Anulación de laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL

Volumen 98 Biblioteca de Arbitraje del
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Anulación de laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL

Gino Rivas Caso

Universidad Católica San Pablo
Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
CICAJ PUCP Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP
PUCP

Estudio Mario Castillo Freyre

Anulación de laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL

© 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
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, San Miguel 15088
Telf. (511) 626-2000 Anexo 4901
cicaj@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/

Primera edición, octubre 2021
Tiraje: 500 ejemplares

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 2021-

ISBN: 978-612-
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor 11

Prólogo del profesor José Carlos Fernández Rozas 13

Prólogo del profesor Mario Reggiardo Saavedra 21

Prólogo del profesor Fernando Cantuarias Salaverry 25

Nota introductoria del autor 27

Abreviaturas y siglas 29

CAPÍTULO I
CONCEPTOS PRELIMINARES

1. Introducción 31
2. Arbitraje 31
   2.1. Noción general 31
   2.2. Laudo arbitral 33
   2.3. Control interno del laudo 42
3. Control judicial del arbitraje. Marco general 48
   3.1. Caracteres generales del control judicial 48
   3.2. Manifestaciones concretas 48

CAPÍTULO II
ASPECTOS PROCESALES DE LA ANULACIÓN DE LAUDO

1. Introducción 51
2. Diseño legislativo 51
   2.1. Opciones legislativas sobre el proceso de anulación del laudo 51
   2.2. La opción legislativa elegida 71
   2.3. La interrelación anulación-ejecución 75
3. Naturaleza del proceso 79
   3.1. Marco general 79
   3.2. Situación en Iberoamérica 83
4. Estructura procesal 85
   4.1. Diseño del proceso 86
   4.2. Partes del proceso 98
   4.3. Procedencia de la demanda 112
   4.4. Pruebas 132

CAPÍTULO III
ÁMBITO DEL CONTROL JUDICIAL. MARCO GENERAL

1. ¿Qué se controla? Conjunto de causales de anulación 139
1.1. Enunciación de las causales de anulación 139
1.2. Formas de clasificación de las causales 145
2. ¿Cómo se controla? Caracteres del control judicial 149
2.1. Naturaleza del control judicial 149
2.2. Formato del control judicial 154
2.3. Actuación de oficio o a pedido de parte 161
2.4. Reglas que rigen el análisis de las causales 164
3. Panorama estadístico 170

CAPÍTULO IV
ÁMBITO DEL CONTROL JUDICIAL. ESTUDIO DE CAUSALES (LMU)

1. Vicios en el convenio arbitral - artículo 34(2)(a)(I) 175
1.1. Fundamentos de la causal 175
1.2. Estructura y contenido 176
1.3. Particularidades normativas en Iberoamérica 216
2. Afectación al debido proceso arbitral - artículo 34(2)(a)(II) 217
2.1. Fundamentos de la causal 217
2.2. Estructura y contenido 219
3. Exceso de autoridad - artículo 34(2)(a)(III) 258
3.1. Fundamentos de la causal 258
3.2. Estructura y contenido 258
3.3. Particularidades normativas en Iberoamérica 283
4. Distorsiones en la composición del tribunal o en el procedimiento - artículo 34(2)(a)(IV) 285
4.1. Fundamentos de la causal 285
4.2. Estructura y contenido 285
5. Inarbitrabilidad - artículo 34(2)(b)(I) 308
5.1. Fundamentos de la causal 308
5.2. Estructura y contenido 310
5.3. Caracteres especiales del control judicial 319
5.4. Particularidades normativas en Iberoamérica 320
6. Orden público - artículo 34(2)(b)(II) 323
6.1. Fundamentos de la causal 323
6.2. Estructura y contenido 328
6.3. Caracteres especiales del control judicial 338
6.4. Particularidades normativas en Iberoamérica 342

7. Excurso: control sobre decisiones negativas sobre competencia 349
7.1. Noción y clasificación de decisiones negativas 349
7.2. Control judicial 350

CAPÍTULO V
EFECTOS DEL PROCESO JUDICIAL DE ANULACIÓN

1. Marco general 357
2. La demanda de anulación 357
2.1. Consecuencias de demandar la anulación. Suspensión de ejecución 357
2.2. Consecuencias de no demandar la anulación 366
3. Atribución especial de la judicatura: *remission* 377
3.1. Fundamentos 377
3.2. Estructura 378
3.3. Ámbito de aplicación 383
4. Decisión sobre anulación 385
4.1. Consecuencias generales 385
4.2. Consecuencias en la ejecución del laudo 391
4.3. Consecuencias para el arbitraje 404
4.4. Anulación de medidas cautelares 432
5. Consecuencias para los árbitros 433
5.1. Consecuencias en la relación partes-árbitros 434
5.2. Otras consecuencias 436

CAPÍTULO VI
CAUSALES ADICIONALES DE ANULACIÓN Y OTRAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN EN IBEROAMÉRICA

1. España 440
1.1. Causal adicional de anulación 440
1.2. Vía adicional de impugnación. Juicio de revisión 441
1.3. La exclusión del amparo 445
2. Chile 445
2.1. Arbitraje local. Esquema de control judicial 446
2.2. Arbitraje internacional 453
2.3. Arbitraje local e internacional. Vías adicionales de impugnación 454
3. Colombia 457
3.1. Arbitraje local 457
3.2. Arbitraje internacional. Causal de anulación adicional 469
3.3. Arbitraje local e internacional.
Vía especial de impugnación: acción de tutela 469
4. México 477
4.1. Causales adicionales (ninguna) 477
4.2. La exclusión del amparo 477

5. Perú 478
5.1. Causales adicionales de anulación 478
5.2. Disposiciones que no son causales 484
5.3. Otras vías para cuestionar el laudo 486

6. Colofón 496

Bibliografía 497

NOTA DEL EDITOR

Para la *Biblioteca de Arbitraje* es muy grato presentar en esta ocasión el volumen 98 de la colección, titulado *Anulación de laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL*, cuyo autor es el profesor Gino Rivas Caso.

Debemos recordar que ésta no es la primera obra de Gino publicada por nuestra colección, pues a su autoría también corresponde el volumen 45, titulado *La motivación de los laudos arbitrales*, aparecido el año 2017, que obtuvo muy merecidos elogios en el medio arbitral.

En esta oportunidad, Rivas Caso ha escrito una nueva obra sobre un tema importantísimo, el mismo que gira siempre desde su perspectiva de defensa del fuero arbitral y de su vocación para que el arbitraje se consolide frente a la natural amenaza de una eventual anulación del laudo.

En ese sentido, estoy seguro de que ella también será de gran impacto en la comunidad arbitral.

Antes de concluir debo señalar que este libro ha sido promovido por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica CICAJ de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Él, además, ha pasado por un proceso de arbitraje doble ciego internacional a cargo del propio CICAJ, órgano universitario al que expresamos nuestro agradecimiento en la persona de su directora, la doctora Betzabé Marciani Burgos.

Felicito al autor, amigo de esta casa desde sus años de estudiante universitario.

Lima, octubre de 2021
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

PRÓLOGO[1]
(DEL PROFESOR JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS)

1. Constituye para mí un gran honor prologar este importante libro de Gino Rivas, resultado de un concienzudo esfuerzo de indagación de la práctica judicial en relación con el arbitraje. Para un estudioso, la comprensión de la realidad en la que va a ilustrarse se configura en torno a la construcción y resolución de un «problema» claramente delimitado (P. Paillé y A. Mucchielli, *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, París, Armard Colin, 2016), en este caso el fenómeno de la anulación de un laudo arbitral. Con ello se comprueba que la investigación es el lugar por excelencia para la «problematización», es decir, para el cuestionamiento permanente y plural a base de una larga controversia de carácter epistemológico.

Al igual que ocurre con las decisiones emanadas de los jueces los laudos arbitrales son respetados como regla general por las partes, bien es verdad que no siempre con entusiasmo, y este hecho indudable obedece a justificaciones variadas entre las que figura la promoción del arbitraje administrado y el prestigio adquirido por las instituciones administradoras, pero también es extensivo al arbitraje *ad hoc*, a partir de la práctica de las acciones de anulación observada por las jurisdicciones nacionales. Bien es verdad que no existe en esta materia unanimidad, por lo que se impone la prudencia a la hora de adoptar cualquier estimación que no tome como referencia la experiencia personal u otras fuentes más o menos veraces. Sentado esto, como corroboran las estadísticas en presencia, cualquier estudio que se realice en este sentido apunta al cumplimiento mayoritario de los laudos arbitrales y a que las anulaciones constituyen la excepción, por más que dicha excepción haya configurado una especial dogmática.

Nadie discute que, debido a la falibilidad de los seres humanos, los laudos arbitrales pueden contener errores. Los árbitros, al igual que los jueces, no son infalibles y los laudos no siempre son merecedores de ser observados y ejecutados, lo cual abre un capítulo de impugnaciones susceptibles de justificarse tanto por el interés general, como por un anhelo de mejora de su calidad como, en la mayoría de los casos, por restablecer una situación manifiestamente injusta. Como apuntase un reconocido árbitro internacional, el arbitraje no es una panacea, no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un fin para prevenir, conciliar y/o terminar un litigio, por consiguiente, no todo laudo arbitral es siempre digno de ser respetado y ejecutado, por lo cual muchas impugnaciones contra los laudos o contra su ejecución pueden estar justificadas, no solo por las necesidades del caso, sino también por el interés general del arbitraje y por la consecución de una mayor calidad al proceso arbitral en su conjunto (P. Lalive, «Enforcing Awards», *Cour d'Arbitrage de la CCI, 60ème Aniversaire*, 1997, p. 25). Todas estas razones justifican suficientemente que los sistemas estatales no deben bajar la guardia en el control de los laudos.

2. Sin prejuicio de su autonomía, el arbitraje interactúa regularmente con las jurisdicciones nacionales para legitimar su existencia y para conseguir apoyo y efectividad. A partir de aquí, el tratamiento de la impugnación del laudo es uno de los aspectos de mayor importancia en cualquier

---

1 Algunas ideas de este prólogo ya han sido consideradas en los siguientes textos:
Fernández Rozas, J. C. (2005). Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia. *Derecho privado y Constitución*, (19), 55-91.
Fernández Rozas, J. C. (2011). Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, *1*, 31-45.
Fernández Rozas, J. C. (2015). Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales. *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (8537).

estudio teórico-práctico del arbitraje, lo que puede dar una idea de que la «patología del laudo» resulta la nota dominante en el sector, con una eventual secuela desnaturalizadora del arbitraje, cuya relevancia no debe ser magnificada. Ello es predicable tanto al arbitraje interno y como al arbitraje internacional. En este último caso, la existencia de un evocado «sistema autónomo» permite a los tribunales estatales interpretar el litigio internacional de acuerdo con normas internacionales más o menos alejadas de la influencia de un determinado sistema estatal; sin embargo, la falta de diálogo entre estos tribunales permite a las partes aprovechar las discrepancias jurisprudenciales poniendo en marcha procedimientos paralelos (declinatorias, solicitud de medidas cautelerales, anulaciones, cosa juzgada, etcétera). Semejante situación ignora que la intervención de los tribunales en el control de los laudos es algo excepcional: una cosa es que se ponga de manifiesto la patología de determinadas situaciones y otra muy distinta que sobre los laudos arbitrales se propague una enfermedad endémica y generalizada que precise soluciones traumáticas.

La anulación es diferente de una apelación. Mientras que esta última puede dar lugar a la modificación de la decisión, la anulación consiste en la destrucción legal de la decisión original sin reemplazarla. Una medida tan drástrica no puede por menos de contar con un ámbito de aplicación restringido, siendo limitados los medios de ataque contra un laudo arbitral tanto de forma como de fondo, lo que tranquiliza a los operadores jurídicos que acuden al arbitraje, pero esto depende de la voluntad de cada legislador nacional para establecer las particulares reglas de juego. Se basan, por lo general, en un número muy limitado de causales. Para ponerla en marcha, debe proceder de una de las partes en el arbitraje, por consiguiente, la acción no puede ser entablada por terceros, imposibilitados de hacer que el laudo se anule respecto a ellos, y tampoco puede ser instada de oficio por el juez. Normalmente, la parte que solicita la anulación espera una decisión que le sea más favorable si esta es estimada pero también puede renunciar, como regla general, a tal derecho. Esto se hará normalmente no presentando la reclamación durante un plazo previamente establecido. Excepcionalmente, una parte también puede renunciar explícitamente a su derecho. El hecho de que una parte no oponga ante el tribunal un defecto que pueda dar lugar a una anulación también puede considerarse como una renuncia. Por último, una decisión de un tribunal arbitral que declina la jurisdicción es un laudo y, como tal, está sujeto a anulación.

A partir de las consideraciones anteriores, y otras que pudieran agregarse, en la actualidad la anulación de un laudo arbitral se configura como un medio de impugnación extraordinario y con motivos tasados de corte casacional restringido y sui géneris. Por consiguiente, el control jurisdiccional que pueda hacerse de lo resuelto por el tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia de su resultado o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la ley material. Los referidos motivos no permiten al órgano jurisdiccional entrar a conocer del fondo del asunto, lo cual es lógico dado que las partes optaron en su día por someter su contienda al juicio de los árbitros

3. Las medidas adoptadas por la Ley Modelo Uncitral de 1985, modificada en 2006, para tratar de impulsar la convergencia entre los diferentes regímenes de anulación de laudos arbitrales fueron dos. La primera, proponer un solo tipo de recurso a un órgano judicial como medio de impugnar activamente el laudo; y la segunda, disponer una lista taxativa de causales de impugnación, coincidente en términos generales con la establecida en su día en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El modelo perseguía hacer compatible la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento y, por eso mismo, la impugnación no trasladaba al juez el conocimiento y decisión del fondo del asunto. Esta última quedaba encomendada a los árbitros, incumbiendo a la

jurisdicción un papel controlador de los posibles vicios *in procedendo* y la verificación del respeto a las garantías de un proceso justo (Remón Peñalver, 2008).[2]

Pese a la labor realizada en este sector por la referida Ley Modelo, estos mecanismos de impugnación no son similares en los distintos sistemas estatales pivotando entre la existencia de un listado de motivos (sistemas continentales) o en una idea central basada en la existencia de una conducta indebida por parte de los árbitros (sistemas de *common law*). Por eso las Leyes de Arbitraje suelen fijar mecanismos eficaces para minimizar el eventual el abuso, tanto a través de la acción (en algunos sistemas, recurso) de anulación, como proscribiendo expresamente el abuso, fraude o mala fe dentro del proceso. En cualquier caso, en la hora presente la oposición al laudo puede reducirse a tres causales: la ausencia de una base contractual que fundamente la competencia de los árbitros, la existencia de una irregularidad en el procedimiento arbitral y/o la inadmisibilidad del contenido del laudo. Puede observarse, en efecto, un denominador común en las leyes nacionales en lo que respecta al respeto de los principios fundamentales del procedimiento, ya que se trata especialmente de la garantía de la integridad e imparcialidad de los árbitros, del principio de igualdad de las partes y del respeto de los derechos de defensa.

4. Una de las puertas para la entrada del juez estatal en el proceso de arbitraje es su poder de control y acierta el autor al abordarlo comparativamente. El análisis comparado se posiciona en este sentido como el marco que mejor se presta al estudio de la institución considerada. Dado que se trata de poner en paralelo dos esferas de actuación, la del juez y la del árbitro, el análisis comparativo resulta la actividad apropiada legitimando el propósito y la finalidad de la investigación abordada. La labor realizada por Gino Rivas hace cierto el aserto según el cual cuanto más poderosas sean las herramientas que utiliza el comparatista, mejor sacará a la luz su especificidad o, si se quiere, la singularidad de lo que estudia. Para ello opta, dentro de las «unidades de comparación» posibles por la denominada «comparación corta»: Iberoamérica, entendiendo por tal «España, Chile, Colombia, México y Perú», donde, en su opinión «el tratamiento del arbitraje comercial internacional es homogéneo». Con independencia de la mayor o menor bondad de la opción, el enfoque epistemológico de la comparación elegido ha tenido como consecuencia que se haga especial hincapié en las diferencias derivadas de los fenómenos observados dentro del, en muchos casos, ambiguo proceso de anulación de los laudos arbitrales.

Pretende el autor a través del estudio del procedimiento de anulación del laudo arbitral en los sistemas acotados y del análisis de las actividades realizadas por el juez de control dar sentido a dicho mecanismo. El enfoque comparativo de los casos de apertura legal es una interesante vía de estudio para este fin, toda vez que resulta imprescindible conocer las circunstancias en las que una acción de anulación puede tener éxito o no. Y la proyección de este enfoque a las facultades de las autoridades de anulación ayuda sin duda a reforzar esta evaluación. Si se considera comparativamente el alcance de las facultades de las autoridades para anular el laudo arbitral se refuerza el conocimiento en profundidad las fuentes de las que proceden esas facultades y el alcance a que pueden estar sujetas. Ese enfoque tiene la virtud de aportar conocimiento en la medida en que promueve la inteligibilidad y permite reflexionar acerca de las políticas emprendidas en un determinado procedimiento arbitral, tanto desde una dimensión maximalista, como desde una dimensión maximalista.

De acuerdo a la denominada «tesis maximalista», o neoestatal, el juez al no haber sido cooptado por las partes litigantes está llamado, a diferencia del árbitro, a asumir su papel controlador desplegando amplias facultades pues con ello contribuirá a velar por los intereses de la comunidad.

---

2 Remón Peñalver, J. (2008). La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público. *Spain arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, (1), 115-132.

Su margen de maniobra se justifica en que, a medida que la arbitrabilidad se extiende como una mancha de aceite a nuevas materias, no hay razón alguna para que no se pueda desplegar una mayor vigilancia dando más poderes al juez. De lo contrario sería un control de mera apariencia. Frente a ella, la «tesis minimalista», más prudente y adaptada a la realidad del tráfico comercial reitera la necesidad de tener en cuenta la voluntad de las partes y evitar en la medida de lo posible una segunda lectura del litigio ante el juez.

Moviéndose siempre en una perspectiva doctrinal ortodoxa, concuerda el autor de esta monografía con las tendencias acortes con la idea de que el juez que conoce de un recurso de anulación no debe reexaminar el caso que se le somete pues lo contrario iría en contra de la propia libertad concedida a las partes. Es difícil concebir, sin embargo, un debate jurídico sobre razones conflictivas que excluya la imposibilidad total de entrar en el fondo del asunto. El propio examen de la contradicción de las razones o de su irrelevancia de hecho o de derecho implica indiscutiblemente una cuestión de fondo, lo cual es una caracterización de la naturaleza ambigua del propio proceso de anulación, que ha deparado una jurisprudencia muy criticada por parte de ciertos tribunales de justicia, siendo sin duda el adalid una doctrina emanada desde el año 2015 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (al parecer en trance de superación). En efecto, en sede de anulación de laudos arbitrales la regla de base es la imposibilidad de una intervención revisora en cuanto al fondo (*meritum causae*) y respecto a los eventuales *errores in iudicando*. Las decisiones de los árbitros están exentas de una censura ulterior en lo concerniente a la manera de apreciar los hechos o las pruebas, a la interpretación del Derecho material o a los extremos que han conducido a un determinado razonamiento jurídico. En contrapartida, la parte que promueve la anulación no puede presentar nuevos o distintos argumentos, tanto de hecho como de derecho que los que esgrimió en el arbitraje objeto de impugnación. Cualquier tendencia hacia la revisión de fondo de los laudos arbitrales suscita interrogantes proyectados en la estabilidad del Derecho arbitral y la necesaria autonomía que requieren los tribunales arbitrales para desarrollar la misión que las partes les confieren. Esta singularidad obedece al hecho de que el órgano que entiende de la anulación no revisa las cuestiones de fondo insertas en el laudo, sino únicamente procede al control sobre la legalidad de las formas predispuestas. Consecuentemente, las consideraciones efectuadas por los árbitros en orden a la valoración de los hechos de la controversia, la práctica de la prueba, la interpretación de las normas aplicables o las conclusiones jurídicas alcanzadas son inamovibles, por más equivocadas que puedan aparecer.

5. La reflexión desarrollada por el autor a lo largo de esta monografía tiene el mérito de destacar la importancia de liberarse del coto cerrado de una estructura rígida y unívoca en orden a la aceptación del laudo arbitral en el ordenamiento jurídico nacional, eludiendo la labor de control. Este control es necesario porque permite al juez garantizar la eficacia del arbitraje protegiendo los intereses de las partes sin descuidar la puesta en práctica de la tutela judicial efectiva de la que es garante. Por lo tanto, es el sistema jurídico del propio Estado el que confiere al laudo arbitral su eficacia, una eficacia que sería inconcebible si la jurisdicción estatal no practicase un control sobre su conformidad a unos lineamientos por mínimos que sean. Mas todo tiene un límite: la perspectiva de un mayor control por parte de los tribunales estatales es susceptible sin duda de amenazar la autonomía del arbitraje y su virtualidad para garantizar una justicia atractiva. Por lo tanto, el control debe ejercerse mesuradamente, prescindiendo de determinadas concepciones personales que mantenga el juez acerca de algunas cuestiones (*v.gr.*, el orden público económico) y al margen de cualquier predisposición que el juez observe, bien de desconfianza o de coexistencia, con la institución arbitral.

En este estudio comparativo de las reglas de anulación del laudo arbitral el autor se pregunta sobre cuáles son los efectos jurídicos de las normas de anulación según la legislación vigente en un área jurídica acotada como es Latinoamérica. Este paso preliminar le da la oportunidad no solo

para revelar «por qué» el debate doctrinal se ha centrado en la cuestión de la anulación del laudo arbitral, sino también para evaluar los resultados de una jurisprudencia que no puede ser denostada en su conjunto a través de la crítica de determinados precedentes aislados. Precisamente uno de los grandes méritos del libro es describir la realidad de los sistemas estudiados, preferentemente el peruano, sin oscurecerla o deformarla a partir de las decisiones poco ortodoxas de cada jurisdicción en particular. Por eso es importante su conclusión de que en esta área geográfica el control judicial del laudo en la sede es «relativamente uniforme».

Además del apuntado enfoque comparatista del fenómeno de la anulación del laudo arbitral el autor dedica numerosas páginas de su libro a describir, explicar y analizar las razones que justificaron la orientación de las soluciones precursoras de las reglas actuales, lo cual permite al lector comprender tanto las razones de los procesos legislativos de reformas de las leyes de arbitraje como los resultados, positivos o negativos, de las políticas actuales. Para ello procede a identificar el significado de las funciones de las autoridades que participan en el proceso de anulación del laudo arbitral, pues dicho conocimiento ayuda indudablemente a comprender su alcance y contribuye a eliminar toda ambigüedad o confusión en torno a su práctica y examinar las posibilidades de su mejora en el futuro.

6. Uno de los rasgos característicos del arbitraje es la virtual ausencia de revisión del fondo como corolario de los principios de *pacta sunt servanda* y de *res judicata* y únicamente en circunstancias excepcionales, las partes pueden intentar anular un laudo arbitral a partir de unos motivos tasados. Frente a lo que acontece en la jurisdicción ordinaria no son factibles las apelaciones contra laudos arbitrales ante los tribunales judiciales toda vez que la propia *ratio* del arbitraje quedaría desvirtuada si estos últimos pudiesen condicionar el resultado de una controversia a través de un mecanismo de apelación. En el arbitraje se persigue esencialmente alcanzar una solución efectiva sin los costos y demoras del litigio por lo cual los riesgos de errores ocasionales ceden a la rapidez y finalidad en el arbitraje. Cuando las partes optan por insertar una cláusula arbitral en un contrato acuerdan someter sus controversias a un foro no judicial lo que impide a la parte perdedora acudir a este último por la «puerta de atrás», argumentando que tiene derecho a apelar.

Al lado de la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, el recurso de anulación presenta un carácter excepcional, limitado a unas causales específicas, cuya justificación no es otra que mantener la solvencia del arbitraje y sus beneficios para las partes litigantes y para la sociedad en su conjunto. Si la eficiencia del arbitraje y la eficacia del laudo se alzan sobre el postulado que aboga por la corrección de los fallos, la confianza en la institución reposa en dos importantes elementos. De un lado, la apuntada prohibición de la revisión del fondo del laudo arbitral por los órganos jurisdiccionales y, de otro lado, la verificación equilibrada de la no vulneración del orden público que en todo caso corresponde apreciar a dichos órganos con carácter restringido y excepcional. Admitidos estos elementos el órgano que entiende de la anulación, debe limitarse a revisar los aspectos externos y abstenerse de realizar cualquier consideración sobre el fondo del asunto, aun cuando tenga la convicción de que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos, han aplicado erróneamente el Derecho, o han realizado una deficiente práctica de la prueba. No puede en ningún caso modificar lo decidido en el laudo porque dicha función, quiérase o no, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros. Tal afirmación categórica encuentra su apoyo en el propio convenio arbitral. El examen de la nulidad en materia arbitral no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alzada de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto.

7. La solicitud de nulidad del laudo arbitral da lugar a dos tipos de dificultades a las que responden de forma diferente las distintas legislaciones nacionales. La primera de ellas es la delimitación de

todas y cada una de las causas de nulidad que, en lo que respecta al orden público, se concreta en una indeseable confusión de conceptos. La segunda dificultad es el contenido de la propia solicitud en el sentido de que no es un medio para revisar el laudo, un instrumento de apelación, sino una acción independiente contra lo resuelto por el órgano arbitral. La consideración ponderada de estas dificultades en los sistemas estatales seleccionados por el autor de este libro le permite responder adecuadamente a muchos de estos problemas. Y dicho tratamiento lo realiza mediante un análisis de las decisiones judiciales, a menudo no accesibles al público, comprensivo de la naturaleza de la acción de nulidad, de su coexistencia con los recursos ordinarios, y del ámbito de su ejercicio por las partes en el marco de las diversas causas de nulidad de los laudos arbitrales.

Destaca el enfoque analítico adoptado por el autor explorando el marco conceptual con el objeto aclarar las principales categorías que se utilizan a lo largo de su investigación. De la lectura del libro se desprende que no resulta de recibo, adoptar una posición general que propugne el abandono total del control por parte de los tribunales nacionales, por más que en la práctica judicial se registre una tendencia mayoritaria favorable a la validez del laudo en observancia con el postulado *pacta sunt servanda*. Una de las consecuencias del sometimiento a arbitraje es la aceptación del laudo, por consiguiente, el control judicial de los laudos arbitrales, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post* mediante las acciones o, eventualmente, ante los recursos que cada legislación establezca y ello es respaldado por los instrumentos internacionales, insertando al efecto las leyes de arbitraje dispositivos específicos que, en muchos casos, son consecuencia directa de la actitud aperturista que mantienen los tribunales estatales en torno a la arbitrabilidad de la controversia.

Sentado lo anterior, el control judicial de los laudos arbitrales responde a una necesidad que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de «promover la justicia», y también de la necesidad de garantizar la defensa en el juicio y la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa, satisfechos ciertos requisitos, a los laudos arbitrales. Las partes actúan bajo el principio de la autonomía de la voluntad, lo cual es reconocido por el propio Estado cuando permite excluir del conocimiento de los tribunales ciertos casos que no revisten interés público derivándolos hacia los órganos ajenos de la función jurisdiccional. Ahora bien, cuando las resoluciones de aquellos puedan causar perjuicios a los particulares en su persona, bienes y derechos, deben confirmarse por un órgano jurisdiccional ante quien se homologa el laudo arbitral con el fin de proceder a su ejecución posterior. Dicha homologación supone un control de lo actuado por los árbitros, esto es, si estos han actuado con fiel cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales legalmente establecidos, sin alteración del contenido del laudo. Con ello se intenta reparar por vía jurisdiccional los perjuicios que han podido sufrir las partes en el arbitraje en virtud de actuaciones o resoluciones irregulares y por tal motivo se establece un proceso específico con una finalidad claramente garantista, pues está orientado a la verificación de si el arbitraje se ha desarrollado, o no, con sujeción a los principios rectores de un debido proceso.

8. Procediendo la decisión última en relación con las pretensiones de las partes de un órgano estatal, celoso de preservar los elementos esenciales del foro de la anulación, es evidente que estas y sus representantes tengan especial interés en la elección de la sede del arbitraje. Es cierto que los usuarios del arbitraje aspiran que el laudo ponga punto final a la controversia, pero también lo es su deseo de que dicha decisión sea susceptible de control jurisdiccional, si no ha sido respetada la regularidad del proceso arbitral. En este libro de Gino Rivas se demuestra que la preferencia a dicho control se manifiesta en la tendencia por elegir sedes de arbitraje donde la intervención del juez sea eficaz y equilibrada, sin perjuicio de la mayor o menor vinculación de las partes con dicho sistema. Por esta razón el control debe tener un contenido limitado para ser compatible con el desarrollo de la institución arbitral, pues si tuviera un carácter exhaustivo se correría el riesgo de desnaturalizarla.

Entiende el autor que la existencia de un régimen de control judicial específico para el laudo arbitral y los resultados de la aplicación del mismo constituyen elementos esenciales para la elección de la sede del arbitraje. Dichos indicadores acostumbran a utilizarse como estrategia de promoción y propaganda para consolidar a una localidad como plaza indiscutida de arbitraje. Es algo que desde hace muchos años viene practicándose en las plazas de arbitraje de mayor importancia a partir de mecanismos diversos que, en orden a la anulación de laudos arbitrales, amerita incluso la designación de un órgano especializado dentro de la estructura judicial para este menester. Con ello se consolida una doctrina que garantiza la seguridad jurídica potenciando no solo el desarrollo del arbitraje interno, sino la atracción de arbitrajes internacionales.

La aparición de un fallo judicial que anula un laudo, en contradicción con los cánones de una práctica consolidada, produce una extraordinaria alarma incitando a un alejamiento de la plaza de arbitraje que puede llegar a ser considerada de alto riesgo, pese a los esfuerzos de los defensores locales. Pero, como se evidencia en el libro, el control no debe ser entendido como una amenaza o una agresión sobre el procedimiento arbitral, pues la intervención del juez estatal es determinante a la hora de llevar a cabo la ejecución del laudo. Por eso es muy importante, a los efectos de coadyuvar a la eficacia del arbitraje, determinar cuál es el foro competente para llevar a cabo esa función y cuáles son las normas rectoras del recurso de anulación. Realmente, es uno de los elementos esenciales de consideración a la hora de elegir un lugar del arbitraje antes que otro: las consecuencias que ello puede tener son enormes, pues la evidencia de un control judicial excesivo puede hacer desistir a las partes de elegir una determinada sede arbitral.

Con estos datos existe una clara tendencia a la «búsqueda» del lugar del arbitraje en el sentido de que se sitúe en un sistema arbitral con una regulación que proporcione seguridad y certidumbre, al margen de que la legislación y la política de incorporación a tratados internacionales se acomode a los estándares universalmente aceptados. Con independencia de la política desplegada por las grandes firmas de abogados, es un hecho incontrovertido que muchos Estados no son sedes habituales de arbitrajes internacionales por la ausencia de colaboración de sus tribunales con los árbitros.

Cosa distinta es la mala utilización de esa manifestación del control judicial efectuada en determinados sistemas jurídicos y que tal circunstancia afecte, a la postre, a la institución arbitral en su conjunto. La aceptación sistemática a cargo de la jurisdicción estatal de los argumentos esgrimidos por la parte que pretende la anulación del laudo constituye un serio obstáculo para la eficacia de lo pactado por las partes como fundamento de la decisión que luego se impugna. El libro objeto del presente prólogo, proporciona razones suficientes para sostener que no resulta de recibo ni una legislación restrictiva del arbitraje por una excesiva intromisión del Poder Judicial, ni otra que prescinda por completo del ineludible control de este de lo actuado por los árbitros.

Pero, en contrapartida, la impugnación del laudo debe ser manejada con mesura por las partes. Resulta ilustrativo que en ciertos sistemas donde es frecuente la práctica del arbitraje y que, por tanto, acostumbran a conocer numerosas impugnaciones contra el laudo, exista una marcada disposición a sancionar los recursos que se presentan de una manera temeraria. La consecuencia son decisiones muy severas contra lo que se considera un intolerable abuso de la vía jurisdiccional, que acostumbran a establecer fuertes sanciones pecuniarias, dentro de lo que se califica como una manifestación de *l'ire du juge*.

