulado por los tribunales mexicanos parece traer consigo la afirmación implícita de que es legalmente posible reconocer un laudo anulado. Esa afirmación, en sí misma, es un reto al concepto jurídico de validez, desde que significa que lo que ha sido declarado nulo puede, al mismo tiempo, ser válido para producir efectos jurídicos. El punto de este artículo es develar la naturaleza jurídica detrás del reconocimiento de laudos anulados. Para hacer eso, el artículo revisa nueve decisiones judiciales, de 1984 a 2013, y concluye que detrás del reconocimiento de laudos anulados hay tres hipótesis diferentes, cada una de ellas con una naturaleza distintiva y ninguna de ellas es un reto al concepto de validez jurídica.

---

\* LL.M. Harvard Law School. Árbitro (Cainco), profesor de derecho (UPSA).

Palabras clave: Convención de Nueva York – artículo V.1.e – artículo VII – jurisdicción primaria – jurisdicción secundaria – laudos anulados.

Abstract: *The recognition in 2013 in the United States of a Mexican arbitral award annulled by Mexican courts seems to bring the implicit affirmation that it is legally possible to grant recognition to an annulled award. Such affirmation itself challenges the concept of legal validity, since it means that what have been declared void can, at the same time, be valid as to produce legal effects. The point of this article is to find the legal nature behind the so called recognition of annulled awards. In order to do so, the article reviews nine judicial decisions, from 1984 to 2013, and concludes that behind the recognition of annulled awards there are three different hypotheses, each one with a distinctive legal nature and none of them being a challenge to the concept of legal validity.*

Key Words: *New York Convention – article V.1.e – article VII – primary jurisdiction – secondary jurisdiction – annulled awards.*

Sumario: I. Introducción.— II. Reconocimiento de laudos anulados por una jurisdicción secundaria.— III. Reconocimiento de laudos anulados por sus jurisdicciones primarias.— 1. Aplicación del derecho más favorable— 2. Decisión de anulación contraria al orden público.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Éste es un ejercicio interpretativo de una práctica judicial. Que se reconozcan laudos anulados parece retar al concepto jurídico de validez. En efecto, sólo puede ser materia de reconocimiento lo que es jurídicamente válido. Lo inválido es jurídicamente inexistente. Y a lo que el derecho le niega existencia, no puede el mismo derecho reconocerle validez a sus efectos. Hasta aquí bien. Pero lo cierto es que la jurisprudencia conoce supuestos de reconocimiento de laudos anulados. Entonces, una de dos: (1) o la jurisprudencia ha reformulado el concepto jurídico de validez, haciendo que se pueda reconocer como válido lo inválido; (2) o, simplemente, el reconocimiento de laudos anulados no es tal, bien porque no es en naturaleza un acto de reconocimiento, o bien porque los laudos no fueron, en naturaleza también, anulados. Queda claro de su solo planteamiento que la primera hipótesis está excluida y que el reconocimiento de laudos anulados tiene una explicación mucho más simple y referenciada en el derecho positivo. Esa explicación viene de develar su naturaleza jurídica. Y para esto debe diferenciarse el reconocimiento de laudos anulados en una jurisdicción secundaria (parte II) del reconocimiento de laudos anulados por sus jurisdicciones primarias (parte III); y acá debe distinguirse el fundamento de la aplicación del derecho más preferente (parte III.1) del fundamento del orden público violado por la decisión de anulación (parte III.2).

2. Para dotar a este ejercicio de consistencia interna, se ha tomado jurisprudencia que viene desde 1984 (asunto *Pabalk*) hasta 2013 (asunto *COMMISA*). La diferenciación referida en el párrafo anterior es ya un ejercicio interpretativo de la práctica judicial, que ha develado la naturaleza común de los asuntos *Nicor* y *Karaha Bodas* (parte II) y su distingo de naturaleza con los asuntos *Pabalk*, *Hilmarton*, *Chromalloy*, *Baker Marine* y *Spier* (parte III.1), encontrando en el segundo fundamento vertido en estos tres últimos, a su vez, una entidad hermanada con los asuntos *TermoRío* y *Commisa* (parte III.2).

3. Y ya que es una interpretación de una práctica judicial, he querido que dicha práctica se muestre en sus propios textos, por justicia con ella. Todas las traducciones son libres. La numeración de los párrafos responde a la unidad conceptual de cada uno de ellos.

## II. RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS POR UNA JURISDICCIÓN SECUNDARIA

4. Cuando laudos anulados por una jurisdicción secundaria son reconocidos por otras jurisdicciones secundarias, el acto de reconocimiento del laudo anulado es inocuo para el concepto jurídico de validez. La razón: la anulación de un laudo en una jurisdicción secundaria tiene que tomarse, en naturaleza jurídica, tan sólo como una denegatoria de su reconocimiento, porque ninguna jurisdicción secundaria está autorizada por la Convención de Nueva York sobre la materia (Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958) para declarar la invalidez de un laudo nacional de otra jurisdicción (artículo V.1.e). Por tanto, ninguna jurisdicción secundaria está atada a la actuación *ultra vires* de su par, lo que le permite reconocer el laudo que la otra ha dicho anular.

5. Por regla, al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros les son aplicables las normas de la Convención de Nueva York. La razón: hay 147 Estados obligados por ella y, de su entrada en vigor en 1959 (7 de junio) a la fecha, su aplicación ha generado un vasto y generalmente uniforme cuerpo de jurisprudencia comparada, que allana las dudas sobre su interpretación. Por su técnica de regulación, la Convención de Nueva York se aplica aún a laudos emitidos en Estados que no son parte en ella. Es consecuencia de que su cumplimiento esté a cargo del Estado del foro, que queda impuesto de obligaciones unilaterales (artículo I.1): lo obligan sin que exista relación sinalagmática con el Estado del lugar del arbitraje. En esto la Convención de Nueva York se aleja, para bien, de la técnica de regulación propia del derecho de los tratados, donde

cada tratado es fuente de un entramado de obligaciones bilaterales entre los Estados vinculados por él. Y como un Estado se obliga frente a otro en la medida exacta de las obligaciones que éste tiene con aquél, la relación jurídica entre ellos se construye a partir de la identidad de sujetos (Estados) y materias comprometidas (obligaciones). Como la Convención no participa de esta forma de producción de obligaciones *ex pactu*, siempre que el Estado en el que se busca reconocer y ejecutar un laudo sea parte en ella, ésta le será aplicable. La excepción: que el Estado requerido hubiese formulado reserva de reciprocidad, en cuyo caso aplicará la Convención sólo a los laudos provenientes de otro Estado parte (artículo I.3). Por su lenguaje omnicomprensivo, la Convención se aplica a todos los laudos que necesiten de reconocimiento: su artículo I sólo se refiere a «sentencias arbitrales», sin distinguir entre ellas. Por tanto, la Convención es aplicable a laudos comerciales y a laudos de inversiones, dictados en arbitrajes nacionales o en arbitrajes internacionales. La excepción: que el Estado requerido hubiese formulado reserva de materia comercial, en cuyo caso aplicará la Convención sólo a los laudos que decidan controversias «consideradas comerciales por su derecho interno» (artículo I.3). Y, por su naturaleza procesal, la jurisprudencia comparada no ha tenido inconveniente en aplicar la Convención a laudos emergentes de arbitrajes nacidos de convenios arbitrales celebrados antes de su entrada en vigor, como pasó en *Fotochrome, Inc. vs. Copal Company*<sup>1</sup> (1975). Acá la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos aplicó la Convención sosteniendo que ella no afectaba los derechos sustantivos de las partes, sino que simplemente establecía un procedimiento uniforme de reconocimiento y ejecución. Lo propio sostuvo la Cámara de los Lores en Inglaterra, en *State of Kuwait vs. Frederick Snow & Partners*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> 517 F.2d 512. Fuente: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/517/517.F2d.512.74-2082.568.html>.

<sup>2</sup> [1984] A.C. 426. Fuente: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn8190>.

(1984), y Chapdelaine cuenta que la Corte italiana de Casación también ha dado aplicación inmediata a la Convención.<sup>3</sup>

6. El reconocimiento es un asunto de derecho internacional privado. Es un juicio sobre la admisibilidad de los efectos de una decisión extranjera, reconociéndole la misma eficacia que produciría una decisión del foro de naturaleza equiparable. Es un acto formal y declarativo. Formal, porque prescinde de revisar el fondo del asunto. No se valoran los hechos, sino que se resuelve sobre las condiciones formales tasadas para pronunciar el reconocimiento o negarlo. Y declarativo, porque deja que la cosa juzgada extranjera produzca los mismos efectos que produciría en su Estado de origen. El reconocimiento puede denegarse por siete razones, especificadas en el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>4</sup> De éstas, las cinco primeras operan a pedido y prueba de

---

<sup>3</sup> Cf. CHAPDELAINE, Pascale. *The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958: Retroactivity or Immediate Application?* (8 Arbitration International, 1992), p. 78.

<sup>4</sup> «1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisaria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisaria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada

quien las invoca; las dos restantes lo hacen aún de oficio. Respecto del laudo extranjero, el Estado del foro es una jurisdicción secundaria: es un foro en el que se busca su reconocimiento y ejecución, nada más; no uno cuyo derecho condicione su validez. El condicionamiento de validez de una decisión lo ejerce el sistema jurídico que le otorga su nacionalidad, y sólo a éste corresponde, por lo mismo, el poder para declarar su nulidad. La suya es una jurisdicción primaria, por ser sus tribunales los de la ley del lugar del arbitraje. Por tanto, si en una jurisdicción secundaria se anulase un laudo extranjero, en derecho tal pronunciamiento debiera leerse tan sólo como una denegación del reconocimiento, nada más. Ésa sería su naturaleza jurídica. Así develada, el reconocimiento de un laudo anulado en una jurisdicción secundaria sería inocuo para el concepto jurídico de validez. La razón: la decisión de anulación no ostentaría oponibilidad *erga omnes*, porque solamente lo que no es válido para la jurisdicción primaria es jurídicamente inexistente para las demás jurisdicciones.

7. Tan simple como esto: dictado el laudo, el derecho lo reviste con una presunción de validez. Es una pura consecuencia de su carácter jurídico. Toda la producción del derecho se rige por dicha presunción: las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. Si constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho, también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que cese su existencia jurídica. Para el laudo, tal declaratoria viene en la forma de una sentencia de anulación, que declara su invalidez si es que no hay duda razonable a favor de su validez. Pura teoría del derecho de conocimiento general positivada

---

o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país» (Convención de Nueva York, artículo V).

por la Convención, que al negar el reconocimiento a un laudo anulado en el lugar del arbitraje o según su ley (artículo V.1.e),<sup>5</sup> está diciendo, por implicancia, dos cosas: (1) que sólo la jurisdicción cuya ley otorga nacionalidad al laudo puede anularlo (*i.e.*, que sólo los tribunales de dicha jurisdicción primaria, de acuerdo a sus reglas de competencia, pueden anularlo); y (2) que ninguna otra jurisdicción puede anularlo. Así tomado, el artículo V.1.e no sólo regla una causal de denegación del reconocimiento, sino que, al hacerlo, devela su naturaleza de norma de competencia, haciendo que sólo la jurisdicción primaria esté autorizada por la Convención para declarar la invalidez de un laudo. Y, puesto que toda norma de competencia es en sí misma excluyente de las autoridades normativas a las que no confiere poder, al conferirse el poder de anular el laudo a la jurisdicción primaria, quedan excluidas las jurisdicciones secundarias de poder hacerlo.

8. Por eso, cuando confrontada con laudos anulados en jurisdicciones secundarias, la jurisprudencia no ha dudado en reconocerlos.

(1) Es el caso de un laudo estadounidense anulado en República Dominicana: «La Corte toma nota que *Nicor* y *Carib* parecen sugerir en un pie de página que el laudo arbitral no debiera ser reconocido, porque los tribunales dominicanos han denegado su reconocimiento. De acuerdo al artículo V.1.e de la Convención de Nueva York, la Corte no debe reconocer un laudo arbitral si el mismo fue anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, fue dictado. Como el laudo arbitral no fue hecho en o bajo las leyes de la República Dominicana, la denegación de reconocimiento por parte de los tribunales dominicanos no es argumento para denegar el reconocimiento de acuerdo a la Convención de Nueva York. El asunto

<sup>5</sup> «1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia» (Convención de Nueva York, artículo V.1.e).

*Baker Marine Ltd. vs. Chevron Ltd.* citado por *Nicor* es inaplicable al presente caso. Más aún, una decisión de esta Corte reconociendo la sentencia de las cortes dominicanas violaría claramente el orden público estadounidense que favorece al arbitraje» (Corte de Distrito de Florida, asunto *Nicor International Corporation/Carib Consult vs. El Paso Corporation*, 2003).<sup>6</sup>

(2) Y es también el caso de un laudo suizo anulado en Indonesia: «La Convención de Nueva York proporciona un cuidadosamente estructurado marco para la revisión y ejecución de los laudos arbitrales. Sólo una corte de un país con jurisdicción primaria sobre un laudo puede anularlo. Las cortes de otros países son jurisdicciones secundarias: una corte de jurisdicción secundaria está limitada a decidir si el laudo puede ejecutarse en ese territorio. La Convención establece regímenes muy diferentes para la revisión de un laudo (1) en los países en los que, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho, y (2) en los países en los que se busca su reconocimiento y ejecución. Según la Convención, el país en el que, o conforme a cuya ley, el laudo fue dictado, tiene jurisdicción primaria sobre él. Todos los otros Estados signatarios de la Convención son jurisdicciones secundarias, en las que las partes pueden solamente controvertir si ese Estado debe o no ejecutar el laudo (párrafo 26)». «El artículo V especifica los motivos por los cuales una corte con jurisdicción secundaria puede denegar el reconocimiento. En contraste con la limitada autoridad de las cortes de jurisdicciones secundarias para revisar un laudo arbitral, las cortes de la jurisdicción primaria, habitualmente las cortes del lugar del arbitraje, tienen una mucha mayor discreción para invalidar un laudo. Mientras que las cortes de la jurisdicción primaria pueden aplicar su propio derecho nacional para evaluar una solicitud de anulación de un laudo, las cortes de las jurisdicciones secundarias pueden denegar su reconocimiento solo por las razones tasadas en el artículo V (párrafo 27)». «El artículo V.1.e de la Convención regla que una corte con jurisdicción secundaria puede rechazar la ejecución de