9. El oficio de prologuista confiere la prerrogativa de comentar la obra y de glosar su trayectoria provocando el interés del lector sobre su contenido, al tiempo que da la oportunidad de presentar al autor. En este cometido resulta obligado resaltar que no nos hallamos ante un mero libro académico, ni mucho menos ante una tesis de doctorado. Es el producto de una construcción

autodidacta dentro de la ya apuntada ortodoxia del favor *arbitrandum*. Tampoco estamos ante la obra de un neófito. Gino Rivas cuenta con una larga trayectoria académica y profesional en el Perú que se ha traducido en numerosos estudios entre los que cabe destacar su monografía sobre la *Teoría del conflicto y mecanismos de solución* (Lima, Fondo editorial de la PUCP, 2018)[3] donde se cuestiona el tradicional enfoque procesalista sobre cómo abordar los conflictos a través de mecanismos judiciales apuntando al desarrollo de dispositivos alternativos de resolución de conflictos, especialmente la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Y, con mayor enjundia teórica, resulta obligado referirse a sus reflexiones en torno a la motivación de los laudos arbitrales, donde ya apuntaba algunas cuestiones que aborda en este libro con mayor profundidad. Concretamente ya había advertido (Rivas, 2016), en relación con el sistema español, que la anulación del laudo por problemas en la motivación había derivado una serie de decisiones judiciales que inmiscuyéndose en el fondo del laudo, evaluaban la valoración de pruebas y/o la aplicación del derecho realizada por el árbitro.[4] También había denunciado (Rivas, 2017) que el control judicial de los laudos en el Perú resultaba, en la práctica, problemática e incomprensible, porque aun cuando la ley prohíbe expresamente el análisis judicial de la motivación del laudo, en la realidad, más de la mitad de los procesos de anulación se sustentan en un cuestionamiento a su motivación. Ante esa situación, apuntaba la necesidad de entender cuáles son los «defectos» en la motivación que hacen nulo el laudo, para no cometerlos. Y en este cometido su estudio pretendía proporcionar lineamientos que permitiesen a los árbitros evitar la anulación del laudo debido a su motivación.[5]

Son estos meros ejemplos de una obra intensa que contrasta con la juventud del autor, acreditado árbitro peruano y profesor en la prestigiosa Pontificia Universidad Católica del Perú. Mi conocimiento personal del Gino Rivas, con motivo de mi estancia en Lima con ocasión del Congreso del ILHADI de 2016, una amplia correspondencia de contenido académico y la lectura de sus publicaciones, que ahora se enriquecen con la presente monografía, me permiten augurar para este profesional del arbitraje una venturosa carrera académica y una exitosa trayectoria en el complejo mundo de la práctica.

Madrid 4 de diciembre de 2020

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado
Socio director del Gabinete Jurídico Iprolex (Madrid)
y árbitro internacional.
Miembro del Institut de Droit International

3 La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución* (Vol. 33). Fondo Editorial de la PUCP.

4 Rivas, G. (2016). La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *9*(3), 707-764.

5 Rivas, G. (2017). La Anulación del Laudo por su motivación en el Perú - cómo hacer frente a una Vía Distorsionada. *THEMIS Revista de Derecho*, (72), 225-234.

PRÓLOGO
(DEL PROFESOR MARIO REGGIARDO SAAVEDRA)

La primera vez que escuché hablar de Gino Rivas fue cuando yo estudiaba la anulación de laudos en Perú. Era el año 2017. Necesitaba estadística sobre el porcentaje de recursos de anulación que se declaraban fundados y un amigo común me alcanzó las que Gino tenía como parte de la preparación de su primer libro. Luego me pidió que lo presente en un panel con Martín Wong y Giovanni Priori. «La motivación de las decisiones arbitrales» es un texto riguroso, de mucha utilidad para propósitos académicos y profesionales. Fue publicado por la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo, lo cual lo puso a Gino de inmediato ante los ojos de los principales actores peruanos del arbitraje.

A fines del 2019, Gino me pidió ser asesor de su tesis para optar por el grado de Magister en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Mi experiencia fue muy gratificante. No solo aprendí también leyendo sus borradores, si no que él siempre tuvo buena disposición para poner a prueba sus ideas, ya sea confirmado sus hipótesis y defendiéndolas con firmeza cuando tenía razón o modificándolas en los pocos casos donde identificábamos debilidades. La apertura intelectual lo caracteriza. Bajo el paradigma cartesiano, Gino está dispuesto a dudar de todo cuando realiza actividad académica. Es un racionalista. Además, combina la disciplina teórica con la identificación de los efectos concretos de una institución jurídica en la vida real de las personas. Era obvio que estaba ante un trabajo sobresaliente

Ahora tengo el agrado de prologar su tercer libro. Pero me tomaré la libertad de hablar primero de Gino más allá de su faceta académica. No me sorprendió descubrir que de adolescente quiso ser escritor de novelas. La literatura es su pasión y sus referentes son autores latinoamericanos pertenecientes o precursores al Boom como Alejo Carpentier, Carlos Fuentes, Mario Vargas Llosa, Juan Rulfo y Jorge Luis Borges. Escribió cuentos que nunca quiso publicar (él dice que no son buenos) y pronto su pasión por la escritura se canalizó a través de artículos jurídicos que publicó en prestigiosas revistas locales como *Ius Et Veritas* y *Thēmis*. Gino empezó escribiendo sobre derecho procesal y obligaciones civiles.

Se interesó profundamente en el arbitraje cuando empezó sus prácticas preprofesionales en un destacado estudio de abogados. Pero pese a que es en esa área donde ha hecho la mayoría de sus investigaciones, el autor no es un arbitrólogo químicamente puro. Sus trabajos tienen mucha consideración hacia instituciones del derecho procesal civil, por lo que no descarto que él regrese con fuerza a investigar en el futuro sobre temas del derecho procesal clásico como el debido proceso. Está convencido de la importancia de tomar en cuenta siempre la visión de los jueces, que son quienes finalmente aplican el derecho a los casos concretos. Esa deferencia es importante en un país como el Perú, donde el debate jurídico es casi copado por abogados y académicos a tiempo completo, con seminarios y debates donde se suele prescindir de aquellos que terminan definiendo la aplicación de las instituciones jurídicas ante conflictos reales. Me identifico con él porque ambos nos hemos desempeñado tanto en la práctica judicial como en la arbitral, donde el recurso de anulación de laudo es uno de los puntos de encuentro para ambas áreas del derecho.

Cuando me pidió hacer el prólogo de *Anulación de laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL*, me mandó un correo electrónico con una versión de 569 páginas en procesador de textos. Apenas abro el archivo y me pongo a leerlo, veo que su presentación empezaba con la frase «El arbitraje es mi obsesión». Luego de eso tuve la tranquilidad de que hice bien al aceptar su pedido. Estamos ante

un tratado en el sentido que recopila de modo ilustrativo, y al mismo tiempo analítico, distintos aspectos de la anulación de los laudos en Hispanoamérica. Destaca la selección de fuentes de calidad para sistematizar el tratamiento del tema y presentarlo haciendo énfasis en varios países de la región.

En el primer capítulo del libro el autor revisa los presupuestos básicos del arbitraje y su control por los jueces. Ahí desarrolla el concepto, la clasificación y la estructura de los laudos, así como el control interno a través de los diversos tipos de pedidos que se pueden realizar una vez emitido el laudo inicial. En el segundo capítulo analiza los aspectos procesales de la anulación del laudo, como las opciones de diseño legislativo, la naturaleza de dicho proceso, la interrelación entre la anulación y la ejecución del laudo, la estructura del proceso, las partes y las pruebas que se pueden actuar en una anulación. Acá resalto el tratamiento que se hace de la naturaleza de la anulación de laudo. El autor señala que la Ley Modelo Uncitral no utilizó el término de «recurso» aludiendo a los medios impugnatorios del derecho procesal civil en el paradigma romano-germánico. Estamos, en realidad, ante la traducción de la palabra *recourse* usada por dicha ley modelo en idioma inglés. El nos cuenta que «en realidad, en el habla cotidiana, el término legal recourse se emplea más como "vía legal". Esto es, el concepto cubre supuestos de demandas, recursos, peticiones administrativas, etcétera». Estoy de acuerdo con el autor en que la anulación de laudo, desde la perspectiva del derecho procesal, es un medio impugnatorio interprocesal que da origen a un nuevo proceso. Pero esta precisión no pasa de ser un mero ejercicio académico. El que estemos ante un proceso impugnatorio tiene consecuencias concretas para el caso peruano. Nuestro proceso de anulación de laudo entonces no cumpliría con el derecho constitucional de la instancia plural para ambas partes, lo cual podría generar que estemos ante una ley de arbitraje inconstitucional en ese aspecto.

En el tercer capítulo el autor estudia al ámbito de control judicial y las reglas que rigen el análisis de las causales de anulación. Responde a las preguntas de ¿qué se controla? y ¿cómo se controla? Recopila también datos estadísticos, un insumo poco usado en la investigación jurídica tradicional, que suele ver al derecho como un ente abstracto y autosuficiente, donde las instituciones jurídicas son solo piezas de un ajedrez gigante al margen de sus efectos concretos en las personas. Gino no se queda en el cielo de las ideas y ensucia los zapatos en la realidad.

En el cuarto capítulo estudia las causales de anulación bajo la Ley Modelo UNCITRAL. Revisa los vicios en el convenio arbitral, la afectación al debido proceso arbitral, el exceso de autoridad, las distorsiones en la composición del tribunal o del procedimiento, la arbitrabilidad, el escurridizo concepto de orden público y el control sobre las decisiones negativas de competencia.

En el quinto capítulo revisa los efectos del proceso judicial de anulación. Su acercamiento a estos temas es importante porque si bien existen muchos estudios sobre las causales de anulación tomando como referente la Ley Modelo UNCITRAL y las causales para negar el reconocimiento de los laudos bajo la Convención de Nueva York, no es mucho lo que hay en nuestro país con un análisis a profundidad sobre las consecuencias de la demanda, las atribuciones de los jueces, las consecuencias de una sentencia anulatoria y los efectos de la resolución judicial en los mismos árbitros.

Finalmente, en el sexto capítulo, se analiza las causales adicionales de anulación y otras vías de impugnación de laudo en Iberoamérica. Pero no piensen que es recién acá cuando el autor empieza a contar la experiencia de otros países. A lo largo del libro muchas de las instituciones son revisadas tomando en cuenta la regulación en España, Chile, Colombia, México y Perú.

Gino es humilde con su objetivo. Dice que el libro busca fomentar el análisis. Sin duda estamos ante un puente entre el arbitraje y el derecho procesal, el mismo que ha sido construido por él con

acierto y que se puede recorrer en ambos sentidos sin que la especialidad del lector por una de las ramas dificulte la compresión de la otra rama. Pero, sobre todo, esta investigación tiene como gran aporte la reivindicación de la importancia del derecho procesal y de los jueces en el arbitraje. La anulación judicial del laudo no puede analizarse solo desde la perspectiva del arbitraje. Si bien el libro trata sobre un asunto esencial para el correcto funcionamiento del proceso arbitral, parte de la visión de los magistrados y está hecho, a mi juicio, para la consideración de estos cuando deban resolver los recursos de anulación.

Mario Reggiardo Saavedra
Lima, noviembre 2020

PRÓLOGO
(DEL PROFESOR FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY)

He recibido el honroso encargo de prologar el excelente trabajo de un dilecto colega y reputado árbitro, Gino Rivas Caso.

Me consta los años que el autor ha dedicado a este trabajo. Y, sobre todo, me consta como de un libro que analizaría la experiencia peruana en materia de anulación de laudos, se ha convertido en un trabajo académico profundo que va mucho más allá de nuestras fronteras.

En efecto. A veces olvidamos (y ese es el típico mal peruano) que la Ley de Arbitraje peruana es, nos guste o no, hija de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL («Ley Modelo») y que, en tal sentido, no es correcto interpretar nuestra ley desconectada de los antecedentes de esta Ley Modelo, como de la jurisprudencia y doctrina que, sobre su correcta aplicación, se ha escrito y se viene escribiendo día a día a lo largo y ancho del mundo. Recordemos que, según la propia UNCITRAL, a la fecha en que escribo estas líneas, la Ley Modelo ha sido adoptada, en todo o en parte, en 83 estados.

Pero, además, como el excelente trabajo de Gino trata de la anulación de laudos, necesariamente tiene que analizarse la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en el año 1958 (más conocida como la «Convención de Nueva York»), ya que las causales de anulación de laudos establecidas en nuestra Ley de Arbitraje (que son UNCITRAL), han sido adoptadas a partir del artículo V de la Convención de Nueva York. Este Tratado del que a la fecha de estas líneas forman parte 164 estados, goza de un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal que, necesariamente, una vez más debe ser considerado al momento de interpretar nuestra ley de arbitraje.

Gino se ha esforzado en esa tarea, lo que es encomiable, porque la verdad sea dicha, la mayoría de autores que escriben acerca de nuestra ley peruana de arbitraje, «olvidan» a la Ley Modelo y a la Convención de Nueva York, pretendiendo «peruanizar» su interpretación y, con ello, se termina desnaturalizando nuestra ley de arbitraje. Lo mismo está sucediendo con los fallos judiciales, en los que raramente se apela a estas dos fuentes esenciales internacionales y, en cambio, se reduce a doctrina y teorías locales, muchas veces pobremente justificadas.

El lector encontrará en este trabajo un análisis pormenorizado y profundo. Partiendo del análisis de qué es un laudo (capítulo I) que, como sabemos, no se encuentra definido en la Convención de Nueva York, en la Ley Modelo ni en nuestra Ley de Arbitraje, Gino nos lleva en seis capítulos a tratar con profundidad los aspectos procesales de la anulación (capítulo II), el ámbito del control judicial (capítulo III), el análisis de las causales (capítulo IV), los efectos de la anulación (capítulo V) y la existencia de lo que denomina «causales adicionales» y otras vías que, desgraciadamente, existen fuera del campo arbitral en diversas jurisdicciones para atacar la validez y eficacia de los laudos (capítulo VI) y que, obviamente, perjudican la consolidación del arbitraje en nuestro país y en muchos países de la región.

Como en toda obra humana, siempre existirán diferentes puntos de vista. Reconozco que no comparto algunos de los planteamientos del autor. Pero también reconozco que Gino siempre ha tenido la apertura mental de escuchar, analizar, documentarse y, luego de ello, adoptar, con absoluta legitimidad, su posición académica. Ello hace aún más valioso este trabajo, porque es el resultado

de una profunda reflexión del autor. Estoy seguro de que todos quienes tengan la suerte de leer este trabajo, como ha sido mi caso, saldrán enriquecidos en sus conocimientos en una materia tan relevante como lo es la de anulación de laudos.

Enhorabuena Gino Rivas, tu inmenso esfuerzo y dedicación ha dado muy buenos frutos.

Fernando Cantuarias
Lima, julio 2020

NOTA INTRODUCTORIA DEL AUTOR

El arbitraje es mi obsesión. Una materia a la que dedico virtualmente toda mi energía, mis conocimientos y mi tiempo. Y dado que, de entre todas las cosas que hago, escribir es aquella actividad en la que soy menos malo, pues esta es la mejor forma en que puedo retribuir a dicho tema un poco a cambio de todo lo que me da.

Dentro del arbitraje, un tópico que es de especial interés para mi es el de la *impugnación* del laudo. Un tema en el que confluyen dos disciplinas distintas: el derecho procesal, dado que la declaración de invalidez de un laudo se hace por un juez dentro de un proceso judicial; y el arbitraje, pues el laudo es una expresión perteneciente a aquel.

Las cosas que vivimos y los caminos que seguimos tienen una indiscutible influencia en lo que decidimos hacer. En la práctica profesional no solo he visto arbitrajes —aunque así lo hubiese querido—, sino que también he litigado en procesos judiciales. Dicha práctica mixta ha derivado, me parece, en investigar un tema con la misma naturaleza.

No obstante, hablar de anulación del laudo es, en cierto modo, hablar también de todos los temas centrales del arbitraje; pues las causales de anulación los cubren. Temas como el convenio arbitral, la arbitrabilidad, la justicia procedimental en el arbitraje, entre otros, están necesariamente presentes porque constituyen fundamentos para cuestionar la validez del laudo.

Por consiguiente, este trabajo me ha sido particularmente enriquecedor. He leído, reflexionado y discutido sobre todos los aspectos nucleares del arbitraje. Ahora, sería iluso creer que tengo un dominio perfecto de todos ellos, pero este trabajo logra hacer una presentación decente de los mismos en el marco de evaluar las mencionadas causales de anulación.

Por otro lado, fuera del tema de fondo, esta obra llega luego de haber recibido enseñanzas cruciales en cuanto a la forma de investigar temas jurídicos. Todo ello gracias al profesor Leysser León Hilario —uno de los más prominentes académicos de Latinoamérica—; gracias a él comprendo la importancia del aprendizaje —investigar *es aprender*— en perspectiva histórica y comparada.

Porque investigar, *investigar de verdad,* requiere de apertura intelectual. Pasa por ampliar el panorama, por dejar de tener la nariz pegada al árbol y retroceder unos pasos para apreciar el bosque completo. Esa mejor perspectiva se logra a la luz del derecho comparado: aprender sobre las instituciones según cómo estas se han construido y desarrollado no solo en nuestras tierras, sino también en otras partes del mundo.[1]

Una investigación poco o nada aporta si es construida sobre una base de fuentes localista, *folclórica,* restringida a un puñado de textos de «doctrina nacional». Es necesario trascender las fronteras y consultar las fuentes primigenias —aquellas sobre las cuales se desarrollan las principales fuentes locales de consulta— y los últimos avances sobre los temas investigados —que pueden provenir de cualquier parte del mundo—. La investigación debe tener un talante *global*.

---

[1] La lectura comparativa debe, por lo menos, tomar en consideración a la experiencia de los países con una cultura más asentada de arbitraje (Europa, Estados Unidos, algunos países de Asia), así como a la de países vecinos, con los que compartimos cierta similitud en el tratamiento de las instituciones legales (Latinoamérica).

Asimismo, también quiero dar gracias al profesor José Carlos Fernández Rozas. La idea de este trabajo surge de una conversación que tuve con él a inicios de 2017. Esa conversación marcó un hito para mi en cuanto a los planes que tenía (y tengo) y la forma en que puedo llevarlos a cabo.

Esta obra también ha sido posible debido a la ayuda que recibí de diversos académicos. Por ello le doy gracias al profesor Fernando Cantuarias Salaverry, quien ha sido mi principal orientador en temas de arbitraje. Me parece increíble cómo algunas concepciones preliminares que tenía se veían liquidadas con las acotaciones del profesor Cantuarias, cuyo conocimiento de la materia es tremendo.

Muchas gracias para el profesor Julio Martín Wong Abad, por proporcionarme la valiosísima perspectiva del juez en estos temas. O, en todo caso, del arquetipo ideal de juez, pues el profesor Wong sabe tanto o más de arbitraje que muchos profesionales dedicados por completo a ese campo. Este trabajo equivaldría a mirar con un solo ojo si es que se ignorase la jurisprudencia y el punto de vista de los jueces.

Agradezco al profesor Renzo Cavani, por resolver mis dudas y ayudarme a entender la relación y cercanía —pero nunca identidad— entre proceso judicial y arbitraje. Y también al profesor Mario Reggiardo Saavedra, quien me dio una perspectiva pragmática de los temas investigados. Una contingencia de enfocarse en nociones teóricas está en la desconexión de la práctica; gracias a Mario dicho peligro no pasó de ser solo eso, un peligro. Gracias también a la profesora Elina Mereminskaya por despejar distintas dudas que tuve durante la etapa de investigación. Este trabajo contendría errores patentes de no ser por las invalorables respuestas que recibí de ella.

Además, agradezco a los profesores y abogados José María Abascal, Christian Aschauer, Aída Patricia Hernández Silva, Orlando Palominos y Nicolás Rosero. Sus acotaciones y respuestas a mis consultas fueron en extremo útiles para afinar esta investigación.

Para concluir, es necesario hacer una acotación obvia: este libro no busca presentar verdades incontrovertibles ni mucho menos; ya señaló Umberto Eco —a través de Guillermo de Baskerville en *El nombre de la rosa*— que «los libros no se han hecho para que creamos lo que dicen, sino para que los analicemos». Mi objetivo ha sido contribuir al análisis y discusión del arbitraje y la anulación del laudo; que sean otros quienes juzguen el acierto o desacierto de mis proposiciones.

Y bien, aunque podría escribir varias páginas más en esta presentación, decido dejarlo aquí. Como lector, solo he revisado el 0,01 % de las presentaciones escritas por el propio autor de los libros que han pasado por mi escritorio. Mal haría en presumir que esta introducción correrá mejor suerte; en todo caso, no la merece.

Lima, septiembre de 2020

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAA	*American Arbitration Association.*
Arbitration Act	Inglaterra, *Arbitration Act* de 1996
C.Com.	México, Código de Comercio
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)
Directrices IBA	Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014)
FAA	Estados Unidos, *Federal Arbitration Act* (Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos)
HKIAC	*Hong Kong International Arbitration Centre*
Iberoamérica	España, Chile, Colombia, México y Perú
ICC	Cámara de Comercio Internacional
ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
LAP	Perú, Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje
LACI	Chile, Ley 19.971, Ley sobre arbitraje comercial internacional
Ley 60/2003	España, Ley de Arbitraje
Ley 1563/2012	Colombia, Ley 1563/2012, de arbitraje
LCE	Perú, Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado
LCIA	*The London Court of International Arbitration*
LEC	España, Ley de Enjuiciamiento Civil
LMU	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas realizadas el 2006)
Principios ALI/UNIDROIT	Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional
Reglas CIAM	Reglas del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

Reglas IBA	Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional
Reglas ICC	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, modificado en 2017
Reglas UNCITRAL	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)
SAP	España, Sentencia de Audiencia Provincial
SIAC	*Singapore International Arbitration Centre*
SSC1	Perú, Sentencia de la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima
SSC2	Perú, Sentencia de la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima
STSJ	España, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	España, Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	España, Tribunal Constitucional
TCP	Perú, Tribunal Constitucional
Tratado CE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
VIAC	*Vienna International Arbitration Centre*
ZPO	Alemania, *Zivilprozeßordnung* (Código Procesal Civil)

«[Y] *por desgracia, hay que teorizar antes de actuar*».
Carlos Fuentes

CAPÍTULO I
CONCEPTOS PRELIMINARES

1. INTRODUCCIÓN

Analizar la anulación del laudo requiere manejar ciertos conceptos necesarios. Primero, la noción de arbitraje y de laudo arbitral; y segundo, las vías de tutela judicial relacionada al arbitraje.

Por un lado, un estudio de la anulación de X requiere, necesariamente, entender primero a X. Por ello, este capítulo iniciará con el desarrollo de los conceptos de laudo y de arbitraje, pues aquel pertenece a este. Se evaluarán tres temas centrales: la noción general de arbitraje; el laudo arbitral; y el esquema de control interno sobre el laudo (los pedidos poslaudo).

Por otro lado, la anulación del laudo constituye una vía específica del sistema de control judicial sobre el arbitraje. Es pertinente manejar una noción general de dicho sistema de control judicial y conocer sus principales manifestaciones concretas. Se trata de ubicar al proceso judicial de anulación de laudo en un entramado mayor y de entender su rol a comparación de las otras manifestaciones de control judicial sobre el arbitraje. Según lo expuesto, el capítulo abordará los caracteres generales del control judicial; y las manifestaciones comunes a nivel global (anulación y ejecución de laudo).

2. ARBITRAJE

2.1. Noción general

El arbitraje constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Para definirlo de forma precisa, podemos trabajar sobre los siguientes puntos: los conflictos que pueden ser arbitrados; la caracterización del arbitraje; y los aspectos centrales del mismo.

Conflictos susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje. No todos los conflictos pueden ser arbitrados. La noción de conflicto es, por sí misma, bastante amplia. Resulta necesario acotarla con relación al arbitraje, para determinar qué clases de conflictos sí pueden ser solucionados vía arbitraje.

Primero, los conflictos abordados son los *interpersonales.* Conflictos en los que dos partes confluyen en cuanto a intereses que son o se perciben antagónicos.[1]

En segundo lugar, estos conflictos interpersonales deben tener *trascendencia jurídica,* de ahí que controversias de otro tipo como las científicas o las religiosas quedan fuera.[2] Las disputas de trascendencia jurídica pueden involucrar problemas de hechos y/o problemas de normas.[3] Así, un conflicto de trascendencia jurídica podría ser incluso uno en el que las partes no cuestionen las

1 Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil* 17 (1974).
2 Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa* 17 (3d ed. 2000).
3 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978).

disposiciones normativas involucradas, sino solo la manera en que sucedieron los hechos; el arbitraje procede también sobre estos casos.[4]

Tercero, los conflictos deben versar sobre *materia arbitrable*. El arbitraje es un mecanismo cuyo alcance está restringido por los ordenamientos nacionales.[5] Al respecto, la LMU establece como causal de anulación de laudo que este se pronuncie sobre materia no susceptible de arbitraje.[6] En realidad, se trata de una causal de anulación virtualmente presente en todas las leyes de arbitraje.[7]

Ahora bien, este tema será desarrollado *in extenso* al momento de evaluar la mencionada causal de anulación.[8]

En resumen, por regla general, el arbitraje se enlaza a conflictos interpartes de trascendencia jurídica que versan sobre materia susceptible de ser arbitrada.

Caracterización del arbitraje. La caracterización del arbitraje se puede dar desde la Teoría del Conflicto y desde el Derecho Procesal.

Desde la Teoría del Conflicto, los conflictos pueden ser tratados de manera adversarial o cooperativa.[9] El enfoque adversarial se refiere a una confrontación entre las posiciones, que termina en la prevalencia de una por sobre la otra. Por contraste, el enfoque cooperativo pasa por buscar un consenso en cuanto al tratamiento del conflicto.

Al respecto, puede considerarse que el arbitraje tiene una naturaleza «híbrida».[10] Por un lado, es cooperativo porque el arbitraje requiere de una decisión de las partes de llevar el caso a arbitraje. Dicha decisión constituye un acuerdo relacionado al conflicto; en concreto, un acuerdo en cuanto a la forma en que el conflicto será resuelto. Por otro lado, el arbitraje es también adversarial en tanto que, luego del acuerdo de arbitrar, el arbitraje pasa a ser un procedimiento de confrontación. Las partes presentan y confrontan sus posiciones, en la búsqueda de que los árbitros elijan una por sobre la otra.

Desde el Derecho Procesal, los mecanismos de solución de controversias se clasifican bajo tres categorías distintas: la autotutela, la autocomposición, y la heterocomposición. Esta última es aquella en la que la solución es provista por un tercero ajeno a la controversia. Está presente un tercero, y este tercero es el que *impone* la respuesta ante la disputa.[11]

El arbitraje es un mecanismo de heterocomposición; más aun, se trata de un supuesto de heterocomposición privada.[12] En este, la solución es vinculante para las partes y es establecida por terceros (privados), terceros cuya designación queda a cargo de aquellas.

---

4 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 520 (4th ed. 2014).

5 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 944 (2d ed. 2014).

6 Art. 34(2)(b)(I).

7 A nivel Latinoamericano, Chile (art. 34(2)(b)(i) de la LACI), Colombia (art. 108.2.a. (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1457.II del C.Com.), Perú (art. 63.1.e) y 63.1.f) de la LAP), entre otros, reconocen dicha causal de anulación.

8 Ver 5. del capítulo IV.

9 María Cristina Cavalli & Liliana Graciela Quinteros Avellaneda, *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos* 37 (2010).

10 Javier La Rosa & Gino Rivas, *Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución* 116 (2018).

11 Luis Octavio Vado Grajales, *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos,* in D. Cienfuegos Salgado & M. C. Macías Vásquez (eds.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano* 369, 375 (2006).

12 Mario Reggiardo Saavedra, *Encuentros y desencuentros de la jurisdicción,* 20 Ius Et Veritas 237, 242 (2000).

Los aspectos centrales del arbitraje. Según Jarroson, son tres los factores centrales que componen el arbitraje: árbitros; una controversia de trascendencia jurídica; y un laudo obligatorio para las partes.[13] Sobre ello, consideramos conveniente hacer expreso un elemento más —que está implícito en la noción de Jarroson—: el acuerdo de arbitrar. Luego, tendríamos los siguientes factores:

- La controversia. Esta ya fue desarrollada previamente. Se trata, recordemos, de una controversia con trascendencia jurídica, sea que verse sobre hechos y/o sobre derecho.

- El acuerdo de arbitrar. Las partes deciden *someter* la controversia a arbitraje. El arbitraje se legitima en el acuerdo para emplear dicho mecanismo.

- El árbitro. El arbitraje, como expusimos, es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias. En tanto heterocompositivo, involucra terceros; quienes son, precisamente, los árbitros. Estos están a cargo de establecer la solución para la controversia.

- El laudo. Este constituye la decisión final de los árbitros sobre la disputa, vinculante para las partes. Esto es indispensable porque de lo contrario se estaría frente a una opinión de valor referencial, y entonces el mismo no pondría fin a la controversia.

En síntesis, el arbitraje constituye un mecanismo de solución de controversias de relevancia jurídica y sobre materia disponible. En esta, las partes acuerdan someter la disputa a árbitros, quienes resuelven la controversia mediante un laudo que es de obligatorio cumplimiento para las partes.

2.2. Laudo arbitral

2.2.1. Definición

El laudo arbitral es una decisión definitiva con relación a la controversia. El procedimiento arbitral está diseñado para *derivar* en un laudo,[14] de ahí que este signifique la conclusión de las actuaciones.[15] El laudo se constituye en el resultado propio del arbitraje, en su producto final.

El laudo es una decisión sobre la controversia material o sobre la competencia arbitral; final; y vinculante.

Decisión sobre la controversia material o sobre la competencia arbitral. El laudo es una decisión que puede recaer sobre la controversia material[16] o sobre la competencia del tribunal arbitral.

Por un lado, la noción tradicional de laudo concibe a este como un pronunciamiento sobre la controversia *material*. Tanto en instrumentos internacionales como en las normas nacionales un aspecto común del laudo es que resuelve un problema sustantivo, no un aspecto procedimental.[17]

---

13 Charles Jarroson, *La notion d'arbitrage* (1987).

14 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.01, 501 (6th ed. 2015).

15 Art. 32(1) de la LMU. En igual sentido, art. 32(1) de la LACI de Chile, art. 105 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 1449.1 del C.Com. de México y art. 60.1 de la LAP de Perú.

16 Vale notar que el laudo no es el único pronunciamiento que puede existir sobre el fondo de la controversia. Las decisiones sobre medidas cautelares también se pronuncian sobre el fondo y podrían no calificar como laudos.

17 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2923 (2d ed. 2014).

Dicha noción tradicional de laudo se denota en que las normas de arbitraje regulan las normas aplicables sobre el fondo de la controversia dentro de las disposiciones sobre el laudo. Ello se da, por ejemplo, en la LMU,[18] en leyes de Europa[19] y de Latinoamérica.[20]

Por otro lado, el laudo también puede consistir en una decisión arbitral sobre su competencia *(award on jurisdiction*). Es decir, el laudo puede no pronunciarse sobre la controversia material en sí, sino sobre un aspecto formal previo a la dilucidación de la sustancia de la disputa.

La importancia de que estas decisiones tengan la naturaleza de laudo se evidencia en las consecuencias que derivan de ello. En específico, sea que la decisión sobre competencia sea afirmativa o negativa, esta debe ser tratada como laudo.[21]

- Si la decisión de competencia es negativa, la naturaleza de laudo hace que esta sea *vinculante* para las partes. La parte discrepante no podría iniciar un nuevo arbitraje para intentar que un tribunal arbitral distinto sí considere que cuenta con competencia y así lograr obtener una respuesta sobre el fondo de la controversia.[22] Como cualquier otro laudo, este también puede ser impugnado.[23]

- Si la decisión de competencia es afirmativa, esta puede precisamente ser cuestionada en la vía judicial de anulación de laudo.

Decisión final. Es necesario definir el término «final», pues el mismo es polisémico y por ello puede derivar en confusiones.[24] Por decisión final nos referimos a que la misma produce efectos de *cosa juzgada*.[25] Dicha decisión, sea sobre el fondo de la controversia o sobre la competencia arbitral, no puede ser sometida a nueva discusión *en sede arbitral*.[26]

Decisión vinculante. El laudo es una decisión vinculante para las partes. Este es un carácter indispensable para hablar de un laudo arbitral. Si no fuese vinculante, entonces sería solo referencial, por lo que tendría el valor de una opinión legal, la que no califica como laudo. Luego, «una decisión que no sea vinculatoria o que esté condicionada a la aceptación de las partes no es laudo».[27] Este carácter es universalmente aceptado y está reconocido en virtualmente todos los instrumentos y leyes sobre arbitraje.[28]

2.2.2. Clasificación

El laudo puede clasificarse de diversas maneras.

---

18 Art. 28.

19 Art. 38 de la Ley 60/2003 de España, art. 1478 del *Code de procédure civile* de Francia y art. 46 de la *Arbitration Act* de Inglaterra.

20 Art. 28 de la LACI de Chile, art. 101 de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 1445 del C. Com de México y Art. 57 de la LAP de Perú.

21 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3019 (2d ed. 2014).

22 Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l 55, 64 (2004); Giacomo Marchisio, *The notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law and the UNCITRAL Model Law* 104-05 (2017).

23 Un tema controversial es si se puede cuestionar la decisión de los árbitros que declina de competencia. El control judicial sobre dicho tema es abordado en 7. del capítulo IV.

24 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3013 (2d ed. 2014).

25 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 24-17, 632 (2003). En Perú, la LAP reconoce ello expresamente (art. 59.2).