<sup>6</sup> 292 F. Supp.2d 1357 (2003). Fuente: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn26025>.

un laudo arbitral si el mismo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho. La jurisprudencia ha sostenido que, al referirse a la autoridad competente del país, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho, la Convención se refiere exclusivamente a la ley procesal y no a la sustantiva y, más precisamente, al régimen legal de procedimiento arbitral bajo el cual el arbitraje se condujo, y no al derecho sustantivo que se aplicó al caso (párrafo 30)». «De acuerdo a la Convención de Nueva York, un acuerdo especificando el lugar del arbitraje crea una presunción en sentido que la legislación procesal de aquel lugar es la aplicable al arbitraje. Opiniones autorizadas en arbitraje internacional afirman que un acuerdo pactando que un país será el lugar del arbitraje, pero el procedimiento se conducirá bajo la legislación arbitral de otro país es ‘excepcional’, ‘casi desconocido’, ‘una pura invención académica’, ‘casi nunca usado en la práctica’, ‘una posibilidad más teórica que real’ y ‘un raro evento que depende de muchas otras circunstancias’. Estas opiniones anotan que tal acuerdo sería ‘complejo’, ‘inconveniente’ e ‘inconsistente’ con la elección de un foro neutral como lugar del arbitraje (párrafo 32)». «Aunque un acuerdo arbitral puede elegir más de un país como jurisdicción primaria, la opinión predominante es que la Convención permite sólo uno para cada caso. ‘Muchos doctrinarios y tribunales extranjeros han concluido que una acción para anular el laudo sólo puede ser demandada de acuerdo al derecho nacional del foro arbitral’. El experto en arbitraje internacional de *Pertamina* presentó un informe a la Corte de Distrito afirmando que ‘solo puede haber un solo país cuyas cortes sean competentes para anular el laudo’. Esa jurisdicción primaria exclusiva de los tribunales de un solo país es coherente con el propósito de la Convención de Nueva York» (párrafo 106). «De acuerdo con la Convención de Nueva York, el acuerdo arbitral de las partes y el expediente arbitral, Suiza tuvo jurisdicción primaria sobre el laudo. Ya que Indonesia no tiene jurisdicción primaria para invalidar el laudo, esta Corte confirma la decisión de la Corte de Distrito en sentido que la anulación dictada por un tribunal indonesio no es defensa para evitar la ejecución del laudo al amparo de la Convención de Nueva York (párrafo 109)» (Corte de

Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, asunto *Karaha Bodas Co. vs. Preusan Pertambangan Minyan Dan Gas Bumi Negara, et al.*, 2004).<sup>7</sup>

### III. RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS POR SUS JURISDICCIONES PRIMARIAS

#### 1. *Aplicación del derecho más favorable*

9. La jurisprudencia ha reconocido laudos anulados por sus jurisdicciones primarias con pie en dos fundamentos: (1) por aplicación del derecho más favorable; y (2) porque la decisión de anulación es contraria al orden público. El primer fundamento no es tal. Como se verá, descansa sobre una petición de principio. Que en su auxilio no pueda oponer siquiera a la lógica formal revela su endeblez.

10. Ya está dicho que un laudo anulado por su jurisdicción primaria no puede ser reconocido en ninguna jurisdicción secundaria. Es pura consecuencia de la inexistencia jurídica que comporta la declaratoria de anulación (artículo V.1.e de la Convención de Nueva York). Pero tribunales franceses y estadounidenses han dicho lo contrario.

(1) Los primeros reconocieron un laudo anulado en Austria: «Ya que el artículo VII de la Convención [de Nueva York] no priva a ninguna parte interesada de ningún derecho que pudiese tener a hacer valer un laudo en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicho laudo se invoque, un juez no puede denegar el reconocimiento cuando su propia legislación nacional le permite hacerlo, y, por virtud del artículo 12 del nuevo Código Procesal Civil, él debe, aún *ex officio*, indagar sobre el asunto si tal es el caso» (Corte de Casación de Francia, asunto *Société Pabalk Ticaret Ltd. vs.*

<sup>7</sup> 364 F.3d 274. Fuente: <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1207034.html>.

*Société Norsolor*, 1984).<sup>8</sup> Y también reconocieron un laudo anulado en Suiza: «*Hilmarton* argumenta que la sentencia apelada (París, 19 de diciembre de 1991) confirma el exequátor a pesar de que el laudo ha sido anulado. De acuerdo con la apelación de *Hilmarton*, tal cosa no es posible en aplicación de los artículos 15 y 16 de la Convención Franco-Suiza de 15 de junio de 1869. Además, ya que tales disposiciones son menos favorables al reconocimiento de laudos que aquéllas de la Convención de Nueva York, esta última debe aplicarse, especialmente su artículo V.1.e, según el cual el reconocimiento y ejecución debe ser denegado cuando el laudo ha sido anulado en el lugar de su dictado. Más aún, la Corte de Apelaciones violó los artículos 1498 y 1502,5 del nuevo Código Procesal Civil, al reconocer efectos a un laudo que ha sido anulado y, por tanto, privado de su existencia legal». «Primero que todo, la Convención Franco-Suiza de 1869 es inaplicable, debido a que la misma cesó en su vigor el 1 de enero de 1992». «Más aún, la decisión *a quo* correctamente sostiene, aplicando el artículo VII de la Convención de Nueva York, que OTV puede apoyarse en la legislación francesa sobre arbitraje internacional concerniente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero y, especialmente, en el artículo 1502 del nuevo Código Procesal Civil, que no regula las causales previstas por el artículo V de la Convención como causales para denegarles el reconocimiento y ejecución». «Por último, el laudo dictado en Suiza es un laudo internacional que no forma parte del sistema jurídico suizo, por lo que continúa existiendo aún si anulado y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional» (Corte de Casación de Francia, asunto *Hilmarton Ltd. vs. OTV*, 1997).<sup>9</sup>

(2) Y los tribunales estadounidenses, además de los franceses, reconocieron un laudo anulado en Egipto: «Mientras que el artículo V proporciona un estándar discrecional, el artículo VII de la Convención

<sup>8</sup> Fuente: [http://www.uhastings.edu/faculty-administration/faculty/armbruster/Case5\\_CourdeCassation.pdf](http://www.uhastings.edu/faculty-administration/faculty/armbruster/Case5_CourdeCassation.pdf).

<sup>9</sup> Fuente: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn5493>.

requiere que las disposiciones de la Convención no priven a ninguna parte interesada de ningún derecho que pudiese tener a hacer valer un laudo en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicho laudo se invoque. En otras palabras, de acuerdo a la Convención, *Chromalloy Aeroservices* mantiene los mismos derechos para ejecutar este laudo que hubiese tenido en ausencia de la Convención. Consecuentemente, la Corte encuentra que, si la Convención no existiese, la Ley Federal de Arbitraje proporcionaría a *Chromalloy* el legítimo derecho de ejecutar este laudo». «Como la Corte ha ya explicado, el artículo V proporciona un estándar permisivo, a partir del cual esta Corte puede denegar la ejecución de un laudo. El artículo VII, en cambio, obliga a que esta Corte deba considerar la petición de *Chromalloy* de acuerdo a la legislación estadounidense aplicable» (Corte de Distrito de Columbia, asunto *Chromalloy Aeroservices vs. Egipto*, 1996).<sup>10</sup>

11. En resumen: (1) Todos estos laudos habían sido anulados en sus respectivas jurisdicciones primarias. (2) Para reconocerlos, los respectivos tribunales echaron mano del artículo VII de la Convención, que permite aplicar las normas internacionales o internas más favorables al reconocimiento. (3) Sobre esa base razonaron que el Código Procesal Civil en Francia y la Ley Federal de Arbitraje en Estados Unidos eran más favorables al reconocimiento que la Convención, debiendo aplicarlas en cumplimiento de ella.

12. La falacia salta a la vista. Se trata de una petición de principio. Acá los tribunales han presupuesto la verdad de lo que tenían que demostrar. No está en discusión que el artículo VII favorezca el reconocimiento,<sup>11</sup>

<sup>10</sup> 939F.Supp.907. Fuente: <http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlines/commercialArbitration2010/chromalloyVEgypt.pdf>.

<sup>11</sup> «Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los

sino si puede aplicarse una Convención sobre reconocimiento de laudos a laudos que, según ella misma, son jurídicamente inexistentes por haber sido anulados en sus respectivas jurisdicciones primarias (artículo V.1.e). Al eludir esta pregunta, la jurisprudencia pone en entredicho su corrección racional. Para la teoría del derecho, hay corrección racional cuando las decisiones son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema.<sup>12</sup> Y son coherentes, en lo que respecta a sus premisas normativas, cuando su justificación no es antinómica con otras normas también aplicables. Y acá está el problema: al reconocer laudos anulados en sus jurisdicciones primarias con fundamento en el artículo VII de la Convención, se ha aplicado dicho artículo en forma antinómica con su artículo V.1.e, que, más bien, para el mismo supuesto fáctico dispone la denegatoria del reconocimiento.

13. No mucho después, los tribunales estadounidenses recondujeron su jurisprudencia.

(1) Se negaron a reconocer un laudo anulado en Nigeria: «*Baker Marine* argumenta que la decisión de la Corte de Distrito no aplicó el artículo VII de la Convención, que dispone que la misma no privará a ninguna parte interesada de ningún derecho que pudiese tener a hacer valer un laudo en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicho laudo se invoque. *Baker Marine* afirma que los laudos fueron anulados por las cortes nigerianas por motivos no previstos en la legislación estadounidense como válidos para invalidar un laudo y que, de acuerdo al artículo VII, puede invocar la legislación de este país, a pesar de la actuación de las cortes nigerianas». «Rechazamos este argumento. Es suficiente respuesta al mismo el hecho de que las partes hubiesen contratado en Nigeria que sus controversias

---

tratados del país donde dicha sentencia se invoque» (Convención de Nueva York, artículo VII.1).

<sup>12</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory* (Nueva York: Clarendon Press, 1978, 1.<sup>a</sup> edición).

serían arbitradas de acuerdo a las leyes nigerianas. El acuerdo entre ellas no hace ninguna referencia a los Estados Unidos. Nada sugiere que hubiese sido la intención de las partes que la legislación estadounidense regule sus disputas. El principal propósito de la Ley Federal de Arbitraje es asegurar que los convenios arbitrales se apliquen de acuerdo a sus propios términos. *Baker Marine* no ha controvertido que las cortes nigerianas hubiesen actuado en contra de su ley» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Baker Marine vs. Chevron*, 1999).<sup>13</sup>

(2) Y se negaron también a reconocer un laudo anulado en Italia: «*Spier* busca aplicar la legislación arbitral estadounidense para eludir la sentencia italiana de anulación del laudo. Ese esfuerzo no puede superar la observación de la Corte de Apelaciones en el asunto *Yusuf*, en sentido que en el marco de la Convención [de Nueva York] el Estado en el cual, o bajo cuyas leyes, el laudo fue dictado sería libre de anularlo o modificarlo de acuerdo con su legislación nacional y toda su panoplia de medios expresos e implícitos de reparación. En este caso, el laudo fue anulado por el más alto tribunal del Estado, la Corte de Casación de Italia. Ninguna corte americana o ley puede ser citada en sentido [de desconocer tal decisión]. En otras palabras, *Spier* no puede argumentar que las decisiones de los tribunales italianos no deben ser reconocidas, porque una corte americana llegaría a un resultado diferente respecto al laudo, si es que el mismo hubiese sido dictado en los Estados Unidos» (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Spier vs. Calzaturificio Tecnica*, 1999).<sup>14</sup>

14. Jurídicamente, esto es lo correcto. Pero dice Park que un laudo anulado en su jurisdicción primaria podría ser reconocido en dos casos: (1) cuando se presumiese que los tribunales de la jurisdicción primaria son corruptos o carecen de la imparcialidad suficiente; y

<sup>13</sup> Fuente: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1011705.html>.

<sup>14</sup> 71 F.Supp.2d 279 (1999). Fuente: [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279\\_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006).