26 En el caso de las decisiones sobre el fondo de la controversia, estas tampoco pueden ser discutidas en sede judicial.

27 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 856 (4th ed. 2014).

28 Por todos, la Convención de Nueva York y la LMU (art. 35(1)).

Según la naturaleza del pronunciamiento. El laudo puede ser una decisión sobre el fondo de la controversia (*award on the merits*) o sobre la competencia (*award on jurisdiction*).[29]

Según su ubicación en el procedimiento arbitral. El laudo puede constituir el último pronunciamiento sobre la controversia (laudo final)[30] o puede resultar un pronunciamiento parcial (laudo parcial).

Precisamente, el laudo parcial es un pronunciamiento no completo sobre toda la controversia. Por distintas razones, puede ser conveniente que la controversia —o la competencia sobre la misma— sea resuelta de manera secuencial: ciertos aspectos antes que otros. Por ejemplo, el tribunal podría emitir un laudo sobre la competencia como laudo parcial, para luego pronunciarse sobre el fondo de la controversia en el laudo final. Así, los laudos parciales pueden servir para resolver primero cuestiones de competencia, ley aplicable, responsabilidad (reservando la cuantificación de daños para después).[31]

Según el lugar de su expedición. Desde la perspectiva de un ordenamiento nacional, los laudos pueden ser locales, emitidos dentro de su territorio, o extranjeros, emitidos fuera de su territorio. La distinción es especialmente significativa en el contexto del control y asistencia judicial sobre el arbitraje.[32-33]

Según los criterios aplicados para la controversia material. Los árbitros pueden resolver la controversia material en función a normas de derecho (laudo de derecho) o reglas de conciencia (arbitraje *ex aequo et bono*, laudo de conciencia).[34-35]

Según si la decisión proviene de los árbitros o de un acuerdo de las partes. Si bien es usual que el laudo consista en una decisión de los árbitros, este también puede recoger el acuerdo de las partes en torno a la controversia (*consent award*). Los *consent awards* están reconocidos en diversas leyes[36] y reglamentos.[37]

Ahora bien, un laudo por acuerdo es ciertamente peculiar en el esquema estructural del arbitraje. Según expusimos, el arbitraje es una manifestación de heterocomposición: son *otros*, sujetos distintos a los involucrados en el conflicto, los que resuelven la controversia. Sin embargo, en el laudo por acuerdo son las partes quienes establecen la decisión. Es decir, la naturaleza «contractual» del laudo por acuerdo descarta que exista un acto de adjudicación a cargo de un tercero.[38]

Un laudo por acuerdo devela una *superposición* de mecanismos alternativos de solución. Las partes llevaban un arbitraje, pero a la vez seguían algún mecanismo cooperativo de solución de disputas (negociación, mediación, conciliación, etcétera), y este último derivó en una solución —parcial o

---

29 Ver 2.2.1.

30 Aquí el término «final» debe entenderse como «último», no como «definitivo», pues todos los laudos, incluso los parciales, son definitivos.

31 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 24-19, 633 (2003).

32 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.29, 511 (6th ed. 2015).

33 Ver 3.2.2. para el tema de ejecución de laudos; ver 4.1.1. del capítulo II para el tema de anulación de laudos

34 Los laudos sobre competencia no pueden estar fundados en reglas de conciencia.

35 Ver 2.2.3.1.

36 Art. 30 de la LMU, § 1053 del ZPO de Alemania, art. 36 de la Ley 60/2003 de España, art. 51 de la *Arbitration Act* de Inglaterra, art. 30 de la LACI de Chile, art. 103 de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 1447 del C. Com de México, art. 50 de la LAP de Perú.

37 Art. 33 de las Reglas ICC, art. 26.9 del Reglamento de la LCIA, art. 36(1) de las Reglas UNCITRAL, art. 38 de las Reglas CCL.

38 Giacomo Marchisio, *The notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law and the UNCITRAL Model Law* 137 (2017).

total— para la controversia. Sobre ello, las partes insertan el resultado del mecanismo cooperativo, que en este caso es el acuerdo, dentro del arbitraje.

En nuestra opinión, el laudo por acuerdo no califica, en su sustancia, como un verdadero laudo. Se trata, en realidad, de dar la «envoltura» de laudo a una decisión convencional para la solución de la controversia. Envoltura que se permite por razones prácticas: el acuerdo puede beneficiarse del régimen de ejecución de laudos.[39]

2.2.3. Estructura

A nuestro criterio, el laudo puede esquematizarse en dos componentes. Por un lado, el componente esencial de la *decisión* sobre la controversia; y por otro, el componente accesorio consistente en la *motivación* del laudo.

2.2.3.1. Decisión

El laudo constituye, salvo casos de laudos de jurisdicción, en una decisión razonada sobre la disputa material. Una decisión que, salvo casos de laudos parciales, pone fin a la controversia. Luego, la decisión arbitral consiste en el otorgamiento o denegación de las pretensiones (*claims*); y se funda en reglas elegidas por las partes —directa o indirectamente—.

(A) Las disposiciones resolutivas del laudo

Poner fin a una controversia significa decidir en cuanto a lo que las partes pidieron en torno a ella. Consiste en dar respuesta a las pretensiones (*claims*) de las partes. Esta respuesta se da en tono imperativo,[40] es un *mandato*. En ese sentido, es acertado equiparar para este punto el rol del juez con el del árbitro: las decisiones que pueden emitir los jueces pueden ser también expedidas por árbitros.[41]

Ahora bien, los remedios disponibles para los árbitros —es decir, los remedios que los árbitros pueden ordenar— dependerán de la ley aplicable al caso concreto.[42] Es usual que el abanico de remedios incluya la ejecución forzada, resarcimiento, tutela declaratoria, regularización de situaciones contractuales, entre otros.[43]

En la tradición del derecho civil, podemos consultar las clasificaciones ensayadas para las decisiones judiciales para tener un mejor panorama en el caso de los laudos. Al respecto, es común que los *mandatos* judiciales se clasifiquen en mandatos declarativos, constitutivos y de condena. Los laudos pueden seguir dicha clasificación según lo que ordenen.[44]

(B) Las reglas aplicables para resolver la disputa material

Los árbitros resuelven la controversia en función a parámetros objetivos. Sus decisiones se fundan en reglas o criterios abstractos que se aplican al caso concreto. Las decisiones del árbitro no son

---

39 Jean-Marie Tchakoua, *Le Statut De La Sentence Arbitrale D'Accord Parties: Les Limites D'Un Deguisement Bien Utile*, 2002(7) Int'l Bus. L.J. 775, 784 (2002).

40 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.154, 553 (6th ed. 2015).

41 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 24-70, 649 (2003).

42 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.40, 515 (6th ed. 2015).

43 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 24-71, 650 (2003).

44 Marianella Ledesma Narváez, *Arbitraje y Jurisdicción* 195 (2010).

ajenas o diferentes a las que aplica cualquier otro operador para la dilucidación de problemas jurídicos.

Ahora bien, ¿qué conjunto de reglas debe aplicarse? En el arbitraje internacional, la pauta general es que la elección de la ley aplicable sobre el fondo de la controversia compete a las partes.[45] Es importante precisar que esta ley aplicable puede consistir en el conjunto de disposiciones jurídicas de un ordenamiento nacional específico, pero también puede ser —al menos para países que siguen el esquema de la LMU— un cuerpo no nacional de normas,[46] como por ejemplo los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

A continuación, un esquema referencial de las normas aplicables para el arbitraje internacional y para el arbitraje local. Dentro del mismo, podremos ubicar el rol del derecho aplicable o el de los criterios de conciencia (arbitraje *ex aequo et bono*) según lo elegido por las partes.

(i) Arbitraje internacional

En el arbitraje internacional las partes eligen el derecho aplicable al fondo de la controversia. Sin embargo, sería incompleto detener el análisis del tema en ello. El árbitro no solo resuelve según el derecho escogido por las partes, sino que puede —y en algunos casos *debe*— aplicar otras normas. A continuación, un esquema de prelación.[47]

Primero, los árbitros deben aplicar las normas de carácter *imperativo* pertinentes: las disposiciones de obligatorio cumplimiento del derecho escogido por las partes.[48-49] Además, en algunos casos puede ser necesario aplicar el derecho imperativo de otras jurisdicciones (como el derecho de la sede del arbitraje).[50]

Segundo, los árbitros deberían aplicar las disposiciones del contrato sobre el que surge la controversia.[51] Las disposiciones contractuales constituyen normas; reglas construidas por las partes para regular la relación específica que estas han constituido. Estas reglas prevalecen sobre el derecho aplicable —salvo normas imperativas— o los criterios de conciencia.

Que los árbitros deban aplicar los términos contractuales, *irrespectivamente* del derecho aplicable elegido, es algo no discutido —podría decirse que es hasta obvio—. Ello está reconocido en leyes[52] y reglamentos[53] de arbitraje. En esa línea, el esquema de UNCITRAL (LMU y Reglas UNCITRAL), que marca pauta a nivel internacional, consiste en aplicar los términos contractuales *antes* del derecho aplicable —salvo las normas imperativas— o de los principios de equidad.[54] El fundamento es que la voluntad de las partes es ley para estas: «el árbitro, sea o no de consciencia,

45 Art. 28(1) de la LMU.

46 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2755-58 (2d ed. 2014).

47 Esquema que presupone que las partes acordaron expresamente el derecho aplicable sobre el fondo (y no dejaron dicha elección al tribunal arbitral). La situación es más compleja cuando ello no se da.

48 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2707 (2d ed. 2014).

49 En algunos casos, no habrá disposiciones «imperativas» del derecho escogido. Ello se puede dar cuando las partes escojan un cuerpo no nacional de normas, o cuando el arbitraje sea *ex aequo et bono*.

50 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2709 (2d ed. 2014).

51 Naturalmente, existirán casos en los que no habrá contrato base, pues la controversia podría versar sobre cuestiones extracontractuales (p. ej. responsabilidad extracontractual).

52 Art. 28(4) de la LMU, art. 34.3 de la Ley 60/2003 de España, art. 28(4) de la LACI de Chile, art. 101 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 1445 del C. Com de México, art. 57.4 de la LAP de Perú.

53 Art. 35(3) de las Reglas UNCITRAL, art. 21(2) de las Reglas ICC.

54 Para el arbitraje *ex aequo et bono*, se precisa que los árbitros pueden ignorar las normas legales aplicables —salvo las imperativas—, pero no el contrato entre las partes (Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 18-88, 471 (2003)).

no puede dejar de lado la voluntad de las partes e imponerles su propia voluntad o la voluntad de una sobre la otra».[55]

Tercero, los árbitros deben aplicar el derecho aplicable al fondo de la controversia y/o los criterios de equidad. Aquí se produce la bifurcación entre laudos de derecho y laudos de conciencia.

Al respecto, es pertinente hacer una breve definición del arbitraje *ex aequo et bono*. Significa que el tribunal arbitral resuelve a la luz de sus criterios de justicia y equidad. Aquí, el tribunal no está limitado a seguir un específico sistema normativo o ciertas concretas reglas de derecho.[56-57]

Sobre ello, el acuerdo de las partes puede derivar en distintos escenarios. Nuestra opinión sobre los principales:

- Si las partes pactaron un derecho aplicable al fondo de la controversia, será ese el que deberá aplicarse.

- Si las partes establecieron que el arbitraje es *ex aequo et bono* y no pactaron un derecho aplicable al fondo de la controversia, entonces los árbitros deberán resolver bajo sus criterios de justicia.

- Si las partes pactaron un derecho aplicable al fondo de la controversia y *a la vez* autorizaron a los árbitros a resolver *ex aequo et bono*, entonces podría sostenerse que los árbitros deben aplicar el derecho pertinente, pero podrían calibrar o variar el resultado obtenido a la luz de sus criterios de justicia.[58]

Cuarto, los árbitros pueden toman en cuenta los usos mercantiles pertinentes. Ciertas leyes[59] y reglamentos[60] reconocen ello. Naturalmente, el carácter de *soft law* de los usos mercantiles deriva en que su empleo esté supeditado a la ausencia de reglas provenientes de otras fuentes de derecho.

(ii) Arbitraje nacional

En el arbitraje nacional, la respuesta sobre cómo se determina el derecho para resolver la controversia —y el esquema de jerarquía entre disposiciones de distinto tipo— dependerá de lo que establezca el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje.

La libertad de las partes para elegir el derecho aplicable no siempre está presente. En Latinoamérica, por ejemplo, existen países que permiten a las partes elegir la ley aplicable (Costa Rica,[61] México),[62-63] pero otros establecen que necesariamente deberá aplicarse la ley nacional

---

55 Fernando de Trazegnies Granda, *Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia,* 12 Ius Et Veritas 115, 118 (1996).

56 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2771 (2d ed. 2014).

57 El árbitro podría aplicar derecho si lo considera pertinente, aun cuando el arbitraje sea *ex aequo et bono.* En el arbitraje doméstico peruano, la jurisprudencia reconoce ello (Lima, SSC2 237-2016, p. 27).

58 Aquí estamos aplicando la noción de *amiable compositeur* manejada en Suiza. «In Switzerland, for instance, *ex aequo et bono* is understood to mean the application of principles other than legal rules, while the concept of *amiable compositeur* requires the application of legal rules, but allows arbitrators to moderate the effect of such rules» (Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 3.190, 216-17 (6th ed. 2015).

59 Art. 28(4) de la LMU, art. 34.3 de la Ley 60/2003 de España, art. 28(4) de la LACI de Chile, art. 101 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 1445 del C.Com. de México, art. 57.4 de la LAP de Perú.

60 Art. 35(3) de las Reglas UNCITRAL, art. 21(2) de las Reglas ICC.

61 Art. 22 de la Ley 7727, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

62 Art. 1445 del C.Com. de México.

63 No queda claro, sin embargo, que ello permita a las partes elegir cuerpos no nacionales de normas.

(Chile,[64] Colombia,[65] Perú).[66] Además, un país podría no permitir arbitrajes domésticos de equidad.[67]

2.2.3.2. Motivación

(A) Presupuesto: delimitación de conceptos (motivación y razonamiento)

La motivación es la exteriorización de las razones que sustentan la decisión adoptada por el juzgador. Se trata de un discurso.[68]

Al respecto, es importante distinguir entre la motivación, como exteriorización de razones, y el razonamiento propiamente dicho. Así:

- El razonamiento (*análisis*)[69] consiste en el juicio lógico aplicado por los árbitros para decidir sobre la controversia. Es el hilo argumentativo que llevó como resultado a la decisión adoptada en el laudo.

- La motivación (*statement of reasons*)[70] es la exteriorización del razonamiento. Se presenta como un discurso. Así, es «el conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma».[71]

La distinción es importante, pues permite entender la naturaleza *instrumental* de la motivación.

Por un lado, el razonamiento de los árbitros para resolver el caso debe siempre existir. Los árbitros no pueden acordar lanzar una moneda y estimar o desestimar la demanda en función a si sale cara o sello. Las partes encargan a los árbitros a resolver *aplicando su juicio.*

Por otro lado, la motivación puede o puede no estar presente. La ausencia de motivación no significa ausencia de razonamiento; simplemente significa que las razones que derivaron en la decisión no han sido exteriorizadas.

---

64 El Art. 223 del Código Orgánico de Tribunales de Chile señala que el «árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley». Al respecto, se entiende que dicha decisión debe darse bajo el derecho chileno (Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 44 (Supplement 98, 2018)).

65 La Ley 1563/2012 de Colombia no señala nada expreso al respecto. Sin embargo, sus normas y jurisprudencia permiten concluir que contratos carentes de elementos extranjeros —desde la perspectiva colombiana— no pueden ser tratados bajo una ley distinta a la colombiana (Eduardo Zuleta Jaramillo, *National report for Colombia (2014 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 42 (Supplement 99, 2018)).

66 Art. 57.1 de la LAP.

67 Al menos en Latinoamérica, parece que el arbitraje de equidad sí está reconocido en las leyes de arbitraje. Chile (art. 223 del Código Orgánico de Tribunales), Colombia (art. 1 de la Ley 1563/2012) México (art. 1445 del C.Com.) y Perú (art. 57 de la LAP) lo reconocen expresamente.

68 Michelle Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* 17 (Lorenzo Córdova Vianello trans., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) 2006).

69 La traducción literal de «razonamiento» es *reasoning*. Sin embargo, en la práctica arbitral, dicho término es empleada para referirse a la motivación, y precisamente aquí estamos buscando diferenciar al razonamiento de la motivación (exteriorización del razonamiento).

70 En el idioma inglés, se emplean los términos de *reasons, reasoning* y *statement of reasons* para referirse a la motivación. Emplearemos solo el último, para evitar confusiones.

71 Michelle Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* 17 (Lorenzo Córdova Vianello trans., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) 2006).

(B) Naturaleza de la figura[72]

(i) Esquema general

En el arbitraje comercial, es un principio casi universal que el laudo debe contener una motivación *salvo pacto en contrario.*[73] La LMU[74] y las principales leyes de arbitraje de Europa[75-76] y Latinoamérica[77] van en ese sentido.

Dicha situación devela la naturaleza de la motivación en el arbitraje. No se trata de un elemento imperativo e indispensable del procedimiento arbitral;[78] y por lo tanto, tampoco integra el orden público procesal transnacional.[79] En realidad, se trata de un componente más dentro del ámbito de libertad de regulación de actuaciones de las partes.[80] El pacto de las partes sobre motivación se integra la relación partes-árbitros, relación que genera derechos y obligaciones para ambos lados;[81] y en ese marco:

- Las partes tienen un *derecho* a la motivación. Se trata de un derecho de naturaleza convencional. Así, las partes tienen derecho a recibir un laudo que resuelva sus disputas y que exponga las razones que sustentan las decisiones adoptadas.

- Los árbitros tienen una *obligación* de presentar una motivación.[82] Bajo la clasificación de obligaciones de la tradición del derecho civil, esta puede considerarse como una obligación accesoria; es decir, una obligación que depende de la principal.[83] Y es que no puede haber motivación de la decisión si no hay decisión.

(ii) Excepción (posible)

Un *posible* escenario de excepción para la no obligatoriedad de la motivación es el del procedimiento arbitral con múltiples instancias. En efecto, si las partes permiten que el laudo pueda ser apelado ante un órgano distinto, es necesario que el laudo incluya una motivación. Y es que, en caso

---

72 El análisis se centra en la motivación del laudo. Sin embargo, el laudo no es la única decisión que puede contar con motivación.

73 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3039 (2d ed. 2014).

74 Art. 31(2).

75 Alemania (§ 1054(2) del ZPO), Francia (solo para arbitraje internacional, el art. 1506 del *Code de procédure civile* reconoce que la regla de motivación del artículo 1482 es disponible por las partes), Inglaterra (art. 52(4) de la *Arbitration Act*).

76 En España, el laudo debe estar siempre motivado (art. 37.4 de la Ley 60/2003); en Francia sucede lo mismo para el arbitraje local (art. 1482 del *Code de procédure civile*).

77 Chile (art. 31(2) de la LACI), Colombia (art. 104.2 de la Ley 1563/2012, solo si las partes no tienen domicilio o residencia en dicho país), México (art. 1448 del C.Com.), Perú (art. 56.1 de la LAP).

78 Existen excepciones. Por ejemplo, en España, la motivación del laudo es obligatoria, salvo que se trate de una transacción con forma de laudo (artículo 37.4 de la Ley 60/2003). A nivel académico, se sostiene que el derecho constitucional a ser escuchado implica el deber de una corte de presentar las razones de su decisión; y que no existe razón alguna para recortar este aspecto (la motivación) en el arbitraje internacional (Sébastien Besson, *Arbitration and Human Rights,* 24(3) ASA Bull. 395, 400 (2006); entre otros).

79 Sixto Sánchez Lorenzo, *Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional*, 11(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 659, 666 (2018). En España, como veremos más adelante, la jurisprudencia denota que la motivación sí forma parte de su noción de orden público.

80 Naturalmente, el marco normativo puede sustraer este aspecto del control de las partes y establecer imperativamente que la motivación debe estar presente.

81 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 12-4, 276 (2003).

82 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 531-33 (4th ed. 2014).

83 Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* 116 (1983). En estricto, el término correcto es de prestación (prestación principal y prestación accesoria).

contrario, puede sostenerse que la revisión del órgano de segunda instancia sería ilusoria; ¿cómo apelar un laudo e indicar sus errores u omisiones si este carece de motivación?

En el derecho procesal de la tradición civil, no existe una posición uniforme en cuanto a si la motivación es necesaria para materializar el derecho de apelación.[84] Sin embargo, parece razonable considerar que la motivación facilita el control a cargo del órgano superior. Por lo tanto, aun si no fuese necesario, sería *muy conveniente* que se acuerde que los árbitros motiven cuando el procedimiento permite la apelación del laudo.

En cualquier caso, por regla general, este esquema no resulta aplicable al arbitraje,[85] pues el laudo suele ser definitivo y no susceptible de apelación.

(C) Funciones

La motivación del laudo cumple diversas funciones.

(i) Función central

En el derecho público, la motivación se enlaza al principio de interdicción de la arbitrariedad estatal.[86] Por ello, en el ámbito de solución de conflictos las sentencias judiciales deben estar motivadas.[87] Dicha lógica no es ajena al laudo: su motivación sirve como instrumento para descartar la arbitrariedad. El laudo que cuenta con motivación es «a safeguard against arbitrariness, private judgment or an irrational splitting of the difference».[88]

Así, la motivación satisfice el interés de las partes de saber por qué una ganó y la otra perdió. La decisión no puede calificar como arbitraria, pues mediante la motivación los árbitros *demuestran,* ante las partes, que aplicaron su juicio cognitivo y este derivó en el resultado adoptado.

(ii) Funciones complementarias

La motivación del laudo puede cumplir otras funciones adicionales, que no son intrínsecas a tal institución. Son, si se quiere decir, *externalidades* positivas.

Primero, la motivación sirve para dar garantías en cuanto a la aptitud y conocimiento de los árbitros para la resolución de dicho caso. Es decir, permite a las partes saber la «calidad» de justicia que reciben.[89] A través de la motivación, las partes pueden revalidar o modificar la percepción que tenían de los árbitros.

Segundo, la motivación de los laudos puede servir para fines pedagógicos. En el derecho procesal, se alude a una función *extraprocesal* de la motivación de los fallos judiciales, que entre otras

---

84 En contra: Michelle Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* 17 (Lorenzo Córdova Vianello trans., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) 2006). A favor: Gunnar Bergholtz, *Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas,* 8 Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho 75 (1990).

85 S. I. Strong, *Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy,* 37(1) Michigan J. of Int'l L. 1, 16 (2015).

86 El principio de interdicción de la arbitrariedad tiene amplio reconocimiento. En España, por ejemplo, está reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución.

87 Sentencia TCE 75/1988, de 25 de abril de 1988.

88 T. Bingham, *Reasons and Reasons for Reasons: Differences Between a Court Judgment and an Arbitration Award,* 4(2) Arbitration Int'l 141, 142 (1988).

89 S. I. Strong, *Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy,* 37(1) Michigan J. of Int'l L. 1, 19 (2015).

cosas sirve para educar a la ciudadanía en general sobre cómo se aplican las normas.[90] En el arbitraje comercial, el principio de confidencialidad impide que esta función pedagógica pueda desplegarse.[91] Sin embargo, no es inusual que algunos laudos sean difundidos (p. ej. las partes consienten ello) y proporcionen criterios o temas de discusión para la comunidad de practicantes de arbitraje.

2.3. Control interno del laudo

El control del arbitraje no se limita solo al control de los tribunales judiciales. *Dentro* del procedimiento arbitral, pueden establecerse diversos mecanismos para controlar el laudo, incluso mecanismos que se desarrollan antes de la emisión formal del laudo. A continuación, un análisis de los pedidos poslaudo; y los mecanismos de control preemisión.

2.3.1. Pedidos poslaudo

En líneas generales, el procedimiento arbitral concluye con la emisión del laudo. Una vez que el tribunal arbitral emite una decisión sobre la controversia, el arbitraje cumplió su cometido y no habría razón alguna para que este continúe. El laudo es final y vincula a las partes; nadie, ni el árbitro, debería poder modificarlo.[92]

No obstante, la mayoría de ordenamientos jurídicos contempla mecanismos para que las partes puedan requerir la subsanación del laudo. Es decir, emitido el laudo, este podría variar en algún extremo si el pedido de subsanación es considerado válido.

Este es un esquema de *autocontrol*. La evaluación del pedido está a cargo del mismo tribunal arbitral que emitió el laudo. La lógica detrás es que los árbitros puedan reparar sus propios errores. De esta manera, se reduce la necesidad de control judicial.[93]

En particular, el uso de pedidos poslaudo puede ser un requisito de procedencia para demandar la anulación de laudo en ciertos casos.[94] Esto es en la práctica una necesidad, pues en caso contrario estos pedidos «would be rendered toothless and moribund as there is simply no incentive for a disgruntled party to invoke [them]».[95]

---

90 Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales* 140-41 (2003).

91 Gino Rivas Caso, *La motivación de las decisiones arbitrales* 239 (2017).

92 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 892 (4th ed. 2014).

93 Manuel Aramburú Yzaga, *Comentario al artículo 58,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 659, 669 (2011).

94 Lo será en aquellos casos en el que el pedido poslaudo pueda revertir el vicio a ser invocado para eventualmente demandar la anulación del laudo.

95 *BLB and another v. BLC and others,* (2014) SGCA 40, § 110.

2.3.1.1. El esquema de la LMU

Bajo la LMU, después de la emisión del laudo, las partes pueden requerir la (A) corrección o la (B) interpretación del mismo; y además, pueden pedir la (C) emisión de un laudo adicional.[96] Todos estos pueden solicitarse en un plazo de 30 días desde la fecha del laudo.[97]

(A) Corrección del laudo

Si el laudo contiene un defecto «de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro similar»,[98] las partes podrán requerir su subsanación. En esencia, se trata de la rectificación de errores mecánicos; defectos inintencionados y producidos por alguna falla *en la redacción*. Por ejemplo, errores en sumas de cifras, en la descripción de los bienes (p. ej. se discute sobre bienes X y se orden la entrega de bienes Y), en la identificación de las partes, etcétera.

Luego, la corrección no puede emplearse para cuestionar errores —o, mejor dicho, *supuestos* errores— en el razonamiento del tribunal.[99] Por ello es que el control se restringe a casos patentes: «"slips" that are obvious on the face of the award».[100]

Para finalizar, bajo la LMU, la corrección puede hacerse de oficio por el tribunal arbitral.[101]

(B) Interpretación del laudo

Mediante el pedido de interpretación se puede solicitar la clarificación de algún extremo del laudo. Es decir, que el tribunal arbitral explique qué quería decir en dicho apartado.[102]

Esta aclaración es *instrumental*. El objeto de la figura pasa por despejar el extremo incierto y con ello la forma en que se ejecutará el laudo.[103] La interpretación, así, aporta un resultado útil: precisar de qué manera se dará cumplimiento a lo establecido en el laudo.

En principio, es razonable sostener que, si el propósito es clarificar aspectos relacionados a la ejecución del laudo, la interpretación debe restringirse a las partes decisorias del laudo, y no a su

---

96 «Artículo 33.- Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional
1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:
a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;
b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.
Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.
2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el apartado a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.
3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta 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 del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.
[…]».

97 *Id.*

98 *Id.*

99 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3126 (2d ed. 2014).

100 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.17, 575 (6th ed. 2015).

101 Art. 33(2) de la LMU.

102 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3142 (2d ed. 2014).

103 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.18, 575 (6th ed. 2015).

motivación.[104] Sin embargo, en algunos casos una sección de la motivación podría ser en puridad parte de los mdantos del laudo (p. ej. casos de mandatos de condena consistentes en un hacer específico (*specific performance*)).

El fundamento de la figura radica en que si el tribunal arbitral ha emitido un laudo ambiguo y por tanto con problemas para su ejecución, no ha realizado completamente su función.[105] El árbitro tiene la obligación de emitir un laudo ejecutable.[106] El tribunal arbitral no debería cesar en funciones mientras no logre dar una solución válida y *ejecutable* a la disputa de las partes.

Ahora bien, el pedido de interpretación no «reabre» el laudo para que los árbitros puedan volver a decidir al respecto. Los árbitros ya decidieron: la decisión no se modifica por la realización de la interpretación (y así la calidad de cosa juzgada siempre es observada).[107]

Para finalizar, bajo el esquema LMU, el marco predeterminado es que esta vía no esté disponible. Será necesario un acuerdo de las partes para hacerlo disponible (acuerdo expreso, remisión a reglamento que contempla el mecanismo).

(C) Emisión de laudo adicional

Si el laudo emitido por las partes es *infra petita,* las partes pueden solicitar la emisión de un laudo adicional que resuelve la cuestión o la fracción de la disputa pendiente. El fundamento es similar al de la interpretación: el tribunal arbitral no ha completado su mandato y por ello no ha cesado en funciones.

2.3.1.2. Particularidades en Iberoamérica

El esquema de la UML de pedidos poslaudo ha sido adoptado en Iberoamérica, con algunas variaciones materiales.

(i) España

España maneja un esquema de cuatro pedidos poslaudo (art. 39.1[108] de la Ley 60/2003): corrección, aclaración, complemento y exclusión. La norma establece un plazo de 10 días para plantearlos, contados desde la notificación del laudo.

104 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3144 (2d ed. 2014).

105 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3143 (2d ed. 2014).

106 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 539 (4th ed. 2014). El autor precisa que esta es una obligación de medios (mejores esfuerzos) y no de resultado.

107 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 889 (4th ed. 2014).

108 «Artículo 39.- Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.
1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:
a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.
c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.
d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje».

[a] Corrección

El pedido de corrección de la norma española refleja el pedido de corrección de la LMU. Se trata de subsanar errores de forma, sin permitir alterar el sentido del razonamiento o la decisión de los árbitros.

Al igual que la LMU, la Ley 60/2003 permite a los árbitros hacer correcciones de oficio.

[b] Aclaración

El pedido de aclaración refleja el pedido de interpretación de la LMU. La doctrina española coincide en que su ámbito es restringido.[109]

[c] Complemento

El pedido de complemento cubre casos de laudos *infra petita*. Cubre los mismos supuestos que la figura de laudo adicional de la LMU. Sin embargo, la norma española no consigna expresamente que ello deba darse mediante un laudo adicional. Es necesario ser precisos: la resolución arbitral que dispone la corrección, aclaración, complemento o exclusión del laudo debe cumplir con todos los requerimientos de forma del laudo.[110] La decisión estimatoria de un pedido de complemento integrará el laudo arbitral que fue cuestionado mediante dicho pedido.[111]

[d] Exclusión

El pedido de exclusión es una figura que no tiene correlativo en la LMU. Por un lado, esta cubre casos de laudos *extra petita* y *ultra petita*;[112] y por el otro, casos de inarbitrabilidad de la materia.[113] En ambos escenarios, el objetivo es evitar que el laudo sea anulado por tales motivos.[114]

(ii) Chile

El marco normativo de Chile es dualista. A nivel normativo, los pedidos poslaudo disponibles no son los mismos para el arbitraje local que para el arbitraje internacional.

En el arbitraje internacional, la LACI adopta fielmente el esquema de pedidos poslaudo de la LMU. En el arbitraje local, el artículo 182[115] del Código de Procedimiento Civil permite a las partes pedir la rectificación (corrección) o interpretación del laudo. El tribunal arbitral también podría

---

109 Jose María Alonso Puig, *Ley de Arbitraje, Artículo 38 [Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 775, 783 (2014).

110 Art. 39.4 de la Ley 60/2003.

111 Jose María Alonso Puig, *Ley de Arbitraje, Artículo 38 [Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 775, 784 (2014).

112 Mairina Cedeño Hernán, *La intervención judicial en el arbitraje en la Ley 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral,* 4(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 705, 724 (2011).

113 Ambos temas son analizados en el capítulo IV.

114 Jose María Alonso Puig, *Ley de Arbitraje, Artículo 38 [Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 775, 784 (2014).

115 «Art. 182. Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Podrá, sin embargo, a solicitud de parte, aclarar los puntos obscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.
Lo dispuesto en este artículo no obsta para que el rebelde haga uso del derecho que le confiere el artículo 80».

rectificar o aclarar el laudo de oficio (artículo 184[116] del citado código). La normativa de Chile sobre arbitraje local no concibe mecanismo alguno equiparable al laudo adicional.

(iii) Colombia

La Ley 1563/2012 adopta un esquema dualista. Para el arbitraje internacional, la norma sigue en esencia el esquema de la LMU y por tanto existen los pedidos de corrección, aclaración y de laudo adicional.

Para el arbitraje local, la Ley 1563/2012 contempla tres pedidos: aclaración, corrección y adición del laudo (artículo 39).[117] La citada ley no hace definición de dichos conceptos, pero el marco normativo de proceso judicial sí. En efecto, el Código General del Proceso regula y da contenido a las figuras de aclaración (artículo 285),[118] corrección (artículo 286)[119] y adición (artículo 287)[120] de las providencias judiciales. Dicho contenido es extrapolable al arbitraje.