(2) cuando el laudo hubiese sido anulado por causales propias de la ley del lugar del arbitraje que, por ser manifiestamente contrarias al derecho comparado, no reconocerlo supusiese atentar contra la eficacia del arbitraje internacional. Para fundar ambas hipótesis se apoya en el texto común del artículo V.1, que, según la lectura que de él hace, al decir que se «podrá» denegar el reconocimiento, estaría diciendo que es potestativo denegarlo.<sup>15</sup>

### 15. Ambas opciones deben descartarse.

(1) La primera, porque los tribunales de un Estado no son competentes para pronunciarse sobre la probidad e imparcialidad de sus pares de otro Estado. Tratándose de decisiones de los órganos internos de un Estado, para que los órganos internos de otro se pronunciasen sobre ellas debiera haber entre los Estados involucrados un regla de derecho internacional que confiriese a los tribunales del segundo Estado una competencia en tal sentido. Tal regla no existe. Pero sí la contraria, que es el propio artículo V.1.e de la Convención, que establece la denegación del reconocimiento por razón de la anulación del laudo en la jurisdicción primaria. Por tanto, reconocer un laudo anulado en su jurisdicción primaria es, formalmente, una actuación arbitraria de la jurisdicción secundaria, por contraria a dicho artículo. Comporta la responsabilidad internacional del Estado, por la actuación de sus tribunales en quebrantamiento de la regla *pacta sunt servanda*. Pero, además, que un tribunal extranjero pudiese pronunciarse sobre la moralidad de sus pares, contraría la lógica que informa al reconocimiento. Reconocer una decisión extranjera es un puro acto formal. En cambio, pronunciarse sobre la moralidad de los tribunales extranjeros para, a cubierto de su inmoralidad, reconocer el laudo anulado por ellos, es un acto de juzgamiento en su más puro sentido valorativo: para que revistiese visos de juridicidad, habría que probar la relación de causalidad entre la inmoralidad del tribunal y la anulación del laudo. Tamaña labor

---

<sup>15</sup> Cf. PARK, William; *Duty and Discretion in International Arbitration* (93 *American Journal of International Law*, 1999), pp. 805 y 810.

exorbita largamente la idea misma de reconocimiento. A una crítica de juridicidad, tal cosa significa contestar una arbitrariedad con otra.

(2) La segunda opción debe descartarse porque contraría el fundamento mismo del arbitraje. El arbitraje es consecuencia de la libertad de disposición que tienen los particulares sobre sus derechos negociables. Si en su ejercicio deciden someter su controversia a un arbitraje regido por una legislación inamigable, así como debe respetarse la forma que eligieron para resolver sus controversias, debe respetarse también la elección que hicieron del lugar del arbitraje. Respetar lo primero y no lo segundo sería institucionalizar el cumplimiento a conveniencia de las normas.

(3) Y ambas opciones en conjunto deben descartarse porque, al decir «podrá», el artículo V.1 no está diciendo que la denegación del reconocimiento esté librada a la discreción de los tribunales del Estado del foro, por dos razones, una teleológica y otra gramatical. La teleológica: si ése fuera su significado, entonces la propia Convención caería por su base: que una convención cuyo objeto y fin es facilitar el reconocimiento, reglando ella misma las causales taxativas para su denegación, permitiese la aplicación discrecional de dichas causales, supondría que ella misma se vaciase de contenido. Con lo cual su ineficacia quedaría garantizada. La gramatical: tomado el artículo V en su integridad, la posibilidad de denegar el reconocimiento, referida en su parágrafo 1, está atada a que, la parte que se opone al mismo, pruebe la causal invocada, lo cual hace sentido cuando, contrastado con el parágrafo 2, que al decir «también se podrá denegar el reconocimiento» y no requerir el pedido de parte, está diciendo que las causales por él contempladas pueden operar de oficio. Por tanto, como en el parágrafo 1 la denegación depende de la prueba que produzca la parte que se opone al reconocimiento, al decir «podrá», la Convención no se está dirigiendo a los tribunales, sino a dicha parte, a la cual le está diciendo que puede defenderse probando que el laudo está incurso en una de las causales tasadas por ella. Y todo esto dicho en disenso con la jurisprudencia, que interpreta, más bien, que el artículo

V.1 tiene carácter potestativo: «Esta Corte debe conceder la petición de *Chromally Aeroservices* de reconocer y ejecutar el laudo arbitral, salvo que se encuentre ante una causal de denegatoria especificada en la Convención [de Nueva York]. Bajo la Convención, el reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser denegado si Egipto suministra prueba de que el laudo ha sido anulado por una autoridad competente del país, o bajo cuya ley, el laudo fue hecho (artículo V.1.e). Por tanto, la Corte puede, a su discreción, denegar el reconocimiento del laudo» (Corte de Distrito de Columbia, asunto *Chromalloy Aeroservices vs. Egipto*, 1996).<sup>16</sup>

16. Que las causales propias de anulación de una determinada legislación arbitral fuesen manifiestamente contrarias al derecho comparado es asunto que debe solucionarlo el derecho internacional. Ya de esto se tiene el antecedente en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961). Su artículo IX.1 tasa las causales de anulación por las que se denegará el reconocimiento, y su artículo IX.2 restringe la aplicación del artículo V.1.e de la Convención de Nueva York a las causales de anulación tasadas en el primer párrafo.<sup>17</sup> El

---

<sup>16</sup> En nota al pie 10.

<sup>17</sup> «1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones: a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa hacer valer sus alegaciones o recursos; o c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero,

resultado: un régimen común de anulación para los laudos que fueran a ejecutarse en el extranjero<sup>18</sup> (nótese que la Convención no prohíbe a los Estados legislar otras causales, que pueden hacerlo, sino que les niega efectos en el extranjero).

## 2. *Decisión de anulación contraria al orden público*

17. En el asunto *Chromalloy*, el laudo anulado en Egipto (jurisdicción primaria) fue reconocido en Estados Unidos por dos razones: la primera, la aplicación del derecho más favorable (de juridicidad dudosa por apoyarse en una petición de principio); la segunda, que la decisión de anulación del laudo contrariaba el orden público. Este último fundamento fue utilizado también en los asuntos *Baker Marine* y *Spier*, para justificar que, al no ser las decisiones de anulación contrarias al orden público, los laudos anulados no merecían ser reconocidos. Con este mismo propósito fue utilizado en *TermoRío SA ESP y LeaseCo Group LLC vs. Electranta SP* (Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, 2007), para, finalmente, aplicarlo en el asunto *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral SRL vs. Pemex-Exploración y Producción*, que reconoció un laudo mexicano anulado en su jurisdicción primaria (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva

---

que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas, o d) La constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio.

2. En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1º del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1. e) del Convenio de Nueva York únicamente en los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1º» (Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo IX).

<sup>18</sup> La idea no es original. Cf. DAVIS, Kenneth R. *Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (37 Texas International Law Journal, 2002), p. 84.

York, 2013). Que este último caso aplique la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1975) en vez de la de Nueva York, no cambia en nada las cosas, por la identidad de sus textos.

18. Ésta es la jurisprudencia, en sus propios textos:

(1) «En los Estados Unidos, ‘hace tiempo que superamos la época en la que la suspicacia judicial frente al arbitraje inhibía el desarrollo de éste como método alterno de resolución de disputas’ (*Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*). En Egipto, en cambio, ‘está establecido que el arbitraje es un medio excepcional de resolución de conflictos, alejado de los medios judiciales tradicionales y de las garantías que ellas prestan’ (Decisión de Anulación). Egipto afirma que el laudo arbitral es nulo de acuerdo a ley arbitral, porque no fue debidamente fundado en el derecho egipcio. Esta afirmación refleja sus suspicacias respecto al arbitraje y es, precisamente, el tipo de argumento técnico en el que las cortes americanas no entramos cuando revisamos un laudo». «La Corte considera ahora si la decisión egipcia [anulando el laudo] debe ser reconocida como una sentencia extranjera válida. Como la Corte dijo antes, éste es un caso hito. No ha habido casos en los que una corte de los Estados Unidos enfrente una situación, bajo la Convención, en la cual la corte de una nación extranjera ha anulado un laudo que de otro modo sería válido». «El orden público estadounidense a favor del arbitraje vinculante y final en controversias comerciales es inequívoco y fundado en tratados, leyes y jurisprudencia. La Ley Federal de Arbitraje y la implementación de la Convención el mismo año por enmienda de dicha Ley, demuestran que hay una enfática política federal a favor del arbitraje, particularmente en el campo del comercio internacional. Una decisión de esta Corte que reconociese la decisión del tribunal egipcio violaría el claro orden público estadounidense al respecto». «La Corte concluye que el laudo arbitral es válido en lo que respecta al derecho estadounidense. La Corte, además, concluye que no necesita conferir efectos de cosa juzgada a la sentencia egipcia de la Corte de Apelación

de El Cairo» (Corte de Distrito de Columbia, asunto *Chromalloy Aeroservices vs. Egipto*, 1996).<sup>19</sup>

(2) «*Baker Marine* presenta un último argumento, basado en el lenguaje del artículo V.1.e de la Convención. Dice este artículo que cuando una parte pretende el reconocimiento de un laudo, su reconocimiento y ejecución ‘puede’ ser denegado si es que el mismo ha sido anulado por una autoridad competente del país en el cual el laudo fue dictado. *Baker Marine* sostiene que el uso de un vocablo permisivo, ‘puede’, en vez de un término imperativo, implica que se puede ejecutar el laudo, a pesar de la sentencia nigeriana anulándolo. Es suficiente respuesta a esto el hecho que *Baker Marine* no hubiese mostrado ninguna razón adecuada para rechazar el reconocimiento de las sentencias de la corte nigeriana» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Baker Marine vs. Chevron*, 1999).<sup>20</sup>

(3) «La referencia que hace *Spier*, en sentido que al decir ‘puede’ el artículo V.1 de la Convención está siendo permisivo, no le asiste, ya que, tal como ocurrió en *Baker Marine*, *Spier* tampoco ha mostrado una razón adecuada para no reconocer las sentencias dictadas por las cortes italianas». «Por último, la decisión de la Corte de Distrito en *Chromalloy* de aplicar la Ley Federal de Arbitraje para apartar una sentencia egipcia anulatoria de un laudo también egipcio, se fundó en una circunstancia particular ausente en el presente caso: la descarada indiferencia de Egipto respecto a su obligación contractual de no apelar contra el laudo arbitral. *Spier* no señala ninguna disposición comparable con aquella en su contrato con *Tecnica* y, mientras que *Spier* desplora las decisiones de las cortes italianas, él no sugiere siquiera que la legislación nacional italiana, aplicable a este laudo italiano por virtud de la Convención, tal como fue interpretada por el Segundo Circuito en *Yusuf*, no autorizase a *Tecnica* a controvertir el laudo en las cortes italianas». «Sólo queda decir, en forma contraria a la conclusión previamente dicha, que si *Spier*

<sup>19</sup> En nota al pie 10.

<sup>20</sup> En nota al pie 13.

tiene derecho a examinar este laudo de acuerdo a las disposiciones de la legislación estadounidense, tal derecho no le otorgaría nada. Esto es así porque las tres cortes italianas anularon el laudo porque al hacerlo los árbitros excedieron su competencia, lo cual también es un motivo de anulación en la legislación estadounidense» (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Spier vs. Calzaturificio Tecnica*, 1999).<sup>21</sup>

(4) «Resolvemos este asunto refiriéndonos y aplicando la Convención de Nueva York (párrafo 26)». «La regla básica de la Convención es que ‘cada Estado parte reconocerá la autoridad de los laudos arbitrales y los ejecutará de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el Estado en el cual el laudo fuera invocado’ (párrafo 29)». «De acuerdo a la Convención, sólo la corte de un país con jurisdicción primaria sobre el laudo puede anularlo (párrafo 41)». De conformidad con el artículo V.1.e de la Convención, un Estado con jurisdicción secundaria normalmente no puede ejecutar un laudo que haya sido anulado en su jurisdicción primaria por una autoridad competente. Ya que el Consejo de Estado es innegablemente una autoridad competente en Colombia (el Estado con jurisdicción primaria), y ya que no hay nada en el expediente indicando que el procedimiento ante el Consejo de Estado estuviese viciado o que la decisión de dicho órgano no es auténtica, *Electranta* afirma que *TermoRío* no tiene argumentos bajo la Ley Federal de Arbitraje o la Convención para ejecutar el laudo. De acuerdo a lo obrado, estamos de acuerdo (párrafo 46)». «Para nosotros, respaldar lo que *TermoRío* busca erosionaría seriamente un principio rector de la Convención: un laudo arbitral no existe para ser ejecutado en otros Estados parte si es que el mismo ha sido legalmente anulado por una autoridad competente del Estado en el cual fue dictado. Este principio gobierna este caso (párrafo 49)». «*TermoRío* va muy lejos al sugerir que un tribunal en una jurisdicción secundaria es libre de ignorar

<sup>21</sup> En nota al pie 14.

[http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279\\_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199935071FSupp2d279_1323.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006).

la decisión de anulación de una autoridad competente de la jurisdicción primaria. Se requiere mucho más que una mera afirmación diciendo que la sentencia de la jurisdicción primaria ofende el orden público de la jurisdicción secundaria para superar una defensa fundada en el artículo V.1.e (párrafo 54)». «Al aplicar el artículo V.1.e de la Convención, debemos ser muy cuidadosos al ponderar las nociones de orden público para determinar la validez de una sentencia de anulación pronunciada por una autoridad competente de la jurisdicción primaria. El examen de orden público no puede limitarse simplemente a determinar si los tribunales de la jurisdicción secundaria hubiesen anulado un laudo si es que el mismo hubiese sido dictado en ella. Como ya se lo notó, la Convención contempla que diferentes Estados parte puedan tener diferentes causales de anulación de laudos. Por tanto, no es de sorprender que las cortes tengan limitadas ocasiones para ignorar una sentencia extranjera por motivos de orden público (párrafo 56)». «Una sentencia no es ejecutable por razones de orden público si es que es repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado en el que se persigue su reconocimiento. En su formulación clásica, una sentencia que claramente tiende a minar el interés público, la confianza pública en la administración de la ley o la seguridad de los derechos a la libertad o la propiedad es contraria al orden público (párrafo 57)». «Aceptando que hay un tenue brillo de orden público en el artículo V.1.e de la Convención y que una sentencia extranjera es inejecutable por contraria al orden público si la misma es contraria a las nociones fundamentales de decencia y justicia en los Estados Unidos, *TermoRío* no ha alegado ni producido pruebas que sugieran que el procedimiento ante el Consejo de Estado de Colombia o su decisión viole las nociones básicas de justicia que adherimos (párrafo 64)» (Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, asunto *TermoRío SA ESP y LeaseCo Group LLC vs. Electranta SP*, 2007).<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> 487 F.3d 928. Fuente: [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3EA9064DC31B165A852574400045448F/\\$file/06-7058a.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3EA9064DC31B165A852574400045448F/$file/06-7058a.pdf).