- La corrección sirve para subsanar defectos formales, y va en la línea de su correlativo en la LMU.

- La aclaración se dirige a esclarecer algún extremo oscuro o impreciso de la parte decisoria del laudo, o de otros extremos que influyan en aquella.

- La adición va en la línea del pedido de complemento de España, pues cubre casos de laudos *infra petita*.

(iv) México

En México, el Código Comercial —norma monista— adopta fielmente el esquema de la LMU.

(v) Perú

Perú adopta un esquema normativo similar al de España. Cuatro pedidos poslaudo: rectificación, interpretación, integración y exclusión.[121]

---

116 «Artículo 184.- Los tribunales, en el caso del artículo 182, podrán también de oficio rectificar, dentro de los cinco días siguientes a la primera notificación de la sentencia, los errores indicados en dicho artículo».

117 «Artículo 39.- Aclaración, corrección y adición del laudo. Dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término».

118 «Artículo 285.- Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella.
[…]».

119 «Artículo 286.- Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.
[…]
Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella».

120 «Artículo 287.- Adición. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad
[…]».

121 Art. 58.1 de la LAP.
«Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.
1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

- El pedido de rectificación se dirige a corregir errores formales o materiales de cálculo, tipográficos, de transcripción y otros análogos.

- El pedido de interpretación se dirige a que los árbitros esclarezcan algún aspecto dudoso o ambiguo de la parte *decisoria* del laudo o de algún extremo que influya en la misma.

- El pedido de integración cubre casos de laudos *infra petita.*

- El pedido de exclusión cubre casos de laudos *extra petita* y *ultra petita*, y también casos de laudos que resuelven materia no arbitrable.

Por cierto, el tribunal arbitral puede de oficio disponer la rectificación interpretación o integración del laudo.[122]

La modificación que haga el tribunal arbitral por vía de alguno de estos pedidos poslaudo formará parte del laudo.[123]

2.3.2. Control ex ante

Las partes también podrían establecer esquemas de supervisión del laudo previo a su emisión formal. Una suerte de *quality control* dirigido a verificar que el laudo cumpla con ciertos estándares y no contenga defectos. Al respecto, el principal exponente de este sistema de control es la revisión del laudo a cargo de la ICC.[124]

El sistema, en esencia, consiste en la revisión de un *borrador* de laudo (en estricto, no se revisa el laudo pues este todavía no existe). Un sujeto distinto a los árbitros analiza el laudo y sobre ello la versión final podría diferir del borrador en función a las conclusiones que arroje el ente encargado de la revisión del borrador.[125]

---

a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje».

122 *Id.*

123 Art. 58.2 de la LAP

124 Reglas ICC, art. 34.
«Artículo 34
Examen previo del laudo por la Corte
Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte».

125 En principio, la revisión debería limitarse al plano formal. El control del fondo es procedente, siempre y cuando (i) el mismo no atente contra la exclusiva competencia del tribunal arbitral al respecto; o (ii) las partes hayan establecido un esquema especial en el que el tribunal arbitral no cuenta con competencia exclusiva para resolver el fondo.

Se considera que en un esquema de revisión preemisión del laudo como el de la ICC las ventajas superan a las desventajas.[126] Es, entonces, un mecanismo recomendable.

3. CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE. MARCO GENERAL

3.1. Caracteres generales del control judicial

El arbitraje, como cualquier otra institución, está sujeta a control estatal. En términos específicos, ninguna institución está exenta de control judicial. El sistema jurídico construye una estructura de vías para la supervisión de los actos con relevancia jurídica. Ello, naturalmente, incluye a los *negocios* jurídicos, esto es, actos con efectos jurídicos que surgen de la voluntad de los sujetos.[127]

El arbitraje representa la ejecución y materialización de efectos de un negocio jurídico (el convenio arbitral). El convenio arbitral es un negocio jurídico bilateral; y más en específico, un contrato. Luego, el arbitraje está, como los negocios jurídicos en general, sujeto al control de las cortes. Así, el fundamento del control judicial sobre el arbitraje es el fundamento *común* para todas las instituciones jurídicas: el Estado establece un sistema de supervisión en el que aquel se asegura del «buen funcionamiento» de las instituciones.

El arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes de que sean particulares (árbitros) y no jueces los que resuelvan sus controversias.[128] Naturalmente, que las partes no deseen la intervención de los jueces no hace que el acto esté libre de control alguno.

Ahora bien, por regla general este control sobre el arbitraje tiene naturaleza *ex post*.[129] Las cortes suelen desplegar su labor supervisora después de que haya concluido el arbitraje. El fundamento de esto radica en no interferir u obstruir el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

Resultaría contradictorio que, cuando las partes optaron por arbitraje, sea un juez el que defina primero si, por ejemplo, los árbitros tienen competencia para resolver el caso. Tal esquema normativo forzaría a las partes a acudir a las cortes cuando eso es exactamente lo que buscaban evitar.[130] Por ello es que se construyeron nociones como el principio de competencia-competencia, para no frustrar la decisión de las partes de ser atendidos en sus problemas por árbitros.

3.2. Manifestaciones concretas

El control judicial sobre el arbitraje se va a manifestar mediante vías concretas. Estas vías, por cierto, no necesariamente deben ser vías *especiales* para el arbitraje. Por ejemplo, un ordenamiento jurídico de tradición del derecho civil podría optar por someter la nulidad del laudo a las reglas generales de nulidad del negocio jurídico.

Ahora bien, las vías judiciales para controlar al arbitraje podrían variar según cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, virtualmente todos los ordenamientos jurídicos que reconocen al arbitraje regulan un proceso de anulación de laudo, y un proceso de ejecución de laudo.

---

126 Nigel Blackaby *et al*., *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.197, 567 (6th ed. 2015).
127 Leysser León, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos* 18 (2019).
128 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 95 (4th ed. 2014).
129 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1054 (2008).
130 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 54 (2013).

3.2.1. Anulación de laudo

La vía de control judicial clásica del arbitraje. Esta es desarrollada *in extenso* en este trabajo.

3.2.2. Ejecución de laudo

La vía de ejecución de laudo es una manifestación de asistencia y control judicial a la vez. Es una vía de asistencia porque mediante esta el Estado contribuye con la atribución de *executio* de los jueces para que el laudo arbitral logre materializar sus efectos en la realidad. Es una vía de control pues el Estado solo ejecutará el laudo que considere válido.

Aquí, es relevante hacer una distinción entre la ejecución de laudos arbitrales nacionales y laudos arbitrales extranjeros,[131] pues mientras el proceso para los primeros es relativamente sencillo, para los segundos la situación es mucho más compleja. Esto se denota en la extensión del margen de control dentro del proceso de ejecución. Así:

- Si el laudo ha sido emitido en la sede, el proceso de ejecución de laudo tenderá a contar con pocas causales para contradecir dicha ejecución.[132] En realidad, muchos ordenamientos incluso suelen tratar al laudo doméstico como si fuese una sentencia judicial local.[133] Y es que si ya existe una vía de control, que es la de anulación de laudo, parece redundante que el laudo se someta de nuevo a escrutinio en un proceso judicial de ejecución.

- Si el laudo ha sido emitido en el extranjero, el proceso de ejecución de laudo tenderá a desplegar un control más amplio. El fundamento es que las cortes del país deben evaluar si, para tal jurisdicción, el laudo merece ser reconocido y ejecutado.

Gracias a la Convención de Nueva York, existe cierta uniformidad y predictibilidad en la ejecución de laudos extranjeros a nivel internacional.[134] España y la mayoría de Latinoamérica integra este convenio.

3.2.3. Otras manifestaciones

Existe cierta uniformidad en cuanto a la existencia de los procesos de anulación y de ejecución de laudos a nivel internacional. Sin embargo, fuera de ese marco, los ordenamientos pueden concebir vías judiciales adicionales para cuestionar un laudo.

No es viable hacer una enumeración completa de dichas vías a nivel global. Sin perjuicio de ello, más adelante glosaremos las otras vías en Iberoamérica para cuestionar el laudo distintas a la anulación.[135]

---

131 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 11.18, 610 (6th ed. 2015).

132 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 26-14, 691-92 (2003).

133 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 1007 (1989).

134 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 26-21, 693 (2003).

135 Ver capítulo VI.

CAPÍTULO II
ASPECTOS PROCESALES DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de anulación de laudo (*annulment of award*) puede referirse, principalmente a:

- El proceso judicial de anulación de laudo. Esto es, un proceso en el que los jueces ejercen control formal sobre el arbitraje. Los jueces evalúan el caso y determinan si declaran o no la nulidad del laudo.

- La invalidez del laudo. La anulación del laudo es la declaración judicial que deja al laudo desprovisto de efectos.

En este capítulo, nos centraremos en el proceso judicial de anulación de laudo. En específico, los aspectos «formales» del proceso de anulación. Por otro lado, la anulación de laudo como declaración es desarrollada más adelante.[136]

2. DISEÑO LEGISLATIVO

Desarrollar los caracteres del proceso judicial de anulación de laudo conlleva un presupuesto implícito: el proceso judicial de anulación *existe*. Y sí, a nivel internacional, es imposible negar su presencia.

Sin embargo, a nivel teórico, nada impide que un ordenamiento pueda carecer de una vía judicial de anulación de laudo. Incluso, experiencias de ese tipo ya se han producido, como veremos en los siguientes puntos. Por ello, haremos una presentación de las principales opciones legislativas para la regulación de la vía de anulación del laudo y cómo se ha plasmado tal institución en Iberoamérica. Finalmente, evaluaremos la interrelación entre el proceso judicial de anulación y el proceso judicial de ejecución del laudo.

2.1. Opciones legislativas sobre el proceso de anulación de laudo

Un ordenamiento jurídico nacional puede tratar a la institución de anulación de laudo de distintas formas. El derecho comparado muestra que el propio punto de partida, la instauración (existencia) o exclusión (ausencia) del proceso de anulación, puede variar de país a país.[137] Sea como fuere, para el legislador existen tres opciones principales: no instituir una vía de anulación de laudo y prohibir que las partes puedan hacerlo; dejar a las partes la decisión de que exista un control judicial de anulación de laudo; o instituir una vía de anulación del laudo, que no pueda ser regulada por las partes.[138]

---

136 Ver 4. del capítulo V.

137 Manuel de Lorenzo, *La renuncia anticipada a la impugnación del laudo,* 27 Spain Arbitration Rev. 95, 97 (2016).

138 Las partes podrían establecer mecanismos de revisión del laudo dentro del procedimiento arbitral (p. ej. un «recurso de anulación» que es evaluado por otros árbitros), pero no pueden mediante su pacto habilitar a los jueces a evaluar si el laudo es válido o no pues dicha evaluación judicial está excluida por ley.

2.1.1. Exclusión legislativa del proceso

2.1.1.1. Concepto y fundamentos

El legislador puede optar por eliminar la vía judicial de anulación de laudo. Esto significa que el laudo no podría ser *invalidado* por la corte judicial. La exclusión significa, en específico, que la legislación no establece la vía judicial de anulación y que las partes no pueden generarla mediante acuerdo.

Esta fue la opción legislativa adoptada por Bélgica mediante la Ley del 27 de marzo de 1985.[139] Así, dicha norma modificó el artículo 1717 del *Code Judiciaire* de dicho país, añadiendo el siguiente párrafo a la misma:

> «Artículo 1717
> […]
> Las cortes belgas no pueden conocer una solicitud de anulación a menos que una de las partes de la disputa decidida en el laudo arbitral sea una persona física con nacionalidad belga o residente en Bélgica, o una persona jurídica formada en Bélgica o que tiene una sucursal o sede de operaciones ahí».[140]

La norma belga restringía el alcance de la anulación de laudo a arbitrajes en los que alguna de las partes fuese belga. A contrario, la judicatura belga no podía evaluar la nulidad de un laudo cuando ninguna de las partes tuviese un vínculo material con Bélgica (nacionalidad, residencia o una sede de operaciones). Se trataba de una prohibición absoluta, pues las partes no podían acordar que las cortes belgas fuesen competentes para evaluar la anulación del laudo.[141]

A la luz de la experiencia belga, existen dos fundamentos centrales para adoptar esta opción legislativa: mantener e incrementar la prominencia del país como sede de arbitrajes internacionales y reducir el número de casos llevados innecesariamente ante las cortes.[142]

Asimismo, la decisión de suprimir la vía judicial de anulación armoniza con la teoría del arbitraje como un ordenamiento transnacional. En relación a la comentada experiencia belga, se señaló que «[a] transnational arbitration which takes place in Belgium is, after the final award, really transnational; it flows over the borders and loses contact with the country where it was brought to

---

139 A la fecha la norma vigente es el mismo *Code Judiciaire*, pero modificado por la Ley del 24 de junio de 2013. Según el vigente artículo 1718, si las partes no son belgas y no tienen relación con Bélgica, estas pueden acordar renunciar a la vía judicial de anulación de laudo, salvo para causales sobre orden público (Marc Dal, *National report for Belgium (2019)*, in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 52 (Supplement 104, 2019)). La exclusión imperativa del proceso judicial de anulación de laudo ya no existe.

140 Traducción libre al español.
Texto original:
«Article 1717
[…]
Les tribunaux belges ne peuvent connaitre d'une demande en annulation que lorsqu'au moins une partie au différend tranché par la sentence arbitral est soit une persone physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale constitutée en Belgique ou y ayant un siège quelconque d'opération».

141 Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 141 (1993).

142 J. M. Nelissen Grade, *The Annulment of Arbitral Awards in Belgium*, 5(11) Int'l Fin. L. Rev. 35, 35 (1986).

an end».[143] En efecto, puede sostenerse que un laudo «apátrida», sin conexión con algún país, no debería poder ser impugnado mediante el proceso de anulación de laudo.[144-145]

En esa línea, esta opción legislativa supone el fin al problema del «doble control» del laudo arbitral (proceso de anulación en la sede y proceso de ejecución en otro país).[146]

2.1.1.2. Consecuencias

La exclusión absoluta del proceso judicial de anulación de laudo nos lleva a enfocarnos en las consecuencias que tiene tal decisión en cuanto a otros medios de control del arbitraje. Y es que no hay mucho más que decir sobre la vía de anulación de laudo si esta no existe.

El enfoque pasa, entonces, al proceso de ejecución de laudo. Si el laudo ya no puede ser «atacado» mediante un proceso de anulación de laudo, al *award debtor* le quedará una sola vía: la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo.[147] En este punto, el análisis se divide en dos: consecuencias fuera de la sede y consecuencias en la sede.

(A) Consecuencias fuera de la sede

Para cualquier país distinto a la sede, que el laudo pueda o no anularse parece resultar inocuo. Esto porque el laudo solo surtirá efectos en el país distinto a la sede si se solicita la ejecución del mismo y esta solicitud es aceptada.

Ahora bien, en estricto, si la sede del arbitraje suprime la vía de anulación de laudo, esto tiene un impacto para la ejecución del laudo en el extranjero, al menos para los países que adoptaron la Convención de Nueva York. La Convención reconoce como causal de oposición a la ejecución que el laudo se haya anulado en el país de la sede.[148] Luego, esta causal de oposición desaparecía en la práctica cuando el laudo extranjero que se busca ejecutar fue emitido en un país que carece de la vía judicial de anulación.[149]

(B) Consecuencias en la sede

Para la sede, las consecuencias de la exclusión de la vía judicial de anulación de laudo varían en función a los efectos que se le reconozcan al laudo en la sede y la estructura de control judicial existente sobre el mismo (estructura que contempla al menos una vía de control distinta al proceso de anulación: el proceso de ejecución).[150] A continuación, los principales escenarios posibles:

---

143 Marcel Storme, *Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration*, 14(8) Int'l Bus. Lawyer 294, 295 (1986).

144 Roman Mikhailovich Khodykin, Chapter 16: National Court Review of Arbitration Awards: Where Do We Go From Here?, in S. Brekoulakis, J. D. M. Lew & L. Mistelis, *The Evolution and Future of International Arbitration* 269, 273 (2016). El autor glosa esta posición, no la comparte.

145 Vale notar, por cierto, que si un laudo es anacional, las cortes de ejecución podrían considerar que la Convención de Nueva York no es aplicable a ese laudo (Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin,* 30 International and Comparative L. Quarterly 358, 376 (1981)).

146 Ver 2.3.1.

147 Filip De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, 12(1) Northwestern. J. of Int'l L. & Bus. 48, 74 (1991).

148 Art. (V)(1)(e).

149 Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 143 (1993).

150 Ver 3. del capítulo I.

- El laudo surte efectos en la sede de manera automática. No es necesario seguir un proceso judicial para su reconocimiento. Naturalmente, para su ejecución será necesario seguir un proceso judicial de ejecución de laudo. En función al proceso de ejecución, existen dos subescenarios:

    - El proceso de ejecución contiene un espectro de causales de oposición equivalente al de la Convención de Nueva York. Como referencia, en Suiza, que establece la libertad de las partes de renunciar anticipadamente a la vía judicial de anulación, el mencionado pacto de renuncia deriva en que la Convención sea aplicable por analogía a la ejecución del laudo dentro de Suiza.[151]

    - El proceso de ejecución contiene un espectro de causales de oposición menor al de la Convención de Nueva York. Esta fue la opción adoptada por Bélgica, pues la ejecución del laudo solo podía ser rechazada en función a las causales de inarbitrabilidad y transgresión al orden público.[152-153]

- La ley de la sede no le reconoce efectos automáticos al laudo. Es necesario, en la sede, seguir un proceso judicial de reconocimiento y ejecución para que el laudo surta efectos en la sede y sea ejecutado.[154] En función al proceso de ejecución, existen dos subescenarios:

    - El proceso de ejecución contiene un espectro de causales de oposición equivalente al de la Convención de Nueva York.

    - El proceso de ejecución contiene un espectro de causales de oposición menor al de la Convención de Nueva York.

En resumen, para la sede, la supresión del proceso de anulación deriva en que el proceso judicial de ejecución del laudo asuma, en igual importancia, los roles de asistencia y control judicial del arbitraje.

2.1.1.3. Análisis crítico

La opción legislativa consistente en suprimir no parece ser recomendable. Su adopción genera diversos problemas y consecuencias negativas.

(A) Críticas generales

La eliminación por ley de la vía de anulación de laudo no armoniza con el principio de la voluntad de las partes y podría argumentarse que va contra la Convención de Nueva York. Además, se generarían problemas en cuanto a la predictibilidad en el comportamiento de la judicatura.

---

151 Art. 192.2 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.

152 Art. 1710.3 del *Code Judiciaire* (versión vigente en 1985).

153 J. M. Nelissen, *The annulment of arbitral awards in Belgium*, 5(11) Int'l Fin. L. Rev. 35, 36 (1986); Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 143 (1993).

154 Incluso, podría evaluarse si el laudo califica como vinculante para las partes si carece de reconocimiento y ejecución judicial. Si efectivamente el laudo no fuese vinculante, tal situación podría ser invocada como causal de oposición a la ejecución del laudo en el extranjero (Art. V(1)(e) de la Convención de Nueva York).

Primero, la supresión absoluta de la vía judicial de anulación frustra a las partes que *sí* desean un control judicial posterior mediante un proceso de anulación. Es razonable considerar que muchos litigantes querrán, en mayor o menor medida, alguna vía de control que permita invalidar el laudo. Luego, la comunidad arbitral se vería desinclinada a optar por una sede arbitral que careciese de control judicial de laudos arbitrales —control que permita invalidar el laudo—.[155]

En esa línea, una opción legislativa de este tipo puede resultar muy problemática cuando la elección de la sede no es realizada *directamente* por las partes. Si la elección es realizada por otro sujeto o institución, cualquiera de las partes podría cuestionar la validez de esa decisión bajo el fundamento de que su derecho fundamental a acceder a las cortes —para impugnar el laudo— ha sido recortado.[156] Esto, a su vez, también constituiría un factor que desincentiva que el sujeto o institución encargado de elegir la sede escoja al país que carece de proceso judicial de anulación como sede del arbitraje.

En segundo lugar, se puede argumentar que la supresión de la vía judicial de anulación afecta y vacía de contenido a un extremo de la Convención de Nueva York. Ya dijimos que esta reconoce como causal de oposición a la ejecución que el laudo se haya anulado en el país de la sede,[157] y dicha causal sea inaplicable si el laudo proviene de un país que eliminó la vía judicial de anulación.

Pues bien, puede interpretarse que, bajo la Convención, los países contratantes tienen el *deber* de poner a disposición una vía de anulación de laudo. Si todos los países contratantes suprimiesen la vía judicial de anulación, la causal sería ilusoria. Luego, puede sostenerse que tal vía debe existir.

Tercero, la eliminación de la vía judicial de anulación de laudo puede generar reacciones impredecibles en la judicatura. No puede descartarse que el *award debtor* busque otras vías judiciales para cuestionar el laudo en la sede; por ejemplo, en Latinoamérica, el *award debtor* podría recurrir a procesos judiciales de protección de derechos fundamentales (amparo, acción de tutela).[158] La respuesta de los jueces es impredecible, y no puede descartarse que acepten tramitar el cuestionamiento del laudo a través de una vía no diseñada para ello. Todo esto genera impredictibilidad.

(B) Críticas específicas

La supresión de la vía judicial de anulación de laudo tiene problemas adicionales en función a si la opción legislativa reconoce efectos al laudo de manera automática o si se establece que el laudo debe seguir un proceso judicial de reconocimiento para surtir efectos en la sede.

(i) Laudo que surte efectos de manera automática

Si el laudo, como es común, surte efectos desde su emisión y no hay vía judicial alguna para impugnarlo, surgen problemas cuando el laudo tiene defectos que dificultan su ejecución en la sede y su reconocimiento y ejecución en el extranjero.

Si el laudo adolece perceptiblemente de un vicio —por ejemplo, es evidente que el convenio arbitral es nulo—, el *award creditor* podría verse perjudicado por la ausencia de la vía judicial de

155 Hossein Abedian, *Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration. A Case for an Efficient System of Judicial Review*, 28(6) J. of Int'l Arbitration 589, 600 (2011). El autor se refiere al caso belga.

156 Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 142 (1993).

157 Art. (V)(1)(e).

158 Ver el capítulo VI.

anulación. Si el laudo es defectuoso, puede que ningún ordenamiento, incluso la propia sede, acepte su ejecución. *Y, sin embargo, el laudo sí surte efectos de cosa juzgada en la sede,* lo que impediría a la parte interesada iniciar un nuevo arbitraje a efectos de obtener una decisión arbitral sin defectos.[159-160]

Precisamente, aquí surge la figura del laudo fantasma (*ghost award*).[161] El laudo pone fin a la controversia de las partes a nivel formal, y sin embargo sus defectos lo hacen incapaz de materializar las decisiones adoptadas en el laudo. El proceso judicial de ejecución permitiría al *award debtor* oponerse a la ejecución del laudo, pero tal vía nunca podría invalidar el mismo. Esta nueva categoría de laudos añadiría impredictiblidad y reduciría el atractivo del país como sede de arbitrajes.

(ii) Laudo que requiere reconocimiento judicial para surtir efectos en la sede

Si bien es virtualmente inexistente en el mundo, nada impide que un ordenamiento judicial supedite los efectos del laudo a su reconocimiento judicial en la misma sede (*imprimatur*).[162] En estos casos, los problemas reseñados en el apartado previo no existirían, pero a cambio se generarían severas ineficiencias.

En estricto, un marco normativo que establezca que el laudo no produce efectos hasta su reconocimiento judicial hace una *inversión* del esquema estándar. Es común que el laudo surta efectos desde su emisión pero que pueda ser invalidado mediante un proceso de anulación de laudo. Por contraste, aquí el laudo requeriría ser *validado* por las cortes judiciales para surtir efectos. Así, la vía judicial de reconocimiento y ejecución de laudo asume la misma tarea que la vía judicial de anulación, solo que en vez de discutir si el laudo debe ser declarado nulo, se discute si el laudo debe ser declarado válido.

Este marco normativo resulta muy ineficiente. Por un lado, surge la discusión de si el laudo podría ser ejecutado en el extranjero. Sí, la Convención de Nueva York puso fin al doble *exequatur* establecido en la Convención para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927; no obstante, si un ordenamiento establece que el laudo no surte ningún efecto, ni siquiera en la propia sede, hasta su reconocimiento, dicha situación podría servir como fundamento para oponerse a la ejecución del laudo bajo el artículo V(1)(e) de la Convención.[163]

---

159 Filip De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, 12(1) Northwestern. J. of Int'l L. & Bus. 48, 82 (1991); Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 160 (1993),

160 Aun cuando el laudo solo surte efectos de cosa juzgada en la sede, y por lo tanto nada impide a las partes intentar iniciar un nuevo arbitraje en otro país, lo cierto es que difícilmente ese arbitraje podrá concluirse de forma exitosa. Diversos obstáculos impiden ello. En primer lugar, si el convenio arbitral establece de manera expresa la sede, no habría nada que hacer; y aun si el convenio no estableciese de forma expresa la sede, el intentar iniciar un arbitraje en otro país podría verse frustrado por la parte «beneficiada» por la inejecutabilidad práctica del laudo ya emitido, esta podría oponer en el nuevo procedimiento una objeción por existencia de cosa juzgada, e iniciar otras acciones para lograr abortar el nuevo arbitraje.
En la práctica, la única forma de lograr iniciar un nuevo arbitraje requeriría que las partes celebren un nuevo convenio arbitral que establezca otra sede del arbitraje para sus disputas. Pero incluso en estos casos, no queda claro qué valor asignarían los nuevos árbitros al primer laudo (el laudo defectuoso).

161 Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 160 (1993).

162 Esta opción, si bien puramente teórica, es desarrollada aquí para tener un mejor panorama del tema bajo análisis.

163 El artículo V(1)(e) contempla como fundamento de oposición que el laudo no sea aún «obligatorio» (*binding*) para las partes. En cualquier caso, es razonable considerar que basta una provisión normativa que establezca que el laudo vincula a las partes y es de obligatorio cumplimiento desde su emisión para considerar que se satisface tal requerimiento (Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 10 (2016)). Si el laudo no surte efectos en la sede, es razonable sostener que el mismo no es obligatorio para las partes, no tiene efectos vinculantes para estas mientras no haya reconocimiento judicial en la sede.

Por otro lado, cualquiera de las partes podría iniciar un nuevo arbitraje en la sede. El primer laudo no sería obstáculo para el nuevo arbitraje, pues precisamente no surtirá efectos hasta que sea reconocido judicialmente; por lo tanto, es como si no existiese. Esta situación generaría impredictibilidad.

2.1.2. Existencia imperativa del proceso

Frente a la exclusión total del proceso de anulación del laudo se encuentra la opción legislativa de instituir una vía judicial de anulación de laudo «intocable». Esta existe imperativamente y las partes no pueden acordar renunciar a la misma o regular las causales que dan lugar a la nulidad del laudo.

La existencia imperativa del proceso judicial de anulación se fundamenta en no dejar ámbitos libres del control estatal. En realidad, se trata de un fundamento que aplica a las instituciones jurídicas en general.[164] El arbitraje no escapa a dicha lógica; incluso es un caso especial, pues el laudo es una decisión final, vinculante y con calidad de cosa juzgada. No parece razonable que una decisión vinculante emitida por un particular sea ajena al control de las cortes judiciales. Así, en palabras del juez Kerr sobre Inglaterra —pero plenamente aplicable a cualquier lado—:

> [T]here is virtually no body, tribunal, authority or individual in England whose acts or decisions give rise to binding legal consequences for others, but who are altogether immune from judicial review in the event of improper conduct, breaches of the principles of natural justice, or decisions which clearly transcend any standard of objective reasonableness. […]
>
> This system is our bulwark against corruption, arbitrariness, bias, improper conduct and —where necessary— sheer incompetence, in relation to acts and decisions with binding legal effects for others. No one having the power to make legally binding decisions in this country should be altogether outside and immune from this system. No one below the highest tribunals should have unreviewable legal powers over others.[165]

Desde otra perspectiva, puede argumentarse que permitir la inexistencia de la vía de anulación de laudo sería afectar el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la consecuente obtención de tutela jurisdiccional efectiva.[166] El Estado debe poner a disposición del ciudadano una vía que permita la supervisión judicial de cualquier clase de acto, incluyendo los laudos arbitrales.[167]

Además, algunos supuestos de anulación de laudo se justifican en fundamentos que trascienden la esfera de las partes involucradas. Por ejemplo, la inarbitrabilidad y el orden público. Parecería difícil, entonces, sostener que la vía de anulación de laudo no debe ser de obligatoria existencia —al menos para ciertas causales de anulación—.

---

164 Por ejemplo, en Perú se señala que «no existen islas exentas de control constitucional» (Sentencia TCP 358-2013-PA/TC, fundamento 8). Así, todas las instituciones deben observar las disposiciones generales establecidas en la Constitución peruana.

165 Michael Kerr, *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law,* 34(1) The Int'l and Comparative L. Quarterly 1, 15-16 (1985).

166 Faustino Cordón Moreno, *El Arbitraje de Derecho Privado: Estudio Breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* 258 (2005).

167 Sin embargo, como veremos en 2.1.3.3.(A), el derecho fundamental de acceso a la justicia no es absoluto, y es razonable sostener que las partes puedan, de forma voluntaria, excluir la posibilidad de cuestionar el laudo mediante un proceso de anulación.

2.1.3. Regulación convencional del proceso

El ordenamiento jurídico puede dar libertad a las partes para que estas definan si el laudo podrá ser llevado a un proceso judicial de anulación de laudo y qué causales podrán invocarse para requerir la nulidad.

2.1.3.1. Clasificación de supuestos

La regulación convencional de las partes sobre el proceso judicial de anulación puede estructurarse de varias maneras. El ordenamiento puede optar entre sistemas puros (posibilidad de suprimir totalmente la vía de anulación de laudo) o híbridos (libertad sujeta a límites), y además puede regular el alcance subjetivo del sistema.

(A) Sistemas puros e híbridos

(i) Sistemas «puros»

En los sistemas «puros», las partes deciden si podrán o no recurrir a la vía de anulación del laudo. Aquí hay dos supuestos concretos:

- Sistemas *opt in*, en los que, por defecto, las partes no pueden recurrir a la anulación del laudo. Será necesario el acuerdo de las partes para revertir tal esquema. Esta parece ser solo una opción teórica, pues no parece existir país alguno que la haya adoptado.

- Sistemas *opt out*, en los que, por defecto, las partes pueden recurrir a la anulación del laudo. Sobre ello, estas podrán acordar renunciar anticipadamente a cuestionar el laudo en vía de anulación. Este es el caso de Francia[168] y Rusia[169] (en ambos, solo para arbitrajes internacionales). Asimismo, también es el caso de Suiza,[170] Bélgica,[171] Colombia[172] y Perú[173] (en estos, cuando las partes carezcan de relación alguna con tales países).

Ahora bien, existen sistemas puros rígidos y puros blandos. El sistema puro rígido es aquel que solo da dos opciones a las partes: la exclusión total de la vía de anulación o su presencia en los términos establecidos por la legislación; es todo o nada, las partes no podría aumentar o reducir el ámbito de control judicial de la anulación. El fundamento radicaría en que la organización y estructura del proceso judicial de anulación es una cuestión de orden público, lo que impediría que las partes puedan diseñar un proceso de anulación *a la carta*.[174]

Un ejemplo de sistema puro rígido es Francia, que no permite a las partes una exclusión «parcial» de la vía judicial de anulación (exclusión de solo algunas de las causales de anulación).[175]

---

168 Art. 1522 del *Code de procédure civile*.
169 Art. 34.1 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de Rusia.
170 Art. 192 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.
171 Art. 1717 del *Code Judiciaire*.
172 Art. 107 de la Ley 1563/2012.
173 Art. 63.8 de la LAP.
174 Emmanuel Gaillard & Pierre de Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage,* 2 Cahier de l'arbitrage 263, § 118 (2011).
175 *Id.*

Por su lado, el sistema puro blando es aquel que permite a las partes una libertad total para diseñar el ámbito del control judicial en el proceso de anulación. Las partes podrían suprimir totalmente la vía de anulación de laudo, o podrían establecer un proceso limitado a ciertas causales, o incluso podrían establecer diversas causales, que superen por ejemplo el número de causales de anulación de la LMU. Un ejemplo de sistema puro blando es Suiza, pues su ley reconoce expresamente que las partes pueden excluir todas o solo algunas de las causales de anulación.[176]

(ii) Sistemas «híbridos»

En un sistema híbrido, la vía de anulación de laudo existe y no puede ser suprimida en su totalidad por las partes. En efecto, no es lo mismo excluir la vía judicial en su integridad que excluir solo alguna(s) de las causales.[177] Sobre dicha base, hay tres escenarios:

- Las partes pueden ampliar el ámbito de control de la anulación de laudo, pero no reducirlo.

- Las partes pueden reducir el ámbito de control de la anulación de laudo —sin poder llegar a eliminarlo—, pero no aumentarlo. Este es el caso de Suecia.[178]

- Las partes pueden ampliar o reducir el ámbito de control de la anulación de laudo —sin poder llegar a eliminarlo—. Este es el caso de Alemania.[179-180]

(B) Alcance subjetivo del esquema

Sea que se opte por un sistema puro o híbrido, el legislador podría restringir su alcance según a quiénes se permite regular la existencia y causales del proceso judicial de anulación.

- Alcance completo: el sistema de regulación convencional es permitido tanto para arbitrajes locales como para internacionales. Este es el caso de Alemania.[181]

---

176 Art. 192.1 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.

177 Bernardo Cremades Sanz Pastor & Alicia Martín Blanco, *El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España,* 3 Spain Arbitration Rev. 5, 8 (2008).

178 Sección 51 de la Ley de Arbitraje de 1999 de Suecia. La norma sueca permite a las partes excluir las causales de anulación de la sección 34 de la ley, pero las causales de la sección 33, sobre invalidez* no pueden ser objeto de pacto entre las partes.

* La sección 33 contiene tres causales: inarbitrabilidad, afectación al orden público y carácter escrito del laudo y firmado por los árbitros.

179 El ZPO no establece esto de forma expresa, sin embargo, se reporta que la jurisprudencia sí reconoce la viabilidad de un pacto de regulación salvo para las causales de inarbitrabilidad y afectación al orden público (Stefan Michael Kröll & Peter Kraft, *Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 - Application for Setting Aside,* in P. Nacimiento, S. Kröll & K. Böckstiegel (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 383, 387 (2d ed. 2015)).

180 En cuanto a los pactos que expanden el ámbito de regulación, su viabilidad parece haber sido reconocida por la Corte Suprema en una decisión de 2007 (*Bundesgerichtshof,* sentencia de 1 de marzo de 2007, ZB 7/06 (Disponible en 25(4) ASA Bull. 810 (2007)).*

* En el caso arbitral, las partes pactaron que luego de la emisión del laudo, cualquiera de ella tenía un mes para cuestionarlo; cuestionamiento que, todo lo indica así, se hacía bajo un nuevo juicio (Michael Wietzorek, *Chapter III: The Award and the Courts, Agreements on an Expanded Judicial Review of Arbitral Awards,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014,* at 343, 359-60 (2014)).

Sea como fuere, la decisión permite sostener que, para la *Bundesgerichtshof,* las partes pueden establecer una revisión completa sobre el fondo de la controversia —entre otras cuestiones más controversiales— (Reinmar Wolff, *Party Autonomy to Agree on Non-Final Arbitration?,* 26(3) ASA Bull. 626 (2008); entre otros).

181 Según expusimos antes, la validez de un pacto de regulación convencional no está expresamente reconocida en el ZPO, sino que es la jurisprudencia la que se ha pronunciado al respecto. Sobre ello, considerando que el marco normativo

- Alcance parcial: el sistema de regulación convencional es permitido solo para arbitrajes internacionales. Este es el caso de Francia[182] y Rusia,[183] y también fue, por un tiempo, el caso de Panamá.[184]

- Alcance restringido: el sistema de regulación convencional es permitido solo para arbitrajes entre partes que no tienen domicilio o nacionalidad en la sede. Este, por ejemplo, es el esquema adoptado por Bélgica,[185] Suecia,[186] Suiza,[187] Colombia[188] y Perú.[189]

Naturalmente, el marco legislativo podría establecer otra clase de filtros para definir quiénes pueden celebrar un acuerdo de regulación convencional del proceso judicial de anulación. Por ejemplo, en Rusia estos acuerdos solo están disponibles para arbitrajes administrados por una institución arbitral.[190-191] Por su parte, en Alemania se sostiene que los acuerdos solo pueden hacerse después de que las partes tengan conocimiento del vicio (si el vicio está en el laudo, el acuerdo solo podrá hacerse después de la emisión del laudo; si el vicio acaeció en una etapa previa al laudo, se el acuerdo podrá hacerse antes de la emisión del laudo).[192]

2.1.3.2. Pacto de regulación

Un factor central en el esquema de regulación convencional del proceso es el *pacto de regulación* del control judicial sobre el laudo. Este pacto es el vehículo convencional por el cual las partes ingresan a una figura procesal y hacen cambios en el ámbito de control judicial que ejercen las cortes (en este caso, sobre el laudo).

La naturaleza del pacto de regulación es discutible. En esencia, la cuestión a decidir es si este pacto de regulación es elemento integrante del convenio arbitral o no.

A nivel internacional, las legislaciones de arbitraje que permiten la regulación convencional no señalan de forma expresa cuál es la naturaleza del pacto de regulación. Las únicas excepciones son

---

alemán es monista, es razonable sostener que el pacto de regulación convencional está disponible para el arbitraje nacional e internacional.

182 Art. 1522 del *Code de procédure civile*.

183 Art. 34.1 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de Rusia.

184 Art. 36 del Decreto Ley 5, de 8 de julio de 1999 («Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior»). Tal disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Panamá mediante sentencia del 7 de octubre de 2005, pues esta consideró que tal norma atentaba contra la garantía fundamental del debido proceso.

185 Art. 1717 del *Code Judiciaire*.

186 Sección 51 de la Ley de Arbitraje de 1999 de Suecia. La norma sueca permite a las partes excluir las causales de anulación de la sección 34 de la ley, pero las causales de la sección 33, sobre invalidez* no pueden ser objeto de pacto entre las partes.
* La sección 33 contiene tres causales: inarbitrabilidad, afectación al orden público y carácter escrito del laudo y firmado por los árbitros.

187 Art. 192 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.

188 Art. 107 de la Ley 1563/2012.

189 Art. 63.8 de la LAP.

190 Art. 34.1 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional rusa.

191 Esto significa que el acuerdo de regulación convencional no está disponible para las partes que llevan un arbitraje *ad hoc*. Además, debe notarse que en Rusia las instituciones arbitrales requieren autorización gubernamental para administrar casos con sede en Rusia (Boris Romanovich Karabelnikov, *National Report for Russian Federation (2020),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 92 (Supplement 110, 2020)).

192 Stefan Michael Kröll & Peter Kraft, *Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside,* in P. Nacimiento, S. Kröll & K. Böckstiegel, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 383, 387 (2d ed. 2015).

Suiza y Rusia El artículo 192.1[193] de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza da a entender que el acuerdo se ubica *dentro* del convenio arbitral;[194] y sucede lo mismo con el artículo 34.1[195] de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de Rusia.

Si el acuerdo de regulación convencional es elemento integrante del convenio arbitral, el análisis del mismo se simplifica. Por el contrario, si el acuerdo de regulación convencional es un acuerdo distinto, entonces el tratamiento del mismo se vería sometido a otro conjunto de normas. Por ejemplo, bajo la tradición del derecho civil, los pactos que regulan la actuación judicial son considerados *convenciones procesales*, cuya regulación se rige bajo el derecho procesal civil.[196]

En cualquier caso, parece necesario que exista cierto margen de revisión judicial sobre el pacto de regulación convencional. Por ejemplo, un pacto fraguado y por lo tanto nulo no debe surtir ningún efecto.

2.1.3.3. Fundamentos

Los fundamentos para permitir la regulación convencional del proceso judicial de anulación de laudo pueden clasificarse según si la regulación convencional se dirige a suprimir o reducir el control judicial, o si se dirige a aumentar dicho control. Además, junto con los fundamentos pueden aparecer objeciones específicas que también merecen análisis.

(A) Fundamentos para esquemas que permiten reducir o eliminar el control judicial

(i) Fundamentos desde el punto de vista de las partes

El fundamento central de un esquema de regulación convencional es la libertad de las partes para solucionar sus asuntos y la naturaleza del derecho fundamental de acceso a la justicia.

El derecho de acceso a la justicia no es absoluto.[197] Naturalmente, la esencia de este derecho debe respetarse; a nuestro juicio, esta esencia consiste en que debe existir una vía judicial para que

---

193 «Article 192
1. Si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2».
Traducción libre al español:
«Si ambas partes no tienen domicilio, ni residencia habitual, ni establecimiento en Suiza, ellas pueden, mediante una declaración expresa en el convenio arbitral o en un acuerdo escrito ulterior, excluir todo recurso contra los laudos del tribunal arbitral; ellas pueden también excluir solo por una o algunas de las causales enumerados en el artículo 190.2».

194 Vale notar que la norma exige que el pacto sea expreso; es decir, claro, sin ambigüedad alguna y directo, pues la remisión a un reglamento que disponga la exclusión no califica como pacto expreso (Carl Ulrich Mayer, *Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss Private International Law Act,* 17(2) ASA Bull. 191, 199-200 (1999)). Es sólido considerar que el objetivo es evitar cualquier cuestionamiento en cuanto al alcance y verdadera intención de las partes al celebrar el pacto de exclusión.

195 «Article 34.- Application for setting aside of an arbitral award as exclusive recourse against it
1. Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs 2 and 3 of the present Article. The parties may by direct agreement in an arbitration agreement providing for administration of arbitration by a permanent arbitration institution provide for the arbitral award to be final. A final arbitral award may not be set aside. To the extent that the arbitration agreement does not provide for the arbitral award to be final, such award may be set aside by a court on the grounds provided in paragraph 2 of the present Article […]».
Versión no oficial en inglés disponible en http://www.kluwerarbitration.com

196 Ver P. E. Nogueira & R. Cavani (eds.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (2015).

197 ECtHR, *Berger v. France,* aplicación 48221/99, decisión de 3 de diciembre de 2002, § 30; entre otras. La Corte Europea de Derechos Humanos, por cierto, alude a un derecho a las cortes («right to a court»), del cual el derecho de acceso es solo un elemento integrante del mismo.

el sujeto afectado pueda tutelar sus derechos. Suprimir esta vía equivaldría a dejar indefenso al ciudadano.

Reconocer a las partes la *libertad* de sustraerse de dicho control no atenta contra la esencia del derecho de acceso a la justicia. En *Tabbane v. Switzerland,* la Corte Europea de Derechos Humanos evaluó el artículo 192 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, que permite a las partes excluir la vía de anulación. La corte consideró que la exclusión de la vía de anulación es solo una posibilidad abierta para las partes y que fortalece la libertad contractual de las partes.

> 34. Además, debe notarse que una parte, que no tenga domicilio ni residencia habitual ni establecimiento en Suiza, no está obligada a excluir todos los recursos; al contrario, ella puede libremente escoger la posibilidad ofrecida por el derecho suizo y renunciar válidamente a todo recurso ante un tribunal ordinario. La Corte estima que este medio ofrecido a las partes que no tienen vínculo con Suiza es proporcionado para reforzar la atractividad de Suiza en materia de arbitraje internacional y de reforzar el principio de libertad contractual de las partes.[198]

La mencionada corte concluyó que la restricción al derecho de acceso a las cortes era legítima y proporcionada,[199] y que por lo tanto no transgredía el artículo 6.1[200] de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En esa línea, es necesario tener presente la naturaleza del acto de demandar la anulación de laudo. Este acto *no es una obligación*, es un derecho. Así, cada parte decide si ejerce o no su derecho a impugnar el laudo.

Este derecho, como cualquier otro, no es ilimitado y absoluto. Para ciertas causales de anulación, el derecho a impugnar judicialmente el laudo puede perderse si la parte no hace una objeción oportuna dentro del procedimiento. Y si, al menos para ciertas causales, las partes pueden perder su derecho por inacción, parecería ilógico impedir que las partes puedan acordar restringir su derecho a impugnar.[201]

---

198 ECtHR, *Tabbane v. Switzerland,* aplicación 41069/12, decisión de 1 de marzo de 2016, § 34. Traducción libre al español. Texto original:
«34. De plus, il convient de noter qu'une partie, n'ayant ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, n'est nullement obligée d'exclure tout recours; bien au contraire, elle peut librement choisir de saisir cette possibilité qu'offre la loi suisse en renonçant valablement à tout recours à un tribunal ordinaire. La Cour estime que ce moyen offert aux parties qui n'ont pas de liens avec la Suisse est proportionné au but de renforcer l'attractivité de la Suisse en matière d'arbitrage international et de renforcer le principe de la liberté contractuelle des parties».

199 ECtHR, *Tabbane v. Switzerland,* aplicación 41069/12, decisión de 1 de marzo de 2016, § 36.

200 «Artículo 6.- Derecho a un proceso equitativo
1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

201 Bernardo Cremades Sanz Pastor & Alicia Martín Blanco, *El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España,* 3 Spain Arbitration Rev. 5, 11 (2008). Los autores plantean este argumento para la causal del artículo 41.1.a) de la Ley 60/2003 (equivalente al artículo 34(2)(a)(I) de la LMU), pero su análisis es extrapolable a todas las causales del artículo 34(2)(a) de la LMU.

En verdad, si partes sofisticadas deciden de manera libre hacer excluir la vía de anulación de laudo, parecería difícil dar una razón para negarle efecto a tal decisión salvo casos excepcionales.[202]

(ii) Fundamentos desde el punto de vista del ordenamiento

Desde la perspectiva del ordenamiento, existen fundamentos para permitir la regulación convencional y también fundamentos para oponerse a la misma.

Por un lado, el permitir la regulación convencional contribuye a hacer atractivo al país como sede de arbitraje, permite a las partes descartar un doble control sobre el laudo y contribuye a la reducción de carga procesal de las cortes.[203] En cierto sentido, las razones son similares a las esgrimidas para implementar un modelo de exclusión imperativa del proceso judicial de anulación, solo que aquí se respetan los derechos de las partes, pues son estas quienes deciden si excluyen o no la vía judicial de anulación.

Por otro lado, existen argumentos que el Estado puede usar para justificar que la vía judicial de anulación de laudo no pueda ser objeto de regulación convencional.

Un Estado puede tener interés en el control judicial del laudo pues este es una decisión que las cortes deberán ejecutar si así es requerido por alguna de las partes.[204] El prestar la fuerza pública permite a un Estado considerar necesaria la existencia de un control judicial sobre el laudo.

Ahora bien, es necesario delimitar la fuerza de este argumento. El interés del Estado en el control judicial de laudos está justificado en la medida de que haya un interés público que proteger. Bajo el esquema de la LMU, en estricto, esto aplicaría solo para las causales de inarbitrabilidad y de afectación al orden público.[205-206] Las infracciones cubiertas por las restantes causales solo competen a las partes, pues no afectan a nadie más.

Asimismo, es necesario considerar que el interés público a proteger puede reducirse en función al grado de *desconexión* del caso con la sede. No es lo mismo un caso arbitral entre sujetos cuya patria es la sede que un caso en el que sujetos que carecen de vinculación con la sede discuten una controversia que tampoco tiene relevancia alguna para la sede. Puede decirse que cada Estado tiene solo el deber imperativo de proteger «sus» intereses, los de sus ciudadanos y sus intereses públicos; frente a extranjeros, el Estado puede dar la libertad a aquellos de excluir la vía judicial para la protección de sus derechos.[207]

---

202 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3368 (2d ed. 2014). Por casos excepcionales, entendemos a aquellos supuestos en los que se puede discutir si el consentimiento de las partes pueda calificar como un verdadero consentimiento; por ejemplo, en el ámbito de arbitraje deportivo, los jugadores pueden poco margen de decisión, como sucedió en el caso *Cañas v. ATP Tour* (Suiza, Corte Suprema Federal, 4P.172/2006, sentencia del 22 de marzo de 2007 (Disponible en 25(3) ASA Bull. 592 (2007))).

203 Suiza, Corte Suprema Federal, 4P.172/2006, sentencia del 22 de marzo de 2007 (Disponible en 25(3) ASA Bull. 592 (2007)).

204 Marte W. Knigge & Pauline L. F. Ribbers, *Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top,* 34(5) J. of Int'l Arbitration 775, 788 (2017).

205 Maxi Scherer, *The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage*, 32(3) Arbitration Int'l 437, 452 (2016).

206 Estas causales son evaluadas a detalle en 5. y 6. del capítulo IV.

207 Marte W. Knigge & Pauline L. F. Ribbers, *Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top,* 34(5) J. of Int'l Arbitration 775, 790 (2017).

Por cierto, el permitir a las partes sustraerse del control judicial de anulación constituye un paso a favor de la *deslocalización* del arbitraje.[208] Esto, a su vez, abona a favor de la teoría del arbitraje como un orden jurídico flotante y transnacional.[209] Un laudo «apátrida», sin conexión con algún país, no debería poder ser cuestionado mediante un proceso de anulación.[210]

Para finalizar, incluso los supuestos de renuncia total a la vía de anulación de laudo o reducción de causales puede justificarse en el hecho de que igual *sí existe un mecanismo de control,* que sería el del reconocimiento/ejecución del laudo.[211] Precisamente, países como Suecia,[212] Suiza,[213] Colombia,[214] Perú[215] establecen que si las partes excluyeron el recurso de anulación, la ejecución del laudo en la sede se rige bajo las reglas de ejecución de laudos extranjeros (que incluyen la oposición a la ejecución bajo las causales de la Convención de Nueva York). Naturalmente, según expusimos antes, la vía judicial de ejecución no puede invalidar el laudo, por lo que los efectos de cosa juzgada se mantendrán aun si el laudo adoleciese de vicios.[216]

(B) Fundamentos para esquemas que permiten aumentar el control judicial

Los acuerdos que disponen que el proceso judicial de anulación tenga un mayor ámbito de control parecen contar con menos objeciones que aquellos acuerdos que reducen o eliminan completamente las causales de anulación de laudo.

Una vez más, el fundamento general es dar mayor fuerza a la libertad de las partes. Si las partes desean que el laudo pueda invalidarse por más causales que las establecidas de forma predeterminada en la sede, no parece haber razón alguna para negar tal voluntad.

En estricto, un acuerdo convencional para aumentar el control judicial del proceso de anulación no puede calificar como un atentado contra el interés social o contra el propio interés de las partes. Aumentar las causales de anulación de laudo significa, obviamente, que las causales establecidas en la legislación se mantienen, por lo que el control judicial proyectado por el legislador se mantiene incólume.

Ahora bien, existen distintas objeciones que se han levantado al respecto. Primero, se puede considerar que permitir a las partes expandir el ámbito de revisión resulta perjudicial para el arbitraje. Esa es la posición adoptada en *Hall St. Assoc., L.L.C. v. Mattel Inc.:* «see the three provisions, §§9-11 [de la FAA], as substantiating a national policy favoring arbitration with just the limited review needed to maintain arbitration's essential virtue of resolving disputes straightaway».[217] En específico, se sostiene que permitir a las partes expandir el margen de revisión menoscaba el objetivo de uniformizar los estándares de control judicial de laudos, lo que a su vez reduce la predictibilidad de las decisiones judiciales sobre arbitraje.[218]

---

208 Ana Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial* 41 (2017).

209 Sobre la teoría del arbitraje como un orden transnacional, ver Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (2010); Julian D.M Lew, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration,* 22(2) Arbitration Int'l 179, 179-203 (2006).

210 Roman Mikhailovich Khodykin, *Chapter 16: National Court Review of Arbitration Awards: Where Do We Go From Here,* in S. Brekoulakis, J. D. M. Lew & L. Mistelis, *The Evolution and Future of International Arbitration* 269, 273 (2016).

211 Fabio Núñez del Prado, *El recurso de anulación de laudo y el derecho a patalear,* 71 Themis 13, 23 (2017).

212 Sección 51 de la Ley de Arbitraje de 1999 de Suecia.

213 Art. 192.2 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.

214 Art. 111.2 de la Ley 1563/2012.

215 Art. 63.8 de la LAP.

216 Ver 2.1.1.3.(B).

217 552 U.S. 576, 588 (2008).

218 *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration* § 4.21, 727-28 (Final Draft 2019).

En realidad, no queda claro cómo la limitación de la libertad de las partes para expandir el ámbito de revisión puede ser una política a favor del arbitraje. Reducir la libertad de las partes no beneficia al arbitraje, lo perjudica. Tampoco queda claro por qué el permitir a las partes aumentar el ámbito de revisión resultaría en impredictibilidad: aquellas partes que no asuman ningún pacto podrán tener la certeza de que el control de las cortes se ceñirá a lo estrictamente establecido en la ley.

Si existe algún margen de impredictibilidad, este será para las partes que adopten el pacto de regulación; es decir, *para aquellos quienes asuman expresamente el riesgo de impredictibilidad.* Precisamente, una política que favorece al arbitraje es dar mayor libertad a las partes, pues estas son capaces de manejar los riesgos que tal libertad conlleva.[219]

En esa línea, la armonización no es un objetivo absoluto. Bajo esa lógica, sería también recomendable eliminar la libertad de las partes para diseñar el procedimiento y establecer un único formato de procedimiento, pues así habría mayor armonización en la anulación de laudos por vicios procedimentales. La búsqueda de armonización no puede hacerse al costo de restringir la libertad de las partes.

En segundo lugar, se sostiene que permitir a las partes expandir el ámbito de revisión judicial podría borrar la distinción entre arbitraje y proceso judicial,[220] pues el primero podría llegar a tener un control judicial tal que en la práctica el juez asuma un rol de instancia de apelación. La expansión del ámbito de revisión judicial alteraría la propia noción teórica del arbitraje: «[expanded review would] bring arbitration theory to grief in post-arbitration proceedings».[221]

Este argumento se construye sobre una noción rígida del concepto de arbitraje.[222] La noción estándar de arbitraje es que los árbitros tengan competencia exclusiva sobre el fondo de la controversia; *pero esa no es una noción absoluta*. La verdadera esencia del arbitraje radica en la libertad de las partes para confiar a terceros la resolución del caso.[223] Esta confianza, en algunos casos, podría ser parcial: las partes podrían querer ir a arbitraje, pero temen que los árbitros se equivoquen en el fondo y no exista forma de revertir ello.

> Parties may want to arbitrate, but fear exactly this result: an award clearly wrong on the law or the facts, and therefore difficult or impossible to overturn because it is only subject to review for an abuse of process. Although preferring to arbitrate, these parties want a safety net of greater involvement by the courts to review an arbitral award.[224]

En suma, las partes podrían tener la voluntad de ir a arbitraje siempre que puedan pactar un ámbito de revisión judicial mayor que el establecido por la ley.

---

219 Roman Mikhailovich Khodykin, Chapter 16: National Court Review of Arbitration Awards: Where Do We Go From Here? in S. Brekoulakis, J. D. M. Lew & L. Mistelis, *The Evolution and Future of International Arbitration* 269, 285 (2016). El autor propone dar mayor libertad a las partes *sofisticadas.* Sin embargo, en estricto, la regla general en el arbitraje internacional es que las partes sean sofisticadas; cuestión distinta es el de ciertas partes en regímenes especiales como el arbitraje de consumo.

220 Margaret L. Moses, *Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards*, 20(3) J. of Int'l Arbitration 315, 317 (2003). La autora glosa dichos argumentos, no los comparte.

221 *Hall St. Assoc., L.L.C. v. Mattel Inc.*, 552 U.S. 576, 589 (2008).

222 Maxi Scherer, *The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage*, 32(3) Arbitration Int'l 437, 455 (2016).

223 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 1 (2013).

224 Margaret L. Moses, *Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards*, 20(3) J. of Int'l Arbitration 315, 315 (2003).

En tercer lugar, se alega que permitir a las partes añadir causales de anulación podría representar una alteración a la estructura del control judicial. En efecto, según expusimos al hablar de sistemas puros rígidos,[225] se puede argumentar que el esquema de revisión judicial constituye un marco normativo de orden público; se podría permitir que las partes renuncien totalmente al mismo, pero no se podría permitir que estas diseñen un proceso de anulación *a la carta*.[226]

A nuestro juicio, no queda claro qué perjuicio se genera por el hecho de que las partes pacten por un mayor control al establecido en la ley.

Por un lado, podría existir cierta sobrecarga para la judicatura si las partes «inventan» nuevas causales que son desconocidas bajo la ley de la sede.[227] Por ejemplo, en un arbitraje con sede en España las partes acuerdan que el laudo puede anularse si se incurre en alguna de las causales de *vacatur* de la FAA. Así, «expanded judicial review places federal courts in the awkward position of reviewing proceedings conducted under potentially unfamiliar rules and procedures».[228]

En ese sentido, sí sería atendible alegar que el diseño del control judicial de las partes altera la estructura del control judicial. A la luz del ejemplo glosado, es defendible argumentar que un juez no debe estar obligado a aprender y manejar un derecho distinto a la sede solo porque las partes dispusieron aplicar causales provenientes de dicho derecho.

Por otro lado, si las partes establecen un esquema expandido de control judicial que ya es dominado por los jueces, la situación no parece generar efectos negativos ni sobrecargas para la judicatura. Si las partes acuerdan añadir una causal de anulación sobre errores de derecho, es razonable considerar que un juez puede, sin necesidad de incurrir en esfuerzos excesivos, fungir como instancia de apelación en cuanto a cuestiones de derecho.

En cuarto lugar, se sostiene que permitir a las partes expandir el ámbito de control judicial derivaría en mayores costos para la judicatura. Mientras mayor sea el ámbito de revisión, mayor cantidad de esfuerzo y tiempo debe dedicar el juez al caso. No obstante, impedir a las partes acordar aumentar el ámbito de control judicial podría derivar en que estas ya no decidan ir a arbitraje, sino que resuelvan sus disputas en vía judicial, lo que al final genera mayores costos para la judicatura.[229] Claramente es más costoso para la judicatura resolver una controversia desde cero que limitarse a revisar la validez del laudo.

2.1.3.4. Análisis crítico

(A) Viabilidad de esquemas que excluyen o reducen el control judicial

¿Debe permitirse a las partes regular el ámbito de control judicial sobre el laudo? En nuestra opinión, la respuesta es *parcialmente* afirmativa: dicho pacto es viable pero solo para algunas causales.

---

225 Ver 2.1.3.1.(A)(i).

226 Emmanuel Gaillard & Pierre de Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage,* 2 Cahier de l'arbitrage 263, § 118 (2011).

227 Maxi Scherer, *The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage*, 32(3) Arbitration Int'l 437, 456 (2016).

228 *Bowen v. Amoco Pipeline Co.*, 254 F.3d 925, 935 (10th Cir. 2001).

229 Maxi Scherer, *The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage*, 32(3) Arbitration Int'l 437, 456 (2016).

(i) Análisis de sistemas puros

A nuestro juicio, permitir a las partes suprimir completamente el proceso judicial de anulación no es legalmente viable. Resultaría perjudicial para el arbitraje y para el ordenamiento jurídico que lo adopte.

La exclusión convencional de la vía de anulación de laudo derivaría, en la práctica, en que algunos laudos puedan transgredir el interés público sin que haya forma de revertir ello. Según expusimos antes, las causales sobre arbitrabilidad y orden público no solo tutelan intereses de las partes, sino también intereses de la sociedad en su conjunto. Precisamente, Suecia, que impide a las partes excluir las causales sobre arbitrabilidad y orden público, lo hace debido a que estas causales tutelan el interés público y/o de terceros.[230]

Más allá de si el laudo es ejecutado por las cortes, este desde su emisión surte efectos y constituye *res judicata*. Es decir, aun si el laudo transgrede el ámbito de materias arbitrables o viola el orden público, igual pone fin al conflicto entre las partes. Sería intolerable que no exista una vía judicial para invalidar todos los efectos de dicho laudo. Por ejemplo, un laudo que fundamente sus decisiones en criterios racistas o discriminatorios[231] no podría ser cuestionado pese a ser groseramente ofensivo para el ordenamiento jurídico.

Vale reiterar que el proceso judicial de ejecución de laudo puede derivar en que se deniegue la ejecución de los mandatos de condena del laudo, pero el carácter de *cosa juzgada* y las decisiones declarativas del laudo surten efectos de manera automática, y por lo tanto no pueden ser revertidas mediante el proceso de ejecución.

En suma, ningún ordenamiento debería permitir que un laudo que incurra en causales de anulación dirigidas a proteger el interés público pueda surtir efectos sin posibilidad alguna de que cualquiera de las partes pueda iniciar un proceso judicial de anulación de laudo.

(ii) Análisis de sistemas híbridos

Las objeciones contra un sistema de regulación convencional podrían reducirse si se postula uno híbrido, en el que la vía judicial sí exista y sea indisponible, y que las causales que protegen intereses públicos (arbitrabilidad y orden público) constituyan precisamente el ámbito no regulable. Las partes podrían pactar excluir las restantes causales.

Para determinar la viabilidad de un sistema híbrido como el propuesto, es necesario hacer un análisis individual de las causales que pasarían a ser «regulables». A continuación, un análisis de las causales de la LMU que podrían ser regulables.[232]

[a] Causal sobre convenio arbitral defectuoso

Son las partes las que deciden vincularse a arbitraje. En abstracto, no parece existir razón alguna para impedir que las partes puedan acordar excluir cualquier cuestionamiento con relación a la

230 Annette Magnusson, *National report for Sweden (2020),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 29 (Supplement 110, 2020).

231 Veamos: una de las partes es de un grupo étnico específico y el laudo considera que dicho grupo carece de credibilidad y por lo tanto las pruebas testimoniales de esa parte no generan convicción en absoluto.

232 Las causales serán analizadas *in extenso* en el capítulo IV.

validez de dicho convenio. Si las partes pueden renunciar tácitamente a cuestionar el convenio arbitral, no habría razón para vetar un acuerdo expreso en ese sentido.[233]

Naturalmente, las cortes sí podrían revisar la validez del pacto de regulación; de lo contrario, se generaría un espacio para actos ilegales sin control alguno.[234] Y es que si el convenio arbitral no puede ser revisado en absoluto, y el pacto de exclusión forma parte del convenio arbitral,[235] entonces *el pacto tampoco puede ser revisado*. Luego, cualquier sujeto podría hoy fraguar un convenio arbitral + pacto de regulación —que excluye la causal sobre validez del convenio arbitral— y llevar un arbitraje fraudulento. El sujeto afectado no podría cuestionar el convenio ni el pacto y quedaría indefenso ante la actuación ilícita.

Por lo tanto, no sería posible una exclusión absoluta de la causal de invalidez del convenio arbitral. La causal deberá existir para controlar el pacto de regulación. En particular, la parte afectada debe tener la oportunidad de probar que su consentimiento a dicho pacto adolece de algún vicio.[236-237]

En principio, esta revisión judicial se limitaría solo al pacto de regulación. Sin embargo, en la práctica podría recaer sobre (todo) el convenio arbitral. En algunos casos, cuando el pacto y el convenio estén en un solo documento, la invalidez del pacto de regulación podría derivar por fuerza en la nulidad de toda la cláusula arbitral. Por ejemplo, si se demuestra que el documento que contiene el pacto de exclusión es fraguado (firmas falsificadas) y ese documento en realidad contiene la integridad del convenio arbitral, entonces el convenio en sí deberá declararse inválido.

[b] Causal sobre debido proceso

En teoría, no existe razón alguna para negar a las partes la posibilidad de pactar la exclusión de la causal de afectación al debido proceso. Sin embargo, un problema práctico está en la cercanía de la noción de debido proceso con la noción de orden público.

En efecto, según veremos más adelante, el orden público tiene una vertiente procesal.[238] Las afectaciones al orden público procesal constituyen transgresiones especialmente graves al debido proceso. Así, existe un traslape entre la causal de debido proceso y la causal de orden público.[239] Ello significaría que todo caso de afectación al debido proceso que atente contra el orden público procesal no podría ser objeto de pacto de exclusión.

---

233 Bernardo Cremades Sanz Pastor & Alicia Martín Blanco, *El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España,* 3 Spain Arbitration Rev. 5, 11 (2008).

234 Si el pacto de exclusión no pudiera ser revisado por la judicatura, cualquier sujeto podría hoy fraguar un convenio arbitral + pacto de exclusión que vincula a otro sujeto y sobre dicha base llevar un arbitraje fraudulento. El sujeto afectado no podría cuestionar el convenio ni el pacto y quedaría indefenso ante la actuación ilícita.

235 Ver 2.1.3.2. El pacto de exclusión podría ser un elemento integrante del convenio arbitral, o podría no serlo, según lo que establezca la ley aplicable.

236 Nora Krausz, *Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6*, 28(2) J. of Int'l Arbitration 137, 150 (2011).

237 Vale notar que, precisamente, la Corte Europea de Derechos Humanos considera que la renuncia debe ser inequívoca (ECtHR, *Tabbane v. Switzerland,* aplicación 41069/12, decisión de 1 de marzo de 2016, § 30). En esa línea, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza establece que el pacto de reducción del control judicial debe ser expreso (artículo 192.1).

238 Ver 6.1.2.2. del capítulo IV.

239 El artículo 34(2)(a)(II), sobre debido proceso, se traslapa con el artículo 34(2)(b)(II), sobre orden público. Ello deriva del esquema de la Convención de Nueva York, en el que existe traslape entre el artículo V(1)(b) y V(2)(b) (Patricia Nacimiento, *Article V(1)(d),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 281, 282 (2010)).

El problema es que, en abstracto, no es viable lograr determinar cuáles son los puntos de no intersección entre ambos conceptos. Es decir, definir qué vicios procedimentales sí afectan el debido proceso, pero no el orden público procesal. Esto, naturalmente, resta predictibilidad al momento de excluir esta causal de anulación del control judicial.

En resumen, las partes no pueden excluir totalmente esta causal. Solo podrían excluir del control judicial a los vicios que afectan al debido proceso, pero no al orden público procesal.

[c] Exceso de autoridad

En estricto, no habría problema en que las partes acuerden excluir esta causal para la impugnación del laudo. Tal acuerdo significaría «una ampliación de la jurisdicción de los árbitros respecto de todas las materias arbitrables referidas a una relación jurídica determinada entre las partes».[240] En términos prácticos, el acuerdo arbitral carecería de límites. Todas las controversias entre las partes podrían ser resueltas por los árbitros.[241]

[d] Causal sobre infracción a reglas procedimentales o de composición del tribunal

En la mayoría de los casos, esta causal se traslapa con la causal sobre debido proceso,[242] lo que a su vez la puede enlazar con el tema de orden público procesal. La lógica es la misma que para la causal de debido proceso: el pacto solo cubriría infracciones procedimentales que no involucren a la vez una transgresión del orden público procesal.

Luego, en aquellos casos en que el supuesto bajo esta causal no se traslape con la causal de orden público, el pacto de las partes sería válido.[243] En efecto, si las partes establecen reglas convencionales para el procedimiento, no habría razón para que puedan acordar que el incumplimiento de dichas reglas no pueda ser invocado como fundamento para demandar la anulación del laudo.[244]

(iii) Análisis en función al alcance subjetivo

Según expusimos antes, un sistema que permita a las partes regular las causales de anulación puede tener un alcance completo (arbitrajes locales e internacionales), parcial (solo arbitrajes internacionales) o restringido (solo para arbitrajes en el que las partes estén desconectadas de la sede). La experiencia comparada demuestra que los ordenamientos que permiten a las partes excluir de manera total la vía judicial de anulación restringen dicha habilitación a partes de un arbitraje internacional (Francia, Rusia) o incluso solo a partes que no tengan vínculo de residencia, establecimiento o nacionalidad con la sede (Suiza, Colombia, Perú).

En primer lugar, debemos recordar que en ningún caso las partes podrán hacer una exclusión total de la vía judicial de anulación. Sean las partes locales o extranjeras, ciertas causales de anulación tutelan intereses públicos (inarbitrabilidad, afectación al orden público), por lo que la vía judicial de anulación deberá existir siempre al menos para esas causales.

---

240 Bernardo Cremades Sanz Pastor & Alicia Martín Blanco, *El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España,* 3 Spain Arbitration Rev. 5, 11 (2008).

241 Naturalmente, los árbitros deberán cuidarse de respetar el debido proceso.

242 Ver 4.2.1.2. del capítulo IV.

243 Bernardo Cremades Sanz Pastor & Alicia Martín Blanco, *El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España,* 3 Spain Arbitration Rev. 5, 11 (2008).

244 A primera vista, parecería que el pacto de exclusión de esta causal carece de sentido, ¿para qué establecer una regla cuyo incumplimiento no será sancionado? Sin embargo, en algunos casos las partes podrían considerar adecuado establecer reglas y sin embargo considerar que el incumplimiento no justifica que se anule el laudo.

Sobre dicha base, consideramos que las partes, sean de un arbitraje local o internacional, deberían tener la libertad de excluir las restantes causales. Bajo el esquema LMU, y según expresamos antes, la exclusión podría recaer sobre las causales del artículo 34(2)(a):

- Causal del artículo 34(2)(a)(I) sobre validez del convenio arbitral. Sin embargo, la exclusión podría ser solo parcial si el pacto de regulación integra el convenio arbitral. Las partes deberán siempre poder cuestionar vicios en el pacto de regulación.

- Causal del artículo 34(2)(a)(II) sobre debido proceso. Sin embargo, esto no quita que las partes puedan demandar la anulación del laudo por transgresiones al orden público procesal.

- Causal del artículo 34(2)(a)(III) sobre exceso de autoridad.

- Causal del artículo 34(2)(a)(IV) sobre incumplimiento a reglas procedimentales. Sin embargo, esto no quita que las partes puedan demandar la anulación del laudo por transgresiones al orden público procesal.[245]

A nuestro criterio, si las partes son sofisticadas, estas deben tener la libertad de excluir las mencionadas causales. Da igual su nacionalidad o su vinculación con la sede. No encontramos razón para que las partes desconectadas con la sede tengan un tratamiento distinto al de las partes vinculadas a la sede.[246]

Naturalmente, podría ser necesario que se prohíba a las partes la libertad de regular la vía judicial para ciertos regímenes especiales, como el arbitraje de consumo.[247] La idea, una vez más, es dar libertad a las partes *sofisticadas*.

Para finalizar, si bien consideramos que el tratamiento debe ser el mismo sea que las partes tengan o no un vínculo con la sede, es innegable que es las objeciones a la regulación convencional de la vía de anulación se atenúan cuando el arbitraje carece de vínculo con el país de la sede. De ahí que sea más fácil establecer este tipo de opción legislativa solo para extranjeros sin conexión con la sede.

(B) Viabilidad de esquemas que aumentan el control judicial

A nuestro criterio, los ordenamientos deben reconocer la libertad a las partes de ampliar el ámbito de control judicial.

En estos esquemas, el análisis se centra en ponderar por un lado el principio de libertad de las partes y por el otro el interés público en que la estructura judicial sea uniforme. Consideramos que prevalece el principio de libertad de las partes. Sin embargo, la percepción del peso de ambos elementos dependerá de cada ordenamiento.

---

245 Así, en los casos de las causales de los artículos 34(2)(a)(II) y 34(2)(a)(IV), la exclusión no cubriría a aquellos casos que a la vez constituyan una afectación al orden público procesal.

246 Catherine A. Kunz, *Waiver of the right to challenge an international arbitral award is not incompatible with ECHR: Tabbane v Switzerland*, 5(1) European Int'l Arbitration Rev. 125, 132 (2016). La autora señala que, en Suiza, no existe una razón para negar la libertad que tienen las partes desconectadas de la sede a las partes de un arbitraje internacional aun si una de ellas tiene algún vínculo con la sede.

247 Roman Mikhailovich Khodykin, Chapter 16: National Court Review of Arbitration Awards: Where Do We Go From Here, in S. Brekoulakis, J. D. M. Lew & L. Mistelis, *The Evolution and Future of International Arbitration* 269, 282 (2016).

En cualquier caso, parece difícil dar razones para no permitir a las partes al menos poder pactar, de forma específica, causales de anulación sobre errores en la determinación de hechos y/o en la aplicación del derecho. Causales que conviertan al órgano judicial en un tribunal de apelación no representan una distorsión a la labor de la judicatura —virtualmente todos los sistemas judiciales del mundo manejan órganos de apelación— y tampoco una sobrecarga excesiva para la labor del juez.

2.2. La opción legislativa elegida

2.2.1. Opción por defecto

No es inusual que las leyes de arbitraje nada digan sobre la naturaleza de las disposiciones sobre anulación de laudo. Sin perjuicio de ello, por regla general, el marco legislativo sobre anulación de laudos es imperativo y las partes no pueden modificarlo.

En primer lugar, virtualmente todas las leyes de arbitraje contienen provisiones expresas sobre el proceso de anulación de laudo. Esto significa que el punto de partida es que la vía judicial existe y está presente. Por lo tanto, la opción de exclusión legislativa del proceso de anulación quedaría descartada.

Segundo, si la vía existe y está presente, corresponde determinar si la existencia de dicha vía es imperativa y no regulable, o si por el contrario existe un margen de regulación convencional.

Por regla general, parece ser que las leyes de arbitraje no hacen pronunciamiento expreso sobre la viabilidad de un pacto para reducir o excluir el control judicial. Por contraste, los pactos para aumentar el control judicial se verían descartados cuando la norma, como lo hace la LMU, establezca que las causales de anulación son *taxativas*.[248] Si las causales constituyen una lista taxativa, entonces no puede haber causales adicionales.

En casos de silencio de la norma —y salvo indicación distinta por otras fuentes como la jurisprudencia—, es sólido sostener que el ordenamiento jurídico no permite regular la vía judicial de anulación de laudo.

Para empezar, debe quedar claro que el principio de libertad de regulación de actuaciones está restringido al *procedimiento arbitral*. Este principio no alcanza a las disposiciones sobre los procesos judiciales de anulación de laudo. Ello permite entender la diferencia entre las disposiciones normativas sobre actuaciones arbitrales y sobre temas en los que interviene la judicatura. No puede presumirse que la intervención de la judicatura es regulable y disponible al amparo del mencionado principio de libertad de regulación de actuaciones.

En realidad, las disposiciones normativas de anulación de laudo se enmarcan en un marco normativo de mayor extensión: las leyes sobre proceso judicial. El proceso judicial de anulación de laudo es, a fin de cuentas, un proceso judicial. Luego, por regla general, dicho marco normativo no es regulable por las partes. Precisamente, es usual que los particulares no puedan definir contractualmente cuál será el ámbito de control judicial.[249]

---

248 Sobre la noción de taxatividad, ver 2.1.2. del capítulo III.

249 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3376 (2d ed. 2014).

Sin perjuicio de ello, otras fuentes jurídicas distintas a la ley, como la jurisprudencia,[250] podrían dar mayores luces e incluso indicar que existe cierta margen de regulación convencional sobre el proceso judicial de anulación. Por ejemplo, si las partes establecen que el laudo puede anularse por errores de derecho, y la judicatura acepta ese pacto, es claro que la jurisprudencia ha reconocido la validez de dicha clase de acuerdos.

2.2.2. Marco normativo en Iberoamérica

Como regla general, Iberoamérica adopta un esquema de existencia *imperativa* de la vía judicial de anulación.

(i) España

Bajo el esquema español, las partes no podrían establecer un pacto de exclusión de la vía judicial de anulación o de reducción de causales. El artículo 40 de la Ley 60/2003 reconoce que las partes pueden presentar demandas de anulación de laudo y no parece admitir excepciones al respecto. Luego, este artículo impide que las partes puedan excluir la vía judicial de anulación.[251]

Pero más allá de la citada norma, en España permitir la exclusión de la vía judicial atentaría contra la garantía de la tutela judicial efectiva, pues una vez que se genera un remedio procesal, este se integra al derecho a la tutela. La tutela judicial efectiva integra el orden público español, por lo cual queda fuera del ámbito de disposición de las partes.[252]

La Ley 60/2003 no dice, en su texto, nada sobre la posibilidad de renunciar a la vía judicial o de regular el ámbito de control judicial. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de dar una respuesta a tal cuestión. El Tribunal Supremo de España ya se ha pronunciado sobre este tema:[253]

> Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental «derecho al proceso» en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el art. 6.2 del Código Civil sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraríe el interés o el orden público.[254]

Sin embargo, en tiempos más recientes, la judicatura ha dado indicios de que la posición de rechazo a los pactos podría flexibilizarse. Así:

> [S]e ha de renunciar conociendo aquello a lo que se renuncia y una vez que el derecho ya ha nacido. En otro caso, la renuncia no puede considerarse clara y terminante. Hasta que el laudo no es dictado se desconoce si pueden o no concurrir causas o motivos de impugnación, de modo que la renuncia expresada en el contrato de compraventa no puede tener efectos de abandono del derecho de impugnación.[255]

---

250 Manuel de Lorenzo, *La renuncia anticipada a la impugnación del laudo,* 27 Spain Arbitration Rev. 95, 99 (2016).

251 José Ángel Rueda García & Marco Vedovatti, *The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul an award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland),* 26 Spain Arbitration Rev. 87, 101 (2016).

252 Jesús Remón Peñalver, *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público,* 1 Spain Arbitration Rev. 115, 126 (2008).

253 La sentencia se emitió durante la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953.

254 STS de 10 de marzo de 1986.

255 SAP Zaragoza 584/2006 de 11 de octubre de 2006.

La sentencia glosada parece adoptar la postura alemana sobre los pactos de exclusión de causales: estos pactos solo podrían hacerse una vez las partes tengan conocimiento de los vicios acaecidos en el arbitraje.[256] Ahora bien, la sentencia es de un órgano de menor jerarquía (comparado con la Corte Suprema) y no queda claro si esta posición podría volverse una corriente jurisprudencial asentada.

Por otro lado, los pactos de expansión del control judicial parecen también estar excluidos. La Ley 60/2003 sigue el esquema de la LMU y evidencia que las causales de anulación constituyen una lista taxativa.[257]

(ii) Chile

En Chile, el arbitraje internacional se rige por una norma (LACI) que replica fielmente la LMU. Es decir, la norma no dice nada sobre la disponibilidad o imperatividad de la vía judicial de anulación de laudo. Asimismo, entendemos que no existe jurisprudencia sobre el tema a la fecha.

A la luz de la LMU, es razonable considerar que bajo la LACI los pactos de exclusión de la vía judicial de anulación o de reducción de causales no están permitidos. Para el caso de los pactos de expansión del control judicial, la situación parece más clara: estos estarían descartados por el carácter taxativo de las causales de anulación.[258]

En el arbitraje local, el esquema de recursos para cuestionar el laudo es particular. Las partes pueden acordar renunciar a ciertos recursos, pero otros son indisponibles.[259]

(iii) Colombia

En Colombia, y salvo una excepción, las partes no pueden regular el proceso judicial de anulación o sus causales. La excepción radica en casos en los que las partes estén desconectadas de la sede.

El artículo 107[260] de la Ley 1563/2012 reconoce la disponibilidad de la vía de anulación cuando «ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia». Una interpretación a contrario denota que, salvo tal supuesto, el proceso judicial de anulación de laudo tiene existencia imperativa y sus causales no pueden ser reguladas por las partes.

Asimismo, el Código General del Proceso de Colombia estipula que las normas procesales «en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley».[261] Las disposiciones sobre el proceso de anulación de laudo son, naturalmente, normas procesales. Luego, salvo la excepción que hace el artículo 107 de la Ley 1563/2012, el proceso judicial de anulación es de existencia imperativa y no susceptible de regulación convencional.

---

256 Stefan Michael Kröll & Peter Kraft, *Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside,* in P. Nacimiento, S. Kröll & K. Böckstiegel, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 383, 387 (2d ed. 2015).

257 Art. 41.1.

258 Art. 34(2) de la LACI.

259 Ver 2.1. del capítulo VI.

260 «Artículo 107.- […]
Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección».

261 Art. 13.

Vale notar que en aquellos casos de renuncia a la vía de anulación, los laudos no podrán ser ejecutados directamente, y su ejecución se sujeta a las reglas de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.[262] Es decir, pese a que el laudo es local, recibe el tratamiento propio de un laudo extranjero. Luego, puede que no haya vía de anulación de laudo debido a la renuncia, pero el control judicial existirá en la vía de ejecución de laudo el laudo.

Por otro lado, la opción de expandir el control judicial no parecería viable en ningún caso. Las causales de anulación son taxativas en todos los casos.[263] La única excepción consiste en permitir a partes desconectadas disponer de la vía de anulación, pero solo para excluirla o reducir las causales. La ausencia de una provisión expresa para ampliar el ámbito de control judicial descarta que ello sea posible.

(iv) México

En México, el Código Comercial nada dice sobre la disponibilidad del proceso judicial de anulación. Por lo tanto, es razonable considerar que tales pactos no están permitidos, pues la regla estándar es que las normas procesales no puedan ser modificadas por las partes. Asimismo, no parece haber jurisprudencia que denote lo contrario.

Para el caso de pactos que expanden el control judicial, el Código de Comercio adopta una lista taxativa de causales de anulación. Luego, tales pactos quedarían descartados.

(v) Perú

En Perú, y salvo una excepción, las partes no pueden regular la existencia del proceso judicial de anulación o sus causales. La excepción radica en casos en que las partes estén desconectadas de la sede. La libertad de regulación del procedimiento arbitral, reconocida en el artículo 34 de la LAP, no alcanza al proceso judicial de anulación. En palabras de la judicatura, «la libertad de regulación contemplada en el artículo 34 del D.L. n.º 1071 alcanza únicamente a las actuaciones llevadas a cabo al interior del proceso arbitral».[264] Luego:

> [L]a voluntad de las partes no puede tener virtud de privar la eficacia a aquellas normas que regulan la actuación judicial del Estado en aquello que de acuerdo a tal normativa le ha sido reservado, que se revelan imperativas y de orden público.[265]

Sobre ello, la LAP adopta el esquema de existencia imperativa e indisponible del proceso judicial de anulación, salvo una excepción.

Si el arbitraje es doméstico o es internacional con alguna parte vinculada al Perú, el proceso judicial de anulación existe imperativamente. Las partes no pueden acordar renunciar a aquel y tampoco pueden regular las causales de anulación, sea para reducirlas o aumentarlas. Esto se desprende de la naturaleza imperativa de las normas sobre anulación de laudo y de una

---

262 Art. 111.2 de la Ley 1563/2012.
«Artículo 111.- Reconocimiento y ejecución. Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:
[…]
2. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento».

263 Art. 107 de la Ley 1563/2012.

264 Lima, SSC1 232-2014, p. 15.

265 Lima, SSC1 42-2015, p. 14.

interpretación en contrario del artículo 63.8 de la LAP (que es el supuesto de excepción). Además, la renuncia a la vía de anulación implicaría una afectación a derechos fundamentales.[266] Así:

> Respecto a la renuncia que hiciera el demandante de acudir a la vía judicial para interponer el recurso de anulación de laudo, debe indicarse que dicho acuerdo no se encuentra ajustado a derecho, por cuanto su reconocimiento implicaría la trasgresión al principio y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que toda persona ostenta.
>
> […]
>
> En consecuencia, no es posible legitimar la renuncia de una de las partes a este (ni a ningún otro) derecho constitucional.[267]

Por contraste, si el arbitraje es entre partes que no tienen vinculación alguna con el Perú (en nacionalidad, domicilio, o residencia habitual), la LAP adopta un sistema *opt out* de regulación convencional. El artículo 63.8[268] permite a las partes acordar renunciar a la vía de anulación de laudo o a alguna de sus causales. Aquí el estatuto normativo imperativo, y de orden público, da una autorización *expresa* a las partes para regular convencionalmente el control judicial vía anulación de laudo. Así:

> Efectivamente, el Decreto Legislativo n.º 1071 prevé —solo— un escenario en el cual válidamente se pueda pactar renuncia al recurso de anulación o limitar su uso a una o más de las causales establecidas, y ello se cumpliría en la medida que se compruebe que ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en este país.[269]

Esta autorización expresa, por cierto, solo permite a las partes excluir el proceso de anulación o reducir las causales de anulación, pero no aumentar el ámbito de control. Es sólido considerar que la ausencia de autorización normativa expresa para hacer tal expansión significa que ello no es legalmente posible.

Para finalizar, al igual que en Colombia, en casos de pacto de exclusión de la vía de anulación, el laudo arbitral doméstico será tratado como un laudo extranjero para efectos de su ejecución.[270] En la práctica, el control judicial no desaparece.

2.3. La interrelación anulación-ejecución

Es evidente que el análisis del control judicial del arbitraje no puede enfocarse solo en el proceso judicial de anulación o solo en el proceso judicial de ejecución. Ambas figuras tienen una función y la evaluación de una no puede hacerse sin considerar la otra.

---

266 Lima, SSC1 319-2016; SSC2 905-2010.

267 Lima, SSC2 905-2010, pp. 7-8.

268 «Artículo 63.- Causales de anulación.
[…]
8. 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.

269 Lima, SSC1 232-2014, p. 15.

270 Art. 63.8 de la LAP.

Al respecto, la interrelación entre los procesos de anulación y ejecución puede evaluarse según si se está frente a la ejecución de un laudo extranjero o de un laudo emitido en la sede

2.3.1. Casos de ejecución de laudos extranjeros (doble control)

El laudo arbitral extranjero está sujeto generalmente a un doble control. Existe un control represivo y un control preventivo.[271] El control represivo se da en la sede del arbitraje y se manifiesta en el proceso judicial de anulación de laudo; la sede del arbitraje es la jurisdicción primaria, pues tiene el poder de declarar inválido el laudo. El control preventivo se da en el país en que se busca la ejecución y se manifiesta en el proceso judicial de ejecución de laudo;[272] aquí la jurisdicción es jurisdicción secundaria, pues la corte solo tiene legitimidad para aceptar o negar la ejecución dentro de su país.

El control preventivo y el control represivo configuran un doble control porque las causales de anulación de laudo y las de oposición de ejecución de laudo suelen ser muy similares.[273] Sin embargo, es necesario dar un significado más preciso de la noción de «doble control» del laudo extranjero. En esencia, el doble control se manifiesta en procesos en paralelo y sin intervinculación fuerte.

El doble control suele ser *paralelo*, no secuencial. Luego de emitido el laudo, una parte puede demandar la anulación del mismo en la sede y a la vez la contraparte puede requerir su ejecución en otro país. El doble control se refiere al escenario de procesos de anulación y ejecución desarrollados en simultáneo, en los que se revisa el laudo bajo las mismas causales —o bajo causales muy similares—.[274]

En estricto, no es imposible que el proceso de anulación de laudo sea una suerte de «paso previo» al proceso de ejecución. Bajo la Convención de Nueva York, la demanda de anulación permite a los jueces a cargo del proceso de ejecución detener este proceso, y esperar hasta la sentencia del proceso de anulación.[275] Sin embargo, es claro que el control no es forzosamente secuencial.

El doble control *carece de intervinculación fuerte*. Para nadie es un secreto que una sentencia judicial de un país específico solo surte efectos dentro del territorio de ese país. Que un laudo se anule en la sede no significa automáticamente que el mismo no pueda ser ejecutado en otro país; precisamente por eso existen casos de ejecución de laudos anulados. Y que se rechace la ejecución en un país F no significa que se pueda intentar y lograr la ejecución del laudo en el país G.

En estricto, el resultado del proceso de anulación de laudo puede tener un impacto en el proceso de ejecución. Bajo la Convención de Nueva York, la anulación del laudo es una causal para oponerse a la ejecución del laudo extranjero.[276] Y claro, la corte de ejecución podrá tomar en cuenta la decisión de la corte de anulación;[277] pero eso no quita que la corte de ejecución puede disponer la ejecución del laudo pese a que este haya sido anulado.

---

271 Günther J. Horvath, *What Weight Should be given to the Annulment of an Award under the Lex Arbitri?,* 26(2) J. of Int'l Arbitration 249, 250 (2009).

272 *Id.*

273 Por ejemplo, las causales de anulación en la LMU se inspiran fuertemente en las causales de oposición a la ejecución en la Convención de Nueva York.

274 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 1062 (1989).

275 Ver 2.1. del capítulo V.

276 Ver 4.2.2.1. del capítulo V.

277 *Id.*

2.3.2. Casos de ejecución de laudos en la sede

2.3.2.1. Marco general

Si el laudo se pretende ejecutar en la sede del arbitraje, el doble control carece de sentido. En efecto, según expusimos antes, la ejecución del laudo en la sede tenderá a ser un proceso más automático y simple que el de ejecución de laudos extranjeros.[278]

En principio, no parece que en ningún lugar del mundo el laudo esté sujeto a un doble control en la misma sede. Es cierto que bajo la LMU las causales de anulación y de oposición a la ejecución son casi iguales, incluso para los laudos emitidos en la sede.[279] Sin embargo, no es inusual que los legisladores hayan realizado adaptaciones a las reglas de la LMU para evitar el doble control en casos de ejecución de laudos domésticos.[280]

Para finalizar, pese a que no parece existir doble control en la ejecución de laudos emitidos en la sede, sí pueden darse procesos judiciales de ejecución y anulación en paralelo. Dado que el laudo es de obligatorio cumplimiento desde su emisión, no es inusual que la parte ganadora requiera la ejecución del laudo ante las cortes, y que en simultáneo la parte perdedora demande la anulación del mismo laudo.

2.3.2.2. Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, la regla general es que no exista doble control para la ejecución de laudos emitidos en la sede.

(i) España

En España, la Ley 60/2003 regula de forma separada la ejecución de laudos locales y la ejecución de laudos extranjeros. Según el artículo 44, la ejecución de laudos locales se rige bajo las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Dicha norma asigna al laudo la etiqueta de título ejecutivo, de ahí que la ejecución del laudo doméstico se rija bajo disposiciones comunes a títulos ejecutivos. Existen causales de oposición a la ejecución de un laudo como título ejecutivo, fundadas en razones materiales y procesales;[281] sin embargo, estas no incluyen a las causales de anulación de la Ley 60/2003.[282]

(ii) Chile

En Chile, la LACI, aplicable para arbitrajes internacionales, sigue fielmente el esquema de la LMU y por lo tanto su texto sí contempla un doble control. Luego, en caso existan procesos paralelos, el único medio de evitar decisiones contradictorias pasaría por que la corte de ejecución ejerza su atribución de suspender el proceso hasta que se emita la sentencia del proceso de anulación.[283]

---

278 Ver 3.2.2. del capítulo I.

279 Albert Jan van den Berg, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished,* 29(2) ICSID Review 263, 266 (2014).

280 Líneas abajo se ve el caso de Iberoamérica.

281 David Arias Lozano, *Ley de Arbitraje, Artículo 44 [Normas aplicables]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 881, 883 (2014).

282 Arts. 556 y 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

283 Art. 36(2).

Sin embargo, el doble control no significa que el *award debtor* pueda elegir si se defiende en el proceso de anulación o en el de ejecución. La parte afectada deberá interponer una demanda de anulación de laudo, pues en caso contrario se entenderá que el laudo está convalidado.[284]

El laudo de arbitraje doméstico tiene un esquema especial de impugnación, con causales de anulación distintas a las establecidas en la LMU.[285] En cualquier caso, su ejecución se tramita bajo las reglas aplicables a los títulos ejecutivos;[286] no parece haber doble control alguno.

(iii) Colombia

En Colombia, la ejecución de laudos en la sede derivados de arbitrajes internacionales tiene un trámite especial —salvo que las partes hayan renunciado a la acción de anulación—,[287]distinto para el de ejecución de laudos extranjeros.[288] Este trámite especial no incluye la oposición a la ejecución fundada en las causales de nulidad del laudo.

(iv) México

En México, el Código de Comercio sigue el esquema de la LMU y por lo tanto las causales de anulación y de oposición a la ejecución de un laudo local son las mismas. Sin embargo, en adición a la atribución del juez de suspender el proceso de ejecución, la norma permite la *acumulación* —la unificación de dos procesos bajo un solo expediente— de los procesos de anulación y de ejecución.[289] Esta acumulación puede darse a través de la reconvención (*counterclaim*): si una parte demanda la anulación del laudo, la contraparte puede responder solicitando la ejecución; y si una parte demanda la ejecución, la contraparte puede responder solicitando la nulidad. Así:

> [S]i en el caso se plantea un procedimiento solicitando la nulidad de laudo arbitral y la demandada a su vez, pide en la vía reconvencional, el reconocimiento y ejecución de aquel, no existe, sobre las premisas precisadas, una norma que lo impida, ni se atenta contra el fin de la institución arbitral, ni la substanciación especial, puesto que la reconvención sobre el otro aspecto positivo o negativo de la misma materia, no entorpece y, por el contrario, haría más pronta la eficacia del laudo arbitral, porque se evitaría que concluido un juicio de nulidad de laudo arbitral, hubiere otro momento posterior de reconocimiento y ejecución de laudo o que concluido este, pudiera iniciarse aquel.
>
> Lo anterior se robustece, considerando que si en el juicio de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral se establece la posibilidad de que por vía de excepción el juzgador pueda analizar, a petición de parte, diversas causas por las que puede denegarse esa petición, que son

284 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 256 (2d ed. 2016).

285 Ver 2.1. del capítulo VI.

286 Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* 493 (5th ed. 2005).

287 Ver 2.1.3.1. La Ley 1563/2012 permite a las partes que carezcan de domicilio o residencia en Colombia renunciar al proceso judicial de anulación (art. 107).

288 «Artículo 111.- Reconocimiento y ejecución. Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:
[…]
2. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento».

289 «Artículo 1477.- Los juicios especiales que versen sobre nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos comerciales podrán acumularse. Para que proceda la acumulación, es necesario que no se haya celebrado la audiencia de alegatos. La acumulación se hará en favor del juez que haya prevenido. La acumulación no procede respecto de procesos que se ventilen en jurisdicciones territoriales diversas o en el extranjero, ni entre tribunales federales y los de los estados. La acumulación se tramitará conforme a los artículos 73 a 75 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución que resuelva sobre la acumulación es irrecurrible».

> esencialmente similares a las que se estudian para el caso en que se solicita la nulidad de aquel, acorde a la intención de la ley de dar eficacia al procedimiento arbitral, y con el trámite especial agilizar la resolución, debe proceder la reconvención.[290]

(v) Perú

En Perú, la LAP establece que la oposición a la ejecución en territorio peruano de laudos locales solo puede fundarse en que se cumplió con lo dispuesto en el laudo o en que el juez del proceso de anulación dispuso la suspensión de la ejecución.[291] Asimismo, bajo el Código Procesal Civil peruano, el laudo arbitral es un título ejecutivo y las causales de oposición a la ejecución de títulos ejecutivos no incluyen a las causales de anulación de laudo.[292]

3. NATURALEZA DEL PROCESO

El proceso de anulación de laudo es un proceso judicial. Ahora bien, la categorización y determinación de los caracteres de dicho proceso variará según el derecho procesal de cada país. Por lo tanto, es inviable establecer la esencia o naturaleza del proceso en abstracto.

Sin perjuicio de ello, es sólido sostener que el proceso judicial de anulación de laudo es una figura sui géneris, diferente a cualquier proceso de impugnación ordinario dirigido a cuestionar sentencias judiciales.[293] Si bien la naturaleza del proceso judicial de anulación se rige bajo el derecho procesal, el objeto del cuestionamiento es un laudo arbitral, por lo que la naturaleza de este proceso debe atender a tal particularidad que resulta *esencial*.

Sea como fuere, haremos un análisis de la naturaleza procesal del proceso de anulación de laudo para España y algunos países de Latinoamérica. Esto porque tales ordenamientos siguen la tradición del derecho civil y además sus leyes de arbitraje han seguido la estela de la LMU.

3.1. Marco general

3.1.1. «Recurso»: empleo y orígenes

En la lengua española, es común hablar de la anulación de laudo como un *recurso* («recurso de anulación de laudo»). Detrás de dicho término, se esconde una discusión sobre la naturaleza del proceso de anulación de laudos: ¿es una «demanda» o un «recurso»? Para abordar este tema, haremos un mapeo del empleo del término en Iberoamérica, para luego enfocarnos en la naturaleza del proceso.

En el plano normativo iberoamericano, la difusión del término de «recurso» para la anulación de laudo podría deberse a la LMU, pues esta alude a «[l]a petición de nulidad como recurso contra el laudo arbitral».[294-295] Esta ha tenido un gran impacto en la región y muchos países la han tomado como punto de partida base para construir su legislación de arbitraje, e incluso es posible encontrar

---

290 Tercer Juzgado Civil de Ciudad de México, amparo indirecto 873/2012-II, sentencia de 11 de febrero de 2013, considerando quinto; en el mismo sentido, Registro 167459, Pleno de Circuito (Civil), Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, abril de 2009, p. 1921. Tesis: I.3o.C.732C.

291 Art. 68.

292 Arts. 688 y 690-D del Código Procesal Civil peruano.

293 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1053 (2008).

294 Art. 34.

295 Sin embargo, el término de recurso ya se empleaba antes de la emisión de la LMU. En España, la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 contemplaba las figuras de «recurso de casación» y «recurso de nulidad» contra laudos.

una replicación íntegra y fiel de la misma (Chile). En esa línea, algunas leyes han adoptado también dicho término:

- En Chile, la LACI replica fielmente la LMU, por ello también habla de «[l]a petición de nulidad como recurso contra el laudo arbitral».[296]

- En Colombia, la Ley 1563/2012 habla de un «recurso extraordinario de anulación» para el arbitraje local,[297] y de «recurso de anulación» para el arbitraje internacional.[298]

- En Perú, la LAP habla de «recurso de anulación».[299]

Por contraste, en otros países, pese al influjo de la LMU, las normas han preferido emplear otros términos.

- En España, la Ley 60/2003 emplea el vocablo «acción» para referirse a la anulación del laudo.[300]

- En Argentina, La Ley 27449 de arbitraje internacional emplea el término de «petición» para la nulidad del laudo.[301] Dicha ley nunca usa el término de «recurso».

- En México, el C.Com. habla de «petición» de nulidad de laudo.[302] No hay referencia al término de «recurso» para la nulidad del laudo.

Sin embargo, es razonable considerar que la LMU no empleó el término de «recurso» aludiendo a dicha categoría del derecho procesal de la tradición de derecho civil. Se trata, en realidad, de la traducción del término de «recourse» de la LMU en idioma inglés.

En la versión en inglés, el artículo 34 se denomina «[a]pplication for setting aside as exclusive recourse against arbitral award». Pues bien, en el inglés legal, el término «recourse» no equivale a la noción de recurso del derecho procesal de lengua hispana; esto es, como un medio impugnatorio. Según el *Black's Law Dictionary,* la definición de «recourse» no equivale a medio impugnatorio.[303] En realidad, en el habla cotidiana, el término *legal recourse* se emplea más como «vía legal». Esto es, el concepto cubre supuestos de demandas, recursos, peticiones administrativas, etcétera.[304] Es decir, «por "recurso", se entiende la acción presentada ante un órgano de la justicia estatal de un determinado Estado».[305]

---

296 Art. 34.

297 Art. 40, art. 41, entre otros.

298 Art. 107, art. 109, entre otros.

299 Art. 62, 63, 64, entre otros.

300 Art. 40.
«Artículo 40.- Acción de anulación del laudo.
Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título».

301 Título VIII - Impugnación del Laudo, capítulo 1 - Petición de nulidad. Ver art. 99 y art. 100.

302 «Artículo 1458.- La petición de nulidad deberá formularse dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la fecha de la notificación del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo a los artículos 1450 y 1451 desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral».

303 *Black's Law Dictionary* 1389 (9th ed. 2009).

304 Para confirmar esta postura, basta ver que la apelación, el recurso por excelencia, es en inglés denominada como «appeal», «appellate review», «motion to appeal», etcétera. El término «recourse of appeal» es raramente empleado.

305 José Carlos Fernández Rozas, *El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización,* LVII(2) Revista Española de Derecho Internacional 605, 625 (2005).

En conclusión, la LMU puede ser una razón principal por la que algunos de los cuerpos normativos de arbitraje en Latinoamérica hablan de recurso de anulación. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el *contenido* de dicho término proviene de la noción de *recourse,* que es una noción muy general.

3.1.2. Presupuestos conceptuales necesarios

De forma previa a definir la naturaleza del proceso de anulación de laudo, es importante hacer un breve desarrollo de los conceptos de proceso, demanda y medio impugnatorio —categoría en la que se ubica el recurso— bajo el derecho procesal civil.[306] Y sí, es el derecho procesal la disciplina que cubre esta cuestión. La naturaleza del proceso judicial de anulación de laudo es un tema de derecho judicial, no de arbitraje.

Ahora bien, es necesario advertir que la definición de términos procesales puede variar según el marco normativo del país específico. Pese a ello, intentaremos hacer una definición general que calce —o al menos respete— con las normas procesales de Iberoamérica.[307]

Primero, el proceso judicial es un instrumento dirigido a la solución de una controversia jurídica.[308] Se trata de un «conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado».[309]

Segundo, la demanda es un acto *introductivo* por el cual el derecho de acción, abstracto, se materializa en una petición concreta para que el juez dé apertura a un proceso.[310] En término simples, la demanda da origen al proceso.

Tercero, los medios impugnatorios encauzan el cuestionamiento a una decisión judicial, alegando que el mismo adolece de algún vicio o error, con el objetivo de evitar que el mismo derive en un resultado injusto.[311]

Ahora bien, el concepto de impugnación —del cual deriva la noción de medios impugnatorios— «es genérico y comprende todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso».[312] Así, los medios impugnatorios también pueden dividirse en *intraprocesales* e *interprocesales*.[313] Los primeros son herramientas impugnatorias enmarcadas dentro del proceso; por ejemplo, el recurso de apelación. Los segundos constituyen medios autónomos al proceso en el que se ubica el acto cuestionado, se encauzan mediante una demanda[314] y derivan precisamente en un nuevo proceso;[315] y por ello podrían también denominarse *procesos impugnatorios*.

---

306 Es claro que se debe aplicar el derecho procesal que proviene de la tradición del derecho civil, pues virtualmente ningún ordenamiento de habla hispana ha acogido la tradición del *common law*.

307 Al menos con las normas de España, Chile, Colombia, México y Perú.

308 Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso* 103 (1984).

309 Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil* 112-13 (1996).

310 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil* 480 (1966).

311 Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal* 481 (1992). La injusticia puede derivar de un error de juicio o procedimental.

312 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil* 664 (1966).

313 Renzo Cavani, *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil* 17 (2018). El autor desglosa la teoría de la impugnación en (i) teoría impugnatoria recursal; y (ii) teoría impugnatoria mediante pretensión autónoma.

314 Renzo Cavani, *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil* 17 (2018).

315 José Ovalle Favela, *Los medios de impugnación en el Código Procesal Civil del Distrito Federal,* 105 Revista de la Facultad de Derecho de México 299, 302-03 (1977).

Dentro de la categoría de medio impugnatorio, se encuentra la noción de recurso. En estricto, el recurso calificaría como un medio impugnatorio intraprocesal;[316] en este, es usual que la incidencia sea llevada ante un órgano «superior». Sin embargo, no es imposible que se le dé la etiqueta de «recurso» a un medio impugnatorio interprocesal; tal y como sucedía en México con la hoy derogada «apelación extraordinaria», que derivaba en un proceso nuevo.[317] En última instancia, la ley de cada país podrá establecer «recursos» con caracteres especiales que no encuadren dentro de la figura tradicional de tal concepto.

3.1.3. Análisis crítico

Sea cual sea la etiqueta, bajo el derecho procesal civil, la anulación del laudo es un medio impugnatorio interprocesal que da origen a un nuevo proceso. Por lo tanto, tiene naturaleza impugnatoria pero no es un recurso, y al ser un nuevo proceso implica que hay una demanda. Es un *proceso impugnatorio.*[318]

Primero, la noción de recurso no resulta adecuada para la naturaleza del pedido de anulación del laudo. El recurso, según expusimos, es intraprocesal, y tradicionalmente implica que la revisión esté a cargo de un órgano superior. Sobre ello, aplicar la noción de recurso implicaría distorsionar la naturaleza del arbitraje, pues ello implicaría que el procedimiento arbitral tiene una primera instancia arbitral, y luego una suerte de segunda instancia judicial. Si el recurso implica revisión por un órgano superior, la anulación de laudo no puede calificar como tal.[319]

Segundo que el pedido de anulación del laudo no sea un recurso no implica que este no tenga naturaleza *impugnatoria.* Los medios impugnatorios, según expusimos, pueden ser *interprocesales*, y generar un nuevo proceso judicial. En estos casos, estamos frente a un proceso impugnatorio autónomo. Y precisamente por tratarse de un *proceso impugnatorio,* se respeta la autonomía del procedimiento arbitral y su separación de cualquier proceso judicial posterior.

Tercero, y enlazado al punto anterior, al ser el proceso de anulación del laudo un proceso impugnatorio, ello implica que hay una nueva *demanda.* Con esto, se logra mantener al procedimiento arbitral como autónomo, y se descarta que este sea un proceso híbrido en el que confluyen los fueros arbitrales y judiciales.[320] Si el pedido de anulación del laudo es una nueva demanda, entonces el control judicial de anulación se encauza en un proceso judicial autónomo y separado. En específico, esto descarta que el control judicial de anulación de laudo pueda considerarse como una «instancia» a la que se llega luego de una instancia arbitral inicial.

Este esquema armoniza con la naturaleza *ex post* del control judicial sobre el arbitraje. Asumir que el pedido de anulación del laudo integra el procedimiento arbitral no significaría entonces que esta es en estricto un control posterior, sino más bien un control *dentro* del arbitraje.

316 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil* 664 (1966).

317 Art. 717 (derogado) del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

318 Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* 81-83 (2013); Mario Reggiardo Saavedra, *Una revisión funcional al recurso de anulación en el Perú,* 1 Forseti 145, 151 (2014).

319 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 40 [Acción de anulación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 789, 795 (2014).

320 Alicia Bernardo San José, *Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad,* 1(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 115, 123 (2008).

3.2. Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, el proceso judicial de anulación es considerado una acción/demanda/proceso autónomo —el término puede variar según el país—, y no un «recurso». Esto, incluso en países que emplean el término de «recurso» en su ley, como Colombia y Perú.

(i) España

En España, la Ley 60/2003 no emplea el término de «recurso». En realidad, la propia Exposición de Motivos de dicha ley de España despeja el problema: «[r]especto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo».[321]

(ii) Chile

La LACI, que regula el arbitraje internacional, sigue la redacción de la LMU, lo que incluye el empleo del vocablo «recurso». Sin embargo, es sólido considerar que, bajo el sistema procesal chileno, el proceso judicial de anulación contra un laudo de arbitraje internacional no califica como un recurso en sentido estricto, sino que más bien es una demanda.

Por otro lado, cuestión muy distinta es la del arbitraje nacional, en la que no existe una vía denominada «anulación de laudo». En el arbitraje doméstico chileno, el laudo puede ser cuestionado a través de recursos.[322]

(iii) Colombia

En Colombia, se sostiene que la anulación es una «acción», y no un recurso como refiere la Ley 1563/2012. Así:

> [L]a denominación que recibe el mismo [recurso] no es la correcta, toda vez que la naturaleza jurídica de la anulación hace de ella una verdadera acción y no un recurso como, por el contrario, a ella se refiere el Estatuto. Y es que mientras los recursos pretenden que un juez superior a aquel que dictó la decisión recurrida revise y emita un nuevo fallo, la anulación lo que persigue es la rescisión del laudo, es decir, la declaración de anulación del mismo y su consecuente ineficacia. En pocas palabras, el objetivo de un recurso y de la acción de anulación son distintos y, en consecuencia, la naturaleza jurídica de cada uno de ellos es diferente.[323]

(iv) México

En México, el C.Com. establece que la anulación de laudo se rige bajo un «juicio especial».[324] Sobre ello, para la jurisprudencia se trata de un «juicio autónomo e independiente»:

En ese sentido, el citado proceso especial puede considerarse como un juicio autónomo e independiente al arbitraje —en función de la materia que lo integra— del que deriva una sentencia definitiva, en tanto que su creación derogó el sistema de regulación incidental de los procedimientos relacionados con el arbitraje comercial y, en contrapartida, estableció un procedimiento especial

321 Ley 60/2003, Exposición de Motivos.

322 Ver 2.1. del capítulo VI.

323 Marcela Rodríguez Mejía, *Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012,* 23 Revista de Derecho Privado 379, 412 (2012).

324 Art. 1472.

que reviste todas las formalidades propias de un juicio principal, estableciendo un medio concreto para dilucidar eficazmente dichas temáticas.[325]

Dicha sentencia delimita la naturaleza y el alcance del juicio especial.[326] Y en efecto, parece evidente que este no puede calificar como un mero recurso, pues representa un juicio principal, separado y desligado del arbitraje.

(v) Perú

En Perú, la posición expuesta se confirma a la luz del tratamiento de la jurisprudencia comercial. Sin embargo, existen también algunos argumentos en contra a considerar.

La jurisprudencia de las Salas Comerciales es copiosa en cuanto al tratamiento de la anulación del laudo: no es un recurso, sino un proceso autónomo. Así, «el recurso de anulación no es una instancia sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral».[327] El fundamento de la judicatura es el siguiente:

> [L]a función de este Colegiado no es la de revisar la valoración probatoria ni corregir los errores *in iudicando* que se pudieran haber producido al emitirse el laudo. Por tanto, este Colegiado tiene claro que la función de control judicial que le ha sido encomendada por la ley, según el diseño normativo del arbitraje y su interrelación con el sistema de justicia a cargo del Estado, no equivale a una función revisora propia de una instancia de grado.[328]

En esa línea, el proceso de anulación de laudo concibe que puedan plantearse excepciones procesales, las que no pueden interponerse frente a un recurso, sino ante una demanda. En numerosas sentencias la judicatura ha recibido, evaluado y resuelto sobre excepciones de caducidad, competencia, legitimidad para obrar, entre otras.[329] Por lo tanto, en la práctica judicial, la anulación del laudo es considerada como una demanda y tratada como tal.

Por otro lado, la posición debe considerar algunos argumentos en contra.

Primero, la interpretación literal. Según expusimos, esta puede considerarse un arrastre de la LMU. Sin embargo, se ha glosado que en Perú hubo polémica sobre si la anulación de laudo era o no un recurso precisamente poco antes de la emisión de la LAP, y pese a ello el legislador optó por el término de «recurso».[330]

Sin embargo, según expusimos, es posible que se emplee el término de «recurso» para hacer referencia a medios impugnatorios interprocesales. En suma, dicho término no quita que estemos en realidad ante un proceso impugnatorio autónomo.

---

325 Registro 2010812, Pleno de Circuito (Civil), Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo III, enero de 2016, p. 2214. Tesis: PC.I.C. J/23C.*
*Disponible en http://newyorkconvention1958.org/pdf/cases/Mexico/6.1.%202016.01.15%20-%20Tesis%202010812%20%28jurisprudencia%29.pdf

326 Leonel Pereznieto Castro, *Las recientes decisiones judiciales sobre el arbitraje en México,* 9(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547, 548 (2016).

327 Lima, SSC2 90-2017, p. 7.

328 Lima, SSC2 28-2015, p. 7; y SSC2 21-2015, p. 11.

329 Lima, SSC2 571-2009, SSC2 647-2009, SSC1 4-2012, SSC1 78-2012, entre otras.

330 Esteban Alva Navarro, *La anulación del laudo* 55 (2011).

Segundo, la postura del TCP. Este señaló que «el recurso de anulación establecido en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572 […] no constituye, *stricto sensu*, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho».[331] Así, el TCP considera que efectivamente el «recurso» de anulación se enmarca dentro de un proceso híbrido: un proceso que inicia en el fuero arbitral pero que luego pasa al fuero judicial mediante el empleo del recurso de anulación.

Consideramos que este pronunciamiento del TCP es errado. Es necesario considerar que el TCP ha tenido posturas erráticas en cuanto al arbitraje.[332] Además, de manera posterior, el TCP ha señalado que la anulación no parece ser un «mecanismo integrante del proceso arbitral».[333]

Tercero, asumir que se trata de una demanda implicaría estar frente a un proceso judicial que, desde su diseño, no respeta la garantía fundamental en Perú de la doble instancia. Ello porque el artículo 64.5 de la LAP establece que contra la sentencia solo procede recurso de casación cuando el laudo hubiese sido anulado. Por contraste, asumir que la anulación de laudo es un recurso despejaría tal problema.

Vale notar que la pluralidad de instancias no es, en su esencia, una garantía insuprimible e irrenunciable;[334] al final, en Perú dicha garantía se elevó a rango constitucional pese a solo ser una opción.[335] Además, en el Perú, el arbitraje es jurisdicción, pero igual este no cuenta con un esquema plural de instancias. Luego, no es inviable que puedan existir procesos judiciales diseñados sin doble instancia; ese sería el caso del proceso de anulación de laudo.

4. ESTRUCTURA PROCESAL

El proceso judicial de anulación de laudo tiene ciertas particularidades. En específico, dichas particularidades se enlazan a:

El diseño del proceso, que incluye aspectos sobre la competencia judicial, el número de instancias y las etapas del procedimiento.

Las partes del proceso, que se refiere a la legitimidad para obrar, análisis que no solo debe versar a las partes del arbitraje, sino también evaluar los casos de los árbitros y de otros terceros.

La procedencia de la demanda, pues los requisitos de procedencia tienen una lógica y sentido especial a la luz del arbitraje.

Temas de prueba en el proceso judicial de anulación de laudo.

A continuación, un desarrollo de tales aspectos.

---

331 Sentencia TCP 928-2001-AA/TC, fundamento 3.

332 Ernesto Álvarez Miranda y Gonzalo Muñoz Hernández, *La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones arbitrales*, in *Arbitraje y Constitución* 33, 33-39 (2012).

333 Sentencia TCP 142-2011-AA/TC, fundamento 17.

334 Mauro Cappelletti, *Procesos, Ideologías, Sociedad* 279 (1974).

335 Juan Monroy Gálvez, *Los principios procesales en el Código Procesal Civil peruano,* 25 Themis 35, 47-48 (1993).

4.1. Diseño del proceso

4.1.1. Competencia judicial

4.1.1.1. Marco general

La competencia para conocer el proceso judicial de anulación de laudo es reducida comparada a la de ejecución de laudo. Así, mientras la ejecución del laudo puede solicitarse en cualquier parte del mundo,[336] es un principio general que la anulación del laudo solo pueda solicitarse ante las cortes del país en el que se ubica la sede del arbitraje.[337]

4.1.1.2. Supuestos de excepción

(A) Marco general

Si bien el principio general es que las cortes de la sede tengan jurisdicción primaria, ciertos supuestos desafían tal esquema. En algunos casos, las cortes de un país distinto a la sede podrían declararse competentes para resolver un pedido de anulación contra el laudo —cuestión distinta es si tal declaración es correcta—.

Naturalmente, para que una corte de un país distinto a la sede se arrogue la competencia de determinar la validez del laudo debe existir algún punto de conexión entre el arbitraje y tal país. Al respecto, existen dos maneras principales para que se produzca tal conexión: (i) la aplicación de una *lex arbitri* distinta a la ley de la sede; y (ii) el acuerdo de las partes para otorgar competencia exclusiva a las cortes de un país distinto a la sede.

Por un lado, es teóricamente posible que las partes escojan una ley procedimental distinta a la ley de la sede del arbitraje.[338] Sobre ello, la Convención de Nueva York reconoce la posibilidad de que las cortes de anulación sean las cortes cuya ley se aplica en el arbitraje aun cuando sean distintas a las de la sede, pues estipula como causal de rechazo a la ejecución que el laudo haya sido anulado «por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia».[339]

Ahora bien, la elección de una ley procedimental distinta a la ley de la sede genera múltiples problemas y contingencias. En estricto, se puede producir un conflicto entre cortes de distintos países.

> Thus, for example, an arbitration could be held in Switzerland, but, by agreement between the parties, made subject to the procedural law of Germany. […]
>
> [I]f it becomes necessary during the course of the arbitration to have recourse to the courts —for example on a challenge of one of the arbitrators— to which court would the complainant go? The Swiss court would presumably be reluctant to give a ruling on German procedural law; the German court might well prove unwilling to give a ruling on a procedural

336 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.05, 570 (6th ed. 2015).
337 Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133, 136 (1993).
338 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 1598 (2d ed. 2014).
339 Art. V(1)(e).

> matter that it could not directly enforce, since the arbitration was not conducted within its territorial jurisdiction.[340]

El caso *Karaha Bodas* ilustra tal clase de conflictos. En un arbitraje con sede en Suiza, el *award debtor* requirió la anulación del laudo ante las cortes suizas, y no tuvo éxito. Ante tal escenario, el *award debtor* requirió la anulación del laudo ante las cortes de Indonesia alegando que la *lex arbitri* del caso era la ley de Indonesia. La corte distrital de Jakarta anuló el laudo.[341-342]

Por otro lado, las partes podrían establecer de manera específica que las cortes competentes para conocer demandas de anulación pertenezcan a un país distinto a la sede. Es decir, la sede del arbitraje es un país A y la *lex arbitri* es la del país A; sin embargo, las partes establecen que sean las cortes de un país B las competentes para resolver cualquier eventual impugnación judicial contra el laudo. El fundamento aquí está en una equiparación a la posibilidad teórica de las partes de escoger una *lex arbitri* distinta a la ley de la sede.

> According to this position [la elección de la sede del arbitraje tiene efectos jurídicos], the choice of the seat has two core legal effects; first, it determines the law applicable to the arbitral procedure (so its mandatory rules operate as a limit to party autonomy), and secondly, it determines the jurisdiction of the courts to control the arbitration.
>
> […]
>
> If, in theory, the parties can allocate the first element (the choice of the procedural law) outside the seat, there is no reason why they could not do the same with the second element (the jurisdiction of the controlling courts).[343]

Al respecto, un caso icónico es la saga YPF. En esta, hubo dos contratos principales, ambos consignaban sendas cláusulas arbitrales que estipulaban que el arbitraje tendría sede en Uruguay, más las cortes de Argentina tendrían competencia exclusiva para el proceso judicial de anulación de laudo.[344-345]

---

340 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 3.65, 176 (6th ed. 2015).

341 Corte distrital de Jakarta, caso 86/PdtG/2002/PNJktPst, decisión de 19 de agosto de 2002.

342 Posteriormente, en mayo de 2004, la Corte Suprema de Indonesia revocó la decisión de la corte distrital de Jakarta.

343 Diego P. Fernández Arroyo, *The curious case of an arbitration with two annulment courts: comments on the YPF saga,* 33(2) Arbitration Int'l 317, 328 (2017).

344 Contrato de transporte firme de gas
«10.2 Arbitraje
[…]. El lugar del arbitraje será la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, o cualquier otro lugar que las Partes acuerden. El idioma del arbitraje será el castellano. El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y será definitivo, vinculante para las Partes e irrecurrible, salvo los recursos de aclaratoria y/o nulidad previstos en el Artículo 760 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Argentina ("Apelaciones Especiales"). […]. La ejecución de cualquier laudo que no fuera cumplido podrá demandarse ante cualquier tribunal […], sin embargo, que cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina».

345 Contrato de venta de gas
«20.2) ARBITRAJE
b) El lugar del arbitraje será Montevideo —República Oriental del Uruguay— o cualquier otro lugar que las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados acuerden.
[…]
c) El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y será definitivo, vinculante para las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados, e irrecurrible, salvo los recursos de aclaratoria y/o nulidad previstos en el Artículo 760 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Argentina (Apelaciones Especiales).
[…]

El arbitraje tuvo sede en Montevideo, Uruguay. Luego de la emisión de un laudo parcial, YPF pidió la anulación ante las cortes argentinas; y ante ello AESU y Sulgás, partes del arbitraje, recurrieron a las cortes uruguayas para pedir que declare su competencia exclusiva sobre cualquier cuestionamiento contra el laudo.

La corte judicial argentina se declaró competente para resolver el pedido de anulación. Dicha judicatura adoptó la noción del arbitraje como orden jurídico flotante y transnacional, desligado a una sede física.

> A raíz de una práctica internacional generalizada y de las bondades que trajo aparejadas (particularmente, en materia de seguridad jurídica), quedó establecido, como principio general, que los órganos jurisdiccionales correspondientes al país sede del arbitraje eran los naturalmente competentes para entender en los recursos de revisión, apelación y/o nulidad que pudieran deducir las partes […].
>
> Esta conclusión, sin embargo, no ha impedido el reconocimiento de una solución distinta fundada, en sustancia, en el referido carácter «flexible» del procedimiento arbitral internacional.
>
> El fenómeno en cuestión, conocido como «deslocalización», importa restar trascendencia a la «sede» del tribunal arbitral […]. Y ello, en razón de que el arbitraje internacional no tiene fuero.[346]

La corte uruguaya, por contraste, consideró que ella contaba con competencia exclusiva sobre la validez del laudo.[347] Para la judicatura uruguaya, los únicos tribunales competentes para el control del arbitraje son los de la sede, y las partes no pueden trasladar dicha competencia a las cortes de algún otro país.

Cabe precisar asimismo que las partes, dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar que la resolución de todas las controversias o ciertas controversias que pudieran surgir entre ellas se someterían a Arbitraje, la ley que se aplicará y la Sede en que se realizaría el mismo, pero no pueden en virtud de la misma determinar la competencia de los Tribunales de otro Estado diferente a la Sede para entender en el recurso de nulidad, porque carecen de dicha facultad.[348]

La saga YPF —interesantísima sobremanera— no continuó porque las partes llegaron a un acuerdo (*settlement*).

(B) Análisis crítico

La intervención de cortes ajenas a la sede para resolver un pedido de anulación de laudo puede generar dos escenarios hipotéticos.

La ejecución de cualquier laudo que no fuera cumplido podrá demandarse ante cualquier tribunal […], sin embargo, cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina».

346 Cámara Contencioso-Administrativo Federal, caso 41.255/2013/1/RH1 y 41.255/2013/CA1, sentencia de 7 de octubre de 2014.

347 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Sentencia definitiva 152/2014, de 20 de agosto de 2014.

348 *Id.*

- La competencia *exclusiva* de las cortes de un país distinto a la sede para resolver la validez del laudo. En este escenario, las cortes de la sede carecerían de competencia para pronunciarse sobre la validez del laudo.

- La competencia *concurrente* de las cortes de la sede y de las cortes de un tercer país para resolver la validez del laudo. Es decir, ambas cortes pueden pronunciarse sobre el mismo.

Ambos escenarios son evaluados a continuación.

(i) Competencia exclusiva de cortes ajenas a la sede

A nuestro juicio, es teóricamente factible que las cortes de un país distinto a la sede tengan exclusiva competencia para evaluar la validez del laudo. Sin embargo, es necesario que el ordenamiento jurídico de la sede permita ello. Lograr tal autorización es viable si se hacen ciertas modificaciones al valor del laudo en la sede.

Bajo la noción actual clásica de laudo, es inviable sostener que las cortes de la sede podrían en algún caso carecer de competencia para determinar la validez de un laudo emitido en la sede. Esto se debe a que usualmente el laudo surte efectos de manera automática *en la sede*. El laudo desde su emisión surte efectos de cosa juzgada[349] y no es viable, al menos en la sede, que las partes puedan volver a discutir la controversia ya resuelta.

Si el laudo surte efectos de manera automática en la sede, el ordenamiento difícilmente tolerará que la validez del laudo no pueda ser evaluada por su judicatura. En tal esquema, para un país el control judicial de sus cortes sobre los laudos emitidos dentro de su territorio es una cuestión de orden público.[350] Según expusimos antes,[351] es virtualmente imposible que un país acepte que un tribunal público o privado resuelva controversias de manera vinculante sin que exista control alguno sobre el mismo.[352]

Para que un ordenamiento acepte no controlar la validez del laudo emitido dentro de su territorio, sería necesario que el laudo no surta efecto alguno de manera automática, y que para que surta efectos sea necesario seguir un proceso judicial de reconocimiento y ejecución. Al respecto, una experiencia cercana está en los países que permiten a las partes excluir la vía judicial de anulación, pues estipulan que en tales casos el laudo es tratado como un laudo extranjero para efectos de su ejecución.[353]

Es decir, el laudo no tendría valor en la sede mientras las cortes de la sede no le reconozcan efectos. De esta manera, para la sede sería inocuo que las cortes de otro país se arroguen la competencia para resolver demandas de anulación de laudos.

Ahora bien, aun cuando el ordenamiento jurídico de la sede podría permitir que cualquier otro país tenga exclusiva competencia para resolver demandas de anulación de laudo, es necesario considerar el ámbito restrictivo establecido por la Convención de Nueva York. Bajo dicha

---

349 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 24-17, 632 (2003).

350 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Sentencia definitiva 152/2014 (saga YPF), de 20 de agosto de 2014.

351 Ver 2.1.2.

352 Michael Kerr, *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law,* 34(1) The Int'l and Comparative L. Quarterly 1, 15-16 (1985).

353 Suecia, Suiza, Colombia y Perú adoptan este esquema. Ver 2.1.3.3.(A).

convención, en procesos de ejecución de laudo la causal de oposición por anulación del laudo solo será atendible cuando el laudo se haya anulado en la sede o en el país bajo cuya ley se haya emitido el laudo.[354]

Por lo tanto, para que en la práctica el otorgamiento de competencia exclusiva a otro país para los procesos de anulación sea efectiva, las partes deberían hacerlo vía aplicación de la ley de tal país como *lex arbitri*. Luego, pactos en los que las partes acuerden la competencia de un tercer país para los procesos de anulación, pero sin aplicar la ley de dicho país como *lex arbitri,* no resultarían verdaderamente eficaces. Así, en el caso de la saga YPF, la anulación del laudo por parte de las cortes argentinas no serviría como causal para oponerse a un pedido de ejecución de laudo en cualquier otro país.

Sea como fuere, virtualmente ningún país que sea sede de un arbitraje permite que otro país tenga competencia exclusiva sobre el proceso judicial de anulación del laudo. Esto nos lleva al siguiente escenario: competencia concurrente entre las cortes de la sede y las cortes de algún otro país.

(ii) Competencia concurrente entre cortes de la sede y cortes de un tercer país

Bajo la regla estándar actual, por la cual el laudo surte efectos de manera automática, las cortes de la sede se consideran siempre legitimadas a evaluar la validez del laudo. Por lo tanto, habría que evaluar si es posible que exista competencia concurrente para el proceso judicial de anulación. Es decir, que las cortes de la sede y también las cortes de un tercer país puedan anular el laudo indistintamente.

Pues bien, esta opción no parece viable. Que dos cortes declaren la validez o la anulación de un laudo resulta patológico. La competencia concurrente derivaría en un conflicto de jurisdicciones. Esta situación naturalmente generaría impredictibilidad y por lo tanto erosionaría la confiabilidad del arbitraje como medio efectivo de solución de controversias.[355]

La Convención de Nueva York, por su lado, no parece validar o amparar tal escenario patológico.[356] Es sólido considerar que la confusión resultante de tal doble competencia no es algo proyectado o aceptado por la Convención.[357]

4.1.2. Esquema de instancias

4.1.2.1. Marco general

Cada país define los caracteres de los procesos que se sigan ante sus cortes, y el proceso judicial de anulación de laudo no es la excepción. De manera concreta, no existe un único esquema de instancias judiciales para el proceso judicial de anulación de laudo. Sin perjuicio de ello, los principales modelos son los siguientes.

---

354 Art. V(1)(e).

355 Hossein Abedian, *Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration. A Case for an Efficient System of Judicial Review*, 28(6) J. of Int'l Arbitration 589, 619 (2011).

356 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3002 (2d ed. 2014).

357 Alan Scott Rau, *Understanding (and Misunderstanding) «Primary Jurisdiction»,* 21 The American Rev. of Int'l Arbitration 47, 77 (2010).

Doble instancia + recurso ante corte de vértice

La decisión judicial sobre la anulación del laudo puede ser apelada para que esta sea conocida en una segunda instancia. Contra esta última decisión, se puede interponer algún recurso para que el caso sea visto por una corte de vértice.

Este es el caso de Estados Unidos[358] y de Inglaterra.[359]

Primera instancia + recurso ante corte de vértice

Aquí, la decisión judicial de primera instancia puede ser impugnada mediante un clásico recurso de apelación, o mediante algún recurso especial (por ejemplo, el recurso de casación). La impugnación es absuelta por una corte de vértice: la corte suprema u órgano análogo que no tiene superior jerárquico alguno.

Este es el esquema adoptado por Suecia,[360] Francia[361] y Perú.[362] Suecia permite la apelación contra la decisión de primera instancia.[363] Por otro lado, Francia y Perú permiten tal cuestionamiento a través de un recurso de casación.

Instancia única (ausencia de apelación u otros recursos)

En este modelo, el pedido de anulación de laudo es conocido por una corte específica —sea corte de vértice o no—, sin que tal decisión pueda ser llevada a otra corte. Aquí se ubican Austria,[364] Suiza,[365] España,[366] Chile (para arbitraje internacional),[367] Colombia,[368] México.[369]

---

358 El *vacatur* se presenta ante una *District Court*,* y luego se puede apelar ante la corte de apelaciones del circuito judicial respectivo. Finalmente, la decisión de la corte de apelaciones puede ser objeto de un *writ of certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.
*La corte distrital podrá ser estatal o federal, según si demuestra que hay fundamento para la jurisdicción federal o si el caso genera una *federal question* (Victoria Orlowski, *Chapter 22: FAA Section 10 Applications to Vacate an Award (Including «Manifest Disregard»)*, in L. Shore *et al., International Arbitration in the United States* 503, 511 (2017)).

359 El *challenge to the award* (cuestionamiento contra el laudo) se presenta ante la *High Court of Justice* o ante una *County court* (art. 105(1) de la *Arbitration Act*). La decisión de dicha corte puede apelarse ante una *Court of Appeal* (arts. 67(4), 68(4) y 69(8) de la *Arbitration Act*). Finalmente, la decisión de la *Court of Appeal* puede apelarse ante la *Supreme Court of the United Kingdom*.

360 Art. 43 de la Ley de Arbitraje de 1999 de Suecia.

361 Las demandas de anulación se interponen ante la respectiva *cour d'appel* (art. 1494 (para arbitraje doméstico) y art. 1519 (para arbitraje internacional) del *Code de procédure civile*). Contra la decisión de tal corte se puede interponer un recurso para llegar a la *Cour de Cassation*.

362 Art. 64.5 de la LAP.

363 Para que la apelación sea atendida, la Corte de Apelaciones debe otorgar autorización a la apelación (*leave to appeal*) y con ello la misma podrá ser elevada a la Corte Suprema (Art. 43 de la Ley de Arbitraje de 1999 de Suecia).

364 Art. 615 del *Zivilprozeßordnung* de Austria

365 Art. 191 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.

366 Art. 42.2 de la Ley 60/2003.

367 Las demandas de anulación se interponen ante la respectiva Corte de Apelaciones (art. 34(2) de la LACI). La normativa no es clara en cuanto a si dicha decisión puede ser objeto de casación. Sin embargo, es razonable considerar que no lo es.
En cuanto a la casación en el fondo, la jurisprudencia chilena ya ha señalado que esta es inadmisible (Corte Suprema, decisión de 5 de octubre de 2016, n.º 55.038-16).
Por otro lado, la casación en la forma tampoco debería proceder, pues esta procede cuando la Corte de Apelaciones resuelve como instancia, lo que no se da en el proceso especial de anulación de laudo.

368 Art. 109.5 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012. Lo mismo aplica para el arbitraje local (Aída Patricia Hernández Silva, *Recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. Aspectos generales,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 21, 27 (2016)), aunque la ley expresamente no señala que la decisión judicial sea inapelable.

369 Art. 1476 del C.Com.

4.1.2.2. Particularidades en Iberoamérica

Según expusimos, España, Chile (para arbitraje internacional), Colombia y México adoptan un esquema de instancia única. Por otro lado, en Colombia y Perú la estructura de instancias tiene caracteres peculiares que merecen análisis.

(i) Colombia

Para el arbitraje local, el artículo 45[370] de la Ley 1563/2012 señala que la sentencia sobre anulación de laudo puede ser objeto de recurso extraordinario de revisión. Sin embargo, como se desarrollará después, el «recurso extraordinario de revisión» no califica como un recurso en estricto.[371]

(ii) Perú

En Perú, el modelo de primera instancia + recurso ante corte de vértice es peculiar a la luz del marco legal procesal de dicho país.

Primero, el esquema de instancia única es singular en tanto, a primera vista, podría resultar lesivo sobre el derecho de apelación. La Constitución de Perú reconoce a la pluralidad de instancias como una garantía de la función jurisdiccional.[372] Luego, el proceso judicial de anulación debería contar con una instancia de apelación.[373]

Segundo, la peculiaridad del modelo peruano radica en que el acceso a la corte de vértice solo está permitido cuando el laudo fue anulado en todo o en parte.[374] Esta, en verdad, constituye una decisión polémica. Y ello responde a que un esquema así afecta el debido proceso y el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad de armas.[375]

La regla del artículo 64.5 de la LAP hace que solo el *award creditor* pueda interponer el recurso de casación. En efecto, si este recurso solo puede interponerse cuando el laudo ha sido anulado total o parcialmente, entonces el único que podrá emplearlo es el demandado. En aquellos casos en que el laudo no sea anulado, el demandante no podrá acceder a la Corte Suprema vía casación.

---

370 «Artículo 45.- Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda».

371 Ver 3.1.2. del capítulo VI.

372 Art. 139.6.

373 Resulta curioso, pero este problema desaparece si se considera a la anulación como un recurso. La garantía de la doble instancia se respetaría pues se estaría frente a un proceso jurisdiccional híbrido, con una «primera instancia arbitral» y una «segunda instancia judicial», la que se activaría con el recurso de anulación.

374 Art. 64.5 de la LAP. Se trata de un esquema ya existente en las normas arbitrales peruanas anteriores: reconocido tanto en la derogada Ley General de Arbitraje (artículo 77) como en el derogado Decreto Ley n.º 25935 (artículo 72).

375 Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Perú parece considerar que la norma es válida y no adolece de inconstitucionalidad alguna. En un caso, se limitó a hacer una interpretación de la misma, sin apreciar ningún problema en ella. Así:
«[E]s posible advertir que para declarar la procedencia del recurso de casación en la tramitación de "recursos" de anulación de laudo arbitral se prevé como requisito que el laudo previamente haya sido anulado total o parcialmente; *a contrario sensu*, cuando ello no haya sucedido no cabe la interposición de recurso alguno, ni siquiera el de casación. […] Así las cosas al haberse rechazado el "recurso" de anulación de laudo arbitral, entonces no procedía legalmente la interposición de recurso alguno (apelación, queja o casación), puesto que el laudo no fue anulado total o parcialmente. Por esta razón las resoluciones cuestionadas que decretaron la improcedencia de los recursos de apelación y de queja por denegatoria de apelación han sido expedidas conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el Arbitraje (Ley Especial sobre la materia)» (Auto TCP 461-2012-PA/TC, de 3 de octubre de 2012).

El fundamento de esta decisión parecería ser limitar el control *indirecto* sobre el laudo arbitral. Es decir, «limitar los recursos judiciales que tengan relación con un arbitraje, aun cuando su objeto formal directo no sea un laudo arbitral».[376] En esa línea argumentativa, permitir presentar un recurso de casación contra la sentencia que declara infundada la demanda de anulación significaría continuar con el debate sobre el laudo.

La lógica expuesta es atendible. Sin embargo, discrepamos con la misma.

A nuestro juicio, el diseño de instancias en Perú genera desigualdad de oportunidades. Por un lado, el demandado cuenta con dos «instancias» para defender la validez del laudo: el proceso ante la Sala Superior y luego la casación ante la Corte Suprema. Por el otro, el demandante solo tiene una oportunidad para lograr la anulación: la Sala Superior. En otras palabras, el demandado puede intentar ser escuchado por dos órganos distintos. Por contraste, el demandante solo tiene una chance para anular el laudo; si la Sala Superior desestima la demanda, el demandante no podrá hacer nada al respecto, pues no podrá presentar un recurso de casación.

Este trato desigual es, a nuestro criterio, evidente, por lo que solo quedaría intentar darle alguna justificación que lo sostenga. Al respecto, podría sostenerse que el recurso de casación es *extraordinario*, y no forma parte del núcleo constitucional del derecho al debido proceso. Sin embargo, tal argumento no parece sostenible. La extraordinariedad del recurso de casación y su naturaleza ajena al ámbito constitucional del debido proceso podrían sustentar que el proceso judicial de anulación de laudo carezca de recurso de casación. Sin embargo, ello no permite sostener una existencia parcial del recurso de casación restringida a una sola parte.

Al final, no parece irrazonable concluir que el diseño actual del proceso judicial de anulación de laudo en Perú es inconstitucional.

4.1.3. Etapas procesales

4.1.3.1. *Iter* procesal

Al igual que el esquema de instancias, el recorrido procedimental del proceso de anulación de laudo varía de país en país. La LMU nada dice sobre la línea procedimental del juicio de anulación de laudo.

Igual, no parece desacertado considerar que este proceso debe ser breve y rápido. En palabras de una corte peruana, la anulación del laudo es un proceso «excepcional y sumarísimo».[377]

Primero, al ser un proceso impugnatorio, el proceso de anulación de laudo por regla general no involucrará una etapa extensa y compleja de determinación de hechos. Por un lado, el universo de los hechos estará casi siempre, íntegro, en el *case file* del arbitraje. Por otro lado, las causales de anulación significan una evaluación y discusión «en derecho»: más que discutir sobre lo acaecido, el análisis se enfoca en la valoración jurídica de los hechos.

En segundo lugar, el proceso judicial de anulación de laudo *debe* ser breve para contribuir a la seguridad jurídica sobre y la confianza en el arbitraje. Por ello, no resulta recomendable que el diseño procesal de este juicio sea extenso, complejo y lleno de etapas o fases.

---

376 Hernando Díaz-Candía, *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica,* 8(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 413, 435 (2015).

377 Lima, SSC1 170-2017, p. 5.

4.1.3.2. Supuesto especial de suspensión: *remission*

En ciertos ordenamientos, el proceso judicial de anulación de laudo puede *suspenderse* para remitir el caso de vuelta al tribunal arbitral y que este subsane la situación que es fundamento de la demanda de anulación. Ello se da por la figura de *remission*.[378]

La *remission* en realidad, es un remedio común en ordenamientos del *common law*,[379] como Inglaterra.[380] En tales ordenamientos, la *remission* no es un supuesto de suspensión del proceso;[381] sin embargo, la figura ha sido adoptada por la LMU[382] y adaptada de manera tal que se distingue de la *remission* propia del *common law*. La adopción de la *remission* por la LMU ha derivado a su vez en su difusión a nivel general[383] (incluyendo Latinoamérica).[384]

Dados sus caracteres, la *remission* será evaluada más adelante.[385]

4.1.3.3. Formas especiales de conclusión del proceso

(A) Marco general

Es tradicional que un proceso judicial concluya con la emisión de una sentencia que resuelve la controversia entre las partes. Sin embargo, existen otras maneras especiales para la conclusión del proceso. Si bien estas varían de ordenamiento en ordenamiento, es razonable considerar que las principales figuras de autocomposición pueden poner fin a un proceso judicial. Estas figuras son el allanamiento, que es la aceptación del demandado a lo pedido por el demandante; el desistimiento, que es la decisión del demandante de no continuar con el proceso; y el acuerdo conjunto (transacción).[386]

No es inusual que estas figuras estén reconocidas en las normas procesales generales locales.[387] Luego, dado que el proceso judicial de anulación es un proceso judicial, nada impediría *en principio* que pueda producirse un supuesto de allanamiento, desistimiento o transacción. Así, por ejemplo, lo ha reconocido la judicatura inglesa con relación al desistimiento (*discontinuance*):

---

378 La remisión, por cierto, no debe confundirse con el reenvío. La segunda se refiere a supuestos en los que después de anulado el laudo el caso es entregado al tribunal arbitral inicial para que emita un nuevo laudo.

379 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 25-62, 682 (2003).

380 Art. 68(3) de la *Arbitration Act*.

381 Ver 3.2.3.1. del capítulo V.

382 Art. 34(4) de la LMU.

383 Sin embargo, países como Alemania*, España, Francia y Estados Unidos** no cuentan con esta provisión (lo cual es llamativo al menos para los dos primeros, pues sus leyes se inspiran en el esquema de la LMU).
* En Alemania se regula una figura de reenvío, que es diferente al *remission*. Sucede que el § 1059(4) del ZPO permite devolver el caso al tribunal arbitral, pero solo *después de anulado el laudo*. «In deviation from the Model Law remittal is only possible after the award has been set aside» (Stefan Michael Kröll, *National Report for Germany (2007 through 2018)* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 59 (Supplement 98, 2018)).
** En Estados Unidos, el art. 10(b) de la FAA permite reenviar el caso al tribunal arbitral, pero solo después de que el laudo haya sido vacado (*vacated*).

384 Chile (art 34(4) de la LACI), México (art. 1459 del C.Com.) y Perú (art. 64.4 de la LAP) cuentan con dicha figura.

385 Ver 3. del capítulo V.

386 Luis Octavio Vado Grajales, *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos,* in D. Cienfuegos Salgado & M. C. Macías Vásquez (eds.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano* 369, 373-74 (2006).

387 Por ejemplo, las *Federal Rules of Civil Procedure* de Estados Unidos reconocen el *voluntary dismissal,* que puede darse a petición del demandante (Regla 41).

> CPR [Civil Procedure Rules] Part 38 deals with discontinuance of claims.
>
> […]
>
> There is nothing in CPR Part 38 which prevents the Rules relating to discontinuance from applying to an arbitration claim. Nor is there anything in CPR Part 62 (Arbitration claims) to stipulate that CPR Part 38 does not apply to arbitration claims. Accordingly, I think that Mr Mildon QC was correct to accept that CPR Part 38 does apply to arbitration claims. Therefore, a claimant making an arbitration claim is entitled to discontinue without the leave of the court unless one of the circumstances set out in CPR Part 38.2 applies.[388]

Por regla general, el allanamiento, el desistimiento y la transacción deberían ser formas válidas para poner fin a un proceso judicial de anulación de laudo. En el derecho procesal de la tradición del derecho civil, es el principio dispositivo el que da sustento a esto. Bajo este principio, las partes tiene el poder de disponer el objeto de litigio, lo que permite entonces que el demandante se desista, que el demandado se allane o que las partes celebren una transacción sobre el tema llevado a las cortes judiciales.[389]

La cuestión, entonces, está en determinar si el objeto del proceso judicial de anulación de laudo es disponible o indisponible. Al respecto, la pretensión de anular un laudo es, en principio, privada pues solo compete a las partes.

La anulación de un laudo es una disputa que se construye sobre una controversia subyacente. Esta controversia subyacente es privada,[390] pues es la discusión que las partes llevaron a arbitraje. Y si las partes pudieron llevar a arbitraje tal disputa, es sólido considerar que la misma no afecta a terceros o a interés general alguno. Por lo tanto, la pretensión de anular un laudo sería disponible pues tal disputa no afectaría a terceros ni habría razones de interés público que restrinjan la mencionada disponibilidad.[391]

Sin embargo, existen excepciones a tal esquema. Parece claro que si se pide la nulidad del laudo debido a algún vicio del convenio arbitral o el incumplimiento de una regla procedimental fijada por las partes entonces tal tema no reviste ningún impacto para tercero para el interés público. No sucede lo mismo en otros casos. Las causales de inarbitrabilidad y transgresión al orden público se dirigen a proteger cuestiones de interés público.[392] Para estas causales es más complicado alegar que las partes pueden disponer de la pretensión de anulación del laudo. En realidad, puede sostenerse que en tales casos el objeto sometido a juicio no es disponible.

---

388 *Sheltam Rail Company (Proprietary) Ltd v. Mirambo Holdings Ltd, Primefuels (Kenya) Ltd*, [2008] EWHC 829 (Comm).
El caso, sin embargo, tiene otras aristas importantes. La corte inglesa aceptó el pedido de *discontinuance* porque primero pidió al demandante que afirme que no invocaría los argumentos planteados en la demanda de anulación como fundamentos para oponerse a la ejecución del laudo en países extranjeros. El demandante aceptó tal requerimiento y por ello el juez dispuso el fin del proceso judicial.
En estricto, la decisión de la corte inglesa es criticable. Bajo el esquema de *choice of remedies* (ver 2.2.2.1. del capítulo V), el *award debtor* puede optar por demandar la anulación del laudo en la sede o esperar a que el *award creditor* pida la ejecución en algún país extranjero para oponerse a tal ejecución. El demandante puede demandar la anulación del laudo o puede no hacerlo, y en ambos casos por regla general eso no reduce su derecho a oponerse a la ejecución del laudo. Luego, no parece haber justificación para que el desistirse de la demanda de anulación tenga un impacto en la libertad del *award debtor* para oponerse a la ejecución del laudo en un país extranjero.

389 Art. 19 de la LEC; Sentencia TCE 187/1990, de 26 de noviembre de 1990.

390 Sentencia TCE 46/2020, de 15 de junio de 2020.

391 José Fernando Merino Merchán, *Principio dispositivo y acción de anulación,* 10(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 783, 789 (2017).

392 Ver 1.2.4. del capítulo III; y 5.1 y 6.1. del capítulo IV.

> En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por causas que, como la infracción del orden público, son apreciables de oficio, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de un interés tan general como es la preservación del orden público; interés general que lo es hasta el punto de que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardar de oficio dicho orden público. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2 LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes.[393]

En efecto, tiene sentido que si el laudo pudiera ser lesivo al orden público, los jueces rechacen poner fin al proceso judicial sin pronunciarse sobre tal cuestión. Por cierto, es usual que las cuestiones de arbitrabilidad y orden público puedan ser investigadas *ex officio* por la corte judicial.[394] Luego, una vez presentada la demanda de anulación, la evaluación de la arbitrabilidad o del orden público no requiere el impulso del demandante, los jueces pueden por sí solos decidir que tales temas deben ser investigados, evaluados y juzgados.

Por ejemplo, las partes llevan a arbitraje controversias que derivan de un contrato que materializa actos de corrupción. El laudo se expide y una de las partes considera que los árbitros no cumplieron con las reglas procedimentales establecidas y por ello pide la anulación del laudo. Si después las partes llegan a un acuerdo y tratan de poner fin al proceso judicial, resulta acertado que la corte, si así lo considera, investigue y resuelva la cuestión de si el contrato transgrede el orden público al dar efectos a actos de corrupción.

(B) Situación en Iberoamérica

(i) España

España permite el desistimiento, el allanamiento y el acuerdo de las partes para poner fin al proceso judicial de anulación.

El ordenamiento procesal español recoge el principio dispositivo[395] y reconoce la aplicación general de las figuras de transacción, desistimiento, allanamiento y terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o desaparición sobreviniente del objeto.[396] Existen casos en los que la norma española no permite tales figuras,[397] pero el proceso judicial de anulación no está contenido entre aquellos.

La jurisprudencia española ha reconocido que el desistimiento, el allanamiento y la transacción son aplicables al proceso judicial de anulación.[398] Sin embargo, el tema no ha sido pacífico. La judicatura de Madrid estableció que las partes no podían disponer el objeto del proceso.[399] Más aun, para la mencionada corte, la cuestión era especialmente clara cuando la demanda de anulación se sustenta en una infracción al orden público, pues en tales casos la presencia de un interés general impedía que la voluntad de las partes pudiera poner fin al proceso judicial.[400]

---

393 STSJ Madrid 65/2015, de 17 de septiembre de 2015, fundamento primero bis.
394 Ver 2.3.2. del capítulo III.
395 Como referencias, ver art. 19 de la LEC; Sentencia TCE 187/1990, de 26 de noviembre de 1990.
396 Arts. 19, 20, 21 y 22 de la LEC.
397 Art. 751 de la LEC.
398 Sentencia TCE 46/2020, de 15 de junio de 2020.
399 STSJ Madrid de 5 de septiembre de 2017 (Resumen en 11(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 279 (2018)).
400 STSJ Madrid 65/2015, de 17 de septiembre de 2015, fundamento primero bis.

La postura de la corte de Madrid fue criticada porque, entre otras razones, significaba un ensanchamiento del orden público.[401] Tal postura también ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional Español. Este determinó que el objeto del proceso de anulación de laudo podría ser disponible, incluso para ciertos casos en los que la causal invocada se refiera al orden público. Para el Tribunal Constitucional español, en todos los casos la controversia subyacente es privada y por lo tanto si esta es resuelta por las partes podría decaer el interés por perseguir la anulación del laudo.[402]

> […] las decisiones recurridas […] parten del error de entender que la voluntad de las partes se dirigía a disponer del objeto del procedimiento de anulación (que se integra por las causas de nulidad invocadas), del cual las partes no pueden disponer libremente cuando está presente un elemento de orden público […]. Por el contrario, resulta obvio que la pretensión era la de manifestar a la sala su ausencia de interés en proseguir con el litigio, al haber obtenido un acuerdo sobre las obligaciones patrimoniales reconocidas en el laudo, cuyo carácter de derecho privado patrimonial no se discute y de ahí su petición de archivo del proceso. […] Las decisiones recurridas no deslindan el terreno del litigio subyacente (aún pendiente, a pesar de la existencia de un laudo, pues de otro modo no tendría sentido la búsqueda de un acuerdo extrajudicial).[403]

Sobre ello, el Tribunal Constitucional de España hace una distinción en función a si la afectación se da contra el orden público material o procesal. Así, parecería que para dicho tribunal la afectación al primero constituye un objeto no disponible por las partes dentro del juicio, mientras que el segundo sí podría serlo.

> A mayor abundamiento, debemos advertir que, con la doctrina que emana de la decisión que se recurre, la interposición de la demanda de anulación generaría una suerte de «efecto dominó» que impediría a las partes ejercer su poder de disposición sobre el proceso. Dicha solución podría ser admisible de basarse la petición de anulación en que el objeto del laudo (en el caso, el contrato) regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público, pero no es el caso, dado que el orden público determinante de la decisión se refiere a la vulneración del derecho al árbitro imparcial, un matiz aportado al proceso de oficio por la propia sala, pues los demandantes fundaban la petición de nulidad en el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje.[404]

En resumen, la regla general es que el objeto del proceso (anulación del laudo) es disponible por las partes. Luego, puede darse el allanamiento, el desistimiento o la transacción. No obstante, tal regla no aplicaría para casos de inarbitrabilidad y de afectación al orden público material. Por contraste, la afectación al orden público procesal sí podría ser disponible, pues dentro de todo esta está ubicada dentro de un proceso judicial que a la vez responde a una controversia subyacente.

(ii) Latinoamérica

No parece haber jurisprudencia sobre la aplicabilidad de las figuras de allanamiento, desistimiento y transacción al proceso judicial de anulación de laudo. La única excepción parece ser Perú.[405]

---

401 Julio César Rivera, *Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los derechos de Argentina y España,* 38 Spain Arbitration Rev. 31, 37 (2020).

402 Sentencia TCE 46/2020, de 15 de junio de 2020.

403 *Id.*

404 *Id.*

405 Entendemos que en Chile existen diversos casos en los que el demandante se desistió de la demanda y la judicatura aceptó ello sin problemas. Lamentablemente, no hemos encontrado estos pronunciamientos.

En Perú, el marco normativo reconoce las figuras de allanamiento, desistimiento y transacción.[406] Sobre ello, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de reconocer la aplicabilidad del desistimiento[407] y de la transacción[408] en los procesos de anulación de laudo. En el caso en que reconoció la aplicabilidad de la transacción, la judicatura peruana sustentó ello en que la controversia había sido «sustraída» de la corte por decisión de las partes.

> […] con fecha posterior a la formulación del recurso, esta parte [la demandante] —a través del convenio antes citado [la transacción]— ha reconocido la plena validez y eficacia del Laudo cuya anulación pretendía, y pactado con su acreedor la forma en que habrá de satisfacer la obligación pecuniaria contraída en virtud de dicho Laudo Arbitral. Este acto jurídico posterior a la formulación del recurso de anulación determina que la «materia controvertida» de autos, esto es, la determinación de si el Laudo Arbitral es válido o no, ha quedado sustraída del ámbito jurisdiccional por propia decisión de las partes interesadas, quienes lejos de continuar debate alguno sobre este aspecto, se han reafirmado en la validez de la decisión contenida en el Laudo Arbitral, por ende, a la situación expuesta resulta aplicable supletoriamente el artículo 321, inciso 1), del Código Procesal Civil [sustracción de la materia/carencia sobrevenida de objeto], por cuyas razones, resolvieron: declarar la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo de la controversia.[409]

4.2. Partes del proceso

Parece razonable considerar que quien fue parte en el arbitraje puede demandar la anulación de laudo.[410] Sobre ello, las partes en el proceso judicial de anulación deberían ser precisamente los sujetos que se enfrentaron en el arbitraje. Si bien no parece que exista mayor discusión o controversia al respecto, es necesario hacer algunas precisiones.

Por otro lado, cuestión distinta es el tratamiento de terceros ajenos al arbitraje o de los árbitros. Para estos sujetos, no parece haber una posición uniforme en cuanto a su participación en el proceso de anulación. Todo esto será analizado a continuación.

4.2.1. Sobre las partes del arbitraje

4.2.1.1. Marco general

Bajo la tradición del derecho civil, el proceso judicial civil es consecuencia de un conflicto de intereses jurídicos entre al menos dos partes distintas, las que tienen posiciones antagónicas frente a un mismo bien jurídico. Pues bien, a dicho conflicto se le puede denominar relación jurídica *sustantiva*. Sobre dicha base, una vez que dicho conflicto material es llevado al proceso civil (o a arbitraje), se conforma una nueva relación: la relación jurídica *procesal*.[411]

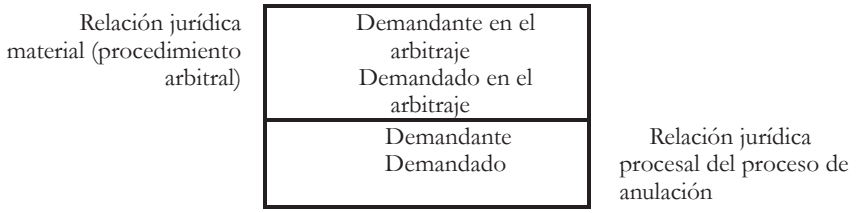
Ahora bien, lo relevante es la conversión de etiquetas de los titulares de los derechos en disputa. Esto porque precisamente tales sujetos son los legitimados a actuar en el proceso.[412] Así, dichos

406 Art. 323 y ss. del Código Procesal Civil.
407 Lima, SSC1 699-2009.
408 Lima, SSC1 873-2010.
409 Lima, SSC1 873-2010, p. 2.
410 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3392 (2d ed. 2014).
411 La relación jurídica procesal se conforma por los titulares de la relación material, el juez, y otros sujetos que participan en el proceso (secretarios, peritos de oficio, etcétera) (Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* 132 (3d ed. 1958)).
412 Ver, por ejemplo, el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

sujetos adquieren una nominación distinta una vez iniciado el proceso (o el arbitraje): asumen las etiquetas de demandante y demandado.

Un ejemplo para ilustrar ello: en la relación material, A era el contratista (*contractor*) y B el propietario (*owner*), pero en la relación *procesal*, A pasa a ser el demandante (*claimant*) y B el demandado (*defendant*). En términos gráficos:

Para el caso del cuestionamiento a un laudo, la relación jurídica material consiste en el procedimiento arbitral. Luego, el laudo podrá ser impugnado por cualquier sujeto que participó en el procedimiento arbitral como parte y se dirigirá contra los restantes sujetos que también participaron como parte.



4.2.1.2. Precisiones sobre la legitimación para demandar del *award creditor*

Un aspecto que merece ser resaltado es que todo sujeto que fue parte en el proceso judicial puede demandar la anulación del laudo. Esto significa que incluso el *award creditor* podría demandar la anulación del laudo.

Por regla general, la impugnación del laudo es iniciada por el *award debtor*. Las razones son obvias: el laudo le resulta desfavorable. Si el *award debtor* considera que el laudo adolece algún vicio, pedirá su anulación pues ello le evitará cumplir con lo establecido en el laudo.

La situación es inversa para el caso del *award creditor*. Si un laudo le reconoce algún derecho, no parece que el *award creditor* vaya a cuestionar el laudo *incluso si percibe que el mismo es defectuoso.* El *award creditor* puede considerar, de forma válida, que si el laudo tiene algún defecto será la contraparte la que deberá invocarlo y demandar la anulación del mismo.

Sin embargo, podría haber casos en los que el *award creditor* quiera demandar la anulación del laudo. Esto se puede dar cuando exista un riesgo de que el laudo se vuelva un *undead award:* un laudo válido para las cortes de la sede, pero cuya ejecución es rechazada en países extranjeros.[413] Precisamente, pueden existir casos en los que el *award creditor* es justo ganador del caso, pero un vicio en el laudo puede impedir que dicho laudo sea ejecutado. A esta situación se le ha denominado *Amlon Dilemma:*

413 William Leung King Wai, *Exercise of Residual Discretion under Article V of the New York Convention by Enforcement Court When Award Is Alive, Dead, and Undead in Seat*, 7 China Legal Sci. 123, 131-32 (2019).

> [T]he Amlon Dilemma in international commercial arbitration is that the winning party should win the case in substance and does get a successful award, but the award cannot be enforced anywhere because there exists one or more circumstances as enumerated in Article V (1) of the New York Convention, and the winning party has no other recourse means or remedies because the award has not been set aside by the court of the arbitral forum and still remains valid.[414]

Un laudo puede adolecer de algún vicio severo y patente, que hará que las cortes extranjeras sean reticentes a ejecutar el mismo. Sin embargo, si no se demanda la anulación del laudo en la sede, este se mantendrá válido y surtirá por tanto efectos de *res judicata*. El resultado es que el *award creditor* no podrá lograr materializar los efectos del laudo, pero tampoco podrá intentar obtener un nuevo laudo que sí sea pasible de ser ejecutado.

En ese sentido, si bien el laudo parece «favorable» para el *award creditor,* en realidad es perjudicial para sus intereses. Si un *award creditor* demanda la anulación del laudo, las cortes deberán entender que lo hace puesto que, a su criterio, dicho laudo en realidad le genera perjuicios. Por lo tanto, las cortes deben permitir a cualquiera de las partes, incluso a la parte «beneficiada» por el laudo, demandar la anulación del mismo.

4.2.2. Sobre los terceros

4.2.2.1. Delimitación

Por tercero, nos referimos a todo aquel sujeto que no tuvo la calificación de «parte» en el procedimiento arbitral. Así, la condición de «tercero» es definida por los árbitros: aquellos que hayan sido integrados al arbitraje como «parte» —sea que participen activamente o no— tendrán tal calificación, mientras que aquellos que no integren el procedimiento serán terceros.

Según expusimos antes, parece común que solo las partes del arbitraje puedan demandar la anulación de laudo,[415] y por consiguiente solo estas puedan calificar como partes en el proceso judicial de anulación de laudo. Pues bien, evaluaremos si terceros pueden demandar la anulación de laudo, y si por otro lado pueden ser demandados en un proceso de anulación.

4.2.2.2. Terceros como demandantes

(A) Marco general

No existe una sola posición en cuanto a si los terceros pueden demandar la anulación del laudo. Algunas leyes de arbitraje establecen expresamente que solo las partes del arbitraje pueden impugnar el laudo.[416] Fuera de ello, la gran mayoría de leyes, incluyendo la LMU,[417] no tiene provisiones expresas sobre quiénes son demandantes y quiénes demandados en el proceso judicial de anulación de laudo —se sobreentiende que son las partes del arbitraje—.[418] Por lo tanto, la

414 Shi Xianming, *Amlon Dilemma: Another Hilmarton Nightmare in International Commercial Arbitration,* 10(3) Canada Social Sci. 29, 33 (2014).

415 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3392 (2d ed. 2014).

416 Art. 10(a) de la FAA. La anulación se da «upon the application of any party to the arbitration».

417 La LMU no es útil como referencia en este extremo. Si bien dicha norma alude que ciertas causales de anulación están sujetas a que «la parte que interpone la petición pruebe [la causal]», las causales de arbitrabilidad y orden público no hacen mención a dicho fraseo. Es claro que ello obedece a que estas causales puedan ser conocidas de oficio; pero precisamente por ello, no parece que la LMU descarte que tales causales puedan ser conocidas por la corte incluso si un tercero es el que interpone la demanda de anulación de laudo.

418 Aquí se encuentran la LACI de Chile, la Ley 1563/2012 de Colombia, el C.Com. de México y la LAP de Perú.

jurisprudencia asume un rol crucial para determinar, frente a esa suerte de «vacío», cuál es la respuesta final.[419]

Bajo la tradición del derecho civil, se entiende, al menos por regla general, que los terceros no integran el proceso judicial de anulación. El tercero no forma parte de la relación jurídica material pues no participó en el arbitraje. Esta es la posición mayoritaria en jurisprudencia y en doctrina española.[420] Así, a decir de un tribunal español, «las partes son únicamente las que lo fueron en el proceso arbitral. No hay portillo abierto para terceros».[421]

En Perú, la jurisprudencia comparte la posición consistente en que solo las partes en el arbitraje pueden ser parte en el proceso judicial de anulación.[422]

> En el caso de la falta de legitimidad para obrar en un proceso de anulación de laudo arbitral, esta se verifica cuando quién interpone (legitimidad para obrar activa) el recurso de anulación de laudo arbitral o contra quién va dirigido (legitimidad para obrar pasiva), no participó en el proceso arbitral; es decir, no formó parte de la relación jurídica arbitral.[423]

Ahora bien, ¿qué pasa con el tercero *afectado* por el laudo?

Primero que nada, debe quedar claro que, más allá de la vía específica, el tercero debe contar con un mecanismo para defenderse ante el laudo. Al respecto, se ha reportado que en arbitrajes locales de algunos ordenamientos se permite que el tercero pueda presentar algún tipo de cuestionamiento contra el laudo, lo que confirma el hecho evidente de que en algunos casos este puede efectivamente verse afectado por el arbitraje.[424]

Sin embargo, de ello no se colige necesariamente que dicho mecanismo deba ser el de anulación de laudo.

En realidad, parecería que la vía más adecuada para la defensa del tercero está en la *ejecución* del laudo. Ello dada la diferencia de finalidades entre el proceso de anulación y el proceso de ejecución: el primero cuestiona vicios del arbitraje; sin embargo, dichos vicios no son los que en sentido estricto perjudican al tercero, sino más bien los *efectos* del laudo. Así, según la Corte Constitucional belga:

> En vista de las características y objetivos del proceso de anulación de laudo, las partes y los terceros respecto al laudo están en situaciones esencialmente diferentes. En efecto, al someter sus diferencias a arbitraje, las partes eligen limitar sus posibilidades de recurso contra la

---

419 Un ejemplo ilustrativo es de Bélgica. La Corte Constitucional belga ha señalado que, salvo para una causal (fraude), los terceros no pueden interponer demanda de anulación de laudo (Corte Constitucional, decisión del 16 de febrero de 2017, caso 21/2017).

420 Manuel Álvarez Diez, *La legitimación para interponer la Acción de Anulación de Laudos Arbitrales: el caso de los ajenos al litigio arbitral*, 28 Spain Arbitration Rev. 53, 56 (2017). El autor reporta diversas fuentes académicas y pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

421 SAP Madrid 456/2008 de 15 de septiembre de 2008. Sin embargo, la jurisprudencia española no es unánime; así, en la STSJ Madrid 65/2016, de 13 de octubre de 2016, se sostiene que el tercero con interés sí podría demandar la anulación del laudo.

422 Esto tiene especial sentido considerando que en Perú se reconoce expresamente que el tercero puede recurrir al proceso de amparo (Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, fundamento 21). Precisamente, antes del precedente judicial que reconoció expresamente la apertura de tal vía a terceros, la judicatura aceptaba que el tercero pudiera demandar la anulación del laudo (Lima, SSC2 571-2009, pp. 1-6).

423 Lima, SSC1 232-2012, p. 10.

424 Stavros