(5) «Por lo general, los laudos arbitrales dictados en un Estado pueden ser ejecutados por las cortes de otros Estados. Sin embargo, los laudos pueden también ser anulados, y si fueron anulados por las cortes del país, o bajo cuya ley, fueron dictados, se origina un conflicto para las cortes de los otros Estados. ¿A cuál deben dar primacía, al laudo o a la sentencia que lo anula?». «Pemex-Exploración y Producción (PEP) tuvo éxito en las cortes mexicanas. El 21 de septiembre de 2011 la Décimo Primera Corte Colegiada en lo Civil del Distrito Federal (la Décimo Primera Corte Colegiada) dictó una sentencia de 486 páginas sosteniendo que el laudo era inválido. Revirtió la decisión de la Corte de Distrito mexicana y le reenvió el caso para que dicte una sentencia a favor de PEP. El 25 de octubre de 2011, la Corte de Distrito dictó tal sentencia en una decisión de 46 páginas». «La Décimo Primera Corte Colegiada sostiene que los árbitros no son competentes para decidir un caso en contra de entes soberanos o contra agentes de ellos y que la sede adecuada para una contraparte agraviada por una relación comercial es la Corte del Distrito en lo Administrativo de México. De ahí que anulase el laudo. Dicha corte fundamentó su sentencia en parte en una ley que no estaba en vigor a tiempo del contrato y tal decisión dejó a la Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral (Commisa) sin la posibilidad de obtener un juicio sobre el fondo del asunto». «Sostengo, por las razones indicadas a continuación, que [al hacer esto] la decisión de la Décimo Primera Corte Colegiada de México violó nociones básicas de justicia. Por tanto, rechazo el reconocimiento de la sentencia de la Décimo Primera Corte Colegiada y confirmo el reconocimiento del laudo». «De acuerdo al artículo 5 de la Convención de Panamá, puedo denegar el reconocimiento al laudo si PEP puede demostrar que una autoridad competente de México lo anuló. Claramente, la Décimo Primera Corte Colegiada es una autoridad competente. El asunto que debe decidirse es el significado de 'puede' denegar el reconocimiento. En otras palabras, ¿hasta dónde llega mi poder discrecional como Juez de Distrito de los Estados Unidos para reconocer un laudo que ha sido anulado por un Estado extranjero?». «El asunto *Chromalloy* sigue vigente, ya que tanto *Baker Marine* como *TermoRío* reconocieron que

una Corte de Distrito podría dudar si reconocer una sentencia si la misma contradecía con las nociones básicas de justicia». «En *TermoRío* se dio una definición más sustancial de la discreción judicial en materia de reconocimiento: ‘si la sentencia de anulación es contraria a las nociones fundamentales de decencia y justicia de Estados Unidos’ o ‘si la sentencia violó las nociones básicas de justicia a las cuales nos adherimos’, entonces no debe ser aplicada». «Encuentro que bajo el estándar anunciado en *TermoRío* la sentencia de anulación viola las nociones básicas de justicia y reconocerla no es una obligación». «El centro de la disputa ante mí es la aplicación retroactiva de las leyes y la injusticia asociada que conlleva. Nociones elementales de justicia dictan que las personas deben tener la oportunidad de saber cuál es el derecho vigente y de adecuar su conducta a él. Por esta razón, el principio de que las consecuencias jurídicas de las conductas deben ser juzgadas por la ley vigente a tiempo de su producción tiene una inveterada y universal aplicación. En una sociedad libre y dinámica, la creatividad comercial y artística es fomentada por el Estado de Derecho que otorga a las personas confianza respecto de la ley». «Acá, la ley a tiempo del contrato daba a Commisa la legítima expectativa de que su controversia podía ser arbitrada». «En este caso, la aplicación retroactiva de la ley fue hecha para beneficiar a una empresa pública sobre una contraparte privada. Hay un principio básico de justicia: si un ente soberano ha dejado su inmunidad y ha acordado contratar con un particular, la corte que conozca la controversia sobre el contrato debe tratar a ambas partes como iguales». «Aplicar una ley que entró en vigor tiempo después de que las partes celebraron el contrato era problemático. Pero esta sensación de injusticia fue exacerbada por el hecho de que la decisión de la Décimo Primera Corte Colegiada dejó a Commisa sin alternativa para litigar sobre el asunto que los árbitros habían resuelto a su favor». «[Dicha Corte] dijo que el caso en su integridad no era materia de arbitramento por razones de orden público. Fue una decisión que iba en contra del propio acuerdo celebrado por PEP, la ley de creación de Pemex y las leyes de México a tiempo del contrato y de haber comenzado el arbitraje». «Al rechazar aplicar la decisión de la Décimo Primera

Corte Colegiada, no se está decidiendo ni revisando la ley mexicana. Mi decisión no se basa en los méritos sustantivos de una particular ley mexicana, sino en su aplicación a hechos que sucedieron antes de su adopción. En el momento en que Commisa demandó a PEP no había ley, jurisprudencia, ni ninguna otra fuente del derecho que le hiciese saber que debía iniciar su reclamación en la jurisdicción ordinaria y no en un arbitraje. Commisa razonablemente creyó que estaba autorizada a arbitrar la controversia y la decisión de la Décimo Primera Corte Colegiada intempestivamente interrumpió esta razonable expectativa, aplicando una ley que no estaba vigente a tiempo del contrato y, por tanto, denegando a Commisa la oportunidad de tener un juicio sobre el fondo del asunto. Tal decisión viola las nociones básicas de justicia [de los Estados Unidos]» (Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral SRL vs. Pemex-Exploración y Producción*, 2013).<sup>23</sup>

19. Hasta acá la jurisprudencia. En resumen: (1) Los laudos anulados por sus jurisdicciones primarias no pueden ser reconocidos por las jurisdicciones secundarias, por regla del artículo V.1.e. (2) Pero, a título de excepción, pueden ser reconocidos si las decisiones que los anularon violasen el orden público de la jurisdicción secundaria, (3) porque el texto común del artículo V.1, al decir que se «podrá» denegar el reconocimiento, está diciendo que es potestativo denegarlo. Este razonamiento es inocuo para el concepto jurídico de validez. La razón: en naturaleza jurídica no se trata de reconocer un laudo anulado, sino de denegar el reconocimiento a la sentencia de anulación. Como el laudo y la sentencia que lo anula son ambos decisiones extranjeras, para que produzcan sus efectos, deben ser ambos reconocidos por el Estado del foro. Al reconocerse el laudo, pero no la sentencia que lo anula, ésta no despliega sus efectos invalidatorios en la jurisdicción secundaria,

---

<sup>23</sup> 10 Civ. 206 (AKH). Fuente: [https://lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2013/09/gov.uscourts.nysd\\_357027.160.0.pdf](https://lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2013/09/gov.uscourts.nysd_357027.160.0.pdf).

ante la cual el laudo es plenamente válido. Estoy de acuerdo con el fundamento (el orden público), pero no con su fuente (el artículo V.1).

20. No estoy de acuerdo con la fuente, porque, como ya dije, sostengo que, al decir «podrá», el artículo V.1 no está diciendo que la denegación del reconocimiento esté librada a la discreción de los tribunales del Estado del foro. Las razones ya dadas: (1) Si ése fuera su significado, entonces la propia Convención caería por su base: que una convención cuyo objeto y fin es facilitar el reconocimiento, reglando ella misma las causales taxativas para su denegación, permitiese la aplicación discrecional de dichas causales, supondría que ella misma se vaciase de contenido. Con lo cual, su ineficacia quedaría garantizada (argumento teleológico). (2) Tomado el artículo V en su integridad, la posibilidad de denegar el reconocimiento, referida en su parágrafo 1, está atada a que, la parte que se opone al mismo, pruebe la causal invocada, lo cual hace sentido cuando contrastado con el parágrafo 2, que, al decir «también se podrá denegar el reconocimiento» y no requerir el pedido de parte, está diciendo que las causales por él contempladas pueden operar de oficio. Por tanto, como en el parágrafo 1 la denegación depende de la prueba que produzca la parte que se opone al reconocimiento, al decir «podrá», la Convención no se está dirigiendo a los tribunales, sino a dicha parte, a la cual le está diciendo que puede defenderse probando que el laudo está incurso en una de las causales tasadas por ella (argumento grammatical). Ya dije, también, que en esta interpretación voy en disenso con la jurisprudencia, que reconoce al artículo V.1 como fuente de poder discrecional.

21. Y sí estoy de acuerdo con el fundamento, porque el orden público, como tal, es razón suficiente para impedir el paso de una sentencia extranjera de anulación que, de no violarlo, debiera ser admitida y ejecutada en la jurisdicción secundaria con los mismos efectos que produciría en su lugar de origen.

22. En la jurisprudencia comparada el orden público es un concepto de principio. Como tal, es de formulación abstracta, pero de aplicación restrictiva (*i.e.*, no todo hecho repudiable es una violación de principio). En el caso estadounidense, el orden público se contrae a «las nociones más básicas de moralidad y justicia» (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 1974).<sup>24</sup> El mismo criterio, incluyendo el lenguaje empleado en su formulación, se usa en Hong Kong (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Hebei Import and Export Corporation vs. Polytek Engineering Company Ltd*, 1998)<sup>25</sup> e Irlanda (Corte Superior de Irlanda, asunto *Brostrom Tankers AB vs. Factorías Vulcano SA*, 2004).<sup>26</sup> Lo mismo que en Alemania y Suiza, donde hay violación al orden público, respectivamente, cuando se infringe «una norma que regula los principios básicos de la vida pública o económica o cuando tal infracción contradice de un modo intolerable el concepto alemán de justicia», o cuando «el sentimiento innato de justicia es lastimado de modo intolerable al inaplicarse una disposición fundamental del sistema jurídico suizo».<sup>27</sup> Igual es el caso noruego, en el que hay violación al orden público «únicamente cuando [el laudo] discrepa en grado inaceptable con el orden jurídico del Estado, violando un principio fundamental del mismo» (*Pulsarr Industrial Research BV vs. Nils H. Pilsen AS*, 2002).<sup>28</sup> O en Canadá, donde una violación al orden público es tal por ser «contraria a la moralidad esencial del Estado» (Corte de Ontario, Canadá, asunto *Arcata Graphics Buffalo*

<sup>24</sup> 508 F.2d 969. Fuente: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html>.

<sup>25</sup> Fuente: [http://arbitrationlaw.com/files/free\\_pdfs/hebei\\_import\\_and\\_export\\_corp\\_v\\_polytek\\_engineering\\_co\\_ltd\\_cacv\\_116-1997.pdf](http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/hebei_import_and_export_corp_v_polytek_engineering_co_ltd_cacv_116-1997.pdf).

<sup>26</sup> Fuente: <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/198.html>.

<sup>27</sup> En UNGAR, Kenneth; *The Enforcement of Arbitral Awards Under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration* (25 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1987), p. 751.

<sup>28</sup> En BORN, Gary; *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (La Haya: Kluwer, 2001, 2.<sup>a</sup> edición), p. 740.

*Ltd. vs. Movie-Magazine Corp.*, 1993).<sup>29</sup> Y en España, país en el que se denomina orden público constitucional al régimen compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución.<sup>30</sup> Reconstruido, el orden público es el fundamento ético del sistema jurídico del Estado del foro: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina. De ahí que opere como una excepción: excluyendo la aplicación de la ley extranjera que, de otra manera, sería aplicable según las reglas de conflicto; o negando la admisión de los efectos jurídicos de las decisiones y documentos que, si no fuera por dicho motivo, debieran reconocerse.

23. Por tanto, para denegar el reconocimiento a una decisión de anulación, con fundamento en que de admitirla se violaría el orden público del foro, ningún tribunal necesita apoyarse en los intersticios que le deje el lenguaje de un instrumento convencional. Le basta, simplemente, con fundarse en el propio orden público como tal: en explicitar su contenido y sus alcances normativos y en demostrar la relación antinómica que se produciría si se admitiese la sentencia extranjera. Es el propio orden público la fuente de la denegatoria del reconocimiento. Como tal, es un argumento irrefutable. Frente a él, alegar como fuente el carácter dispositivo del artículo V.1 parece un argumento débil, redundante y distractivo. Débil, porque si no rebatido, puede, cuando menos, controvertírselo. Redundante, porque la fuente de la denegatoria es el orden público y no el artículo V.1. A contrario: aun si el artículo V.1 utilizase un lenguaje imperativo («deberá»), igual podría denegarse el reconocimiento con fundamento en el orden público. Y distractivo, porque dirige la atención a un argumento auxiliar (el poder discrecional para reconocer un laudo que nacería del carácter potestativo del artículo V.1), desviándola del argumento principal (el orden público como tal).

---

<sup>29</sup> Fuente: <http://interarb.com/clout/clout037.htm>.

<sup>30</sup> Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto; *Derecho Internacional Privado* (Madrid: Civitas, 2003, 2.<sup>a</sup> edición), p. 314.

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

EN LATINOAMÉRICA

SEGUNDA PARTE

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE

SEPTIEMBRE DEL 2014, CON F.M. SERVICIOS

GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA

SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007

LIMA 33, PERÚ



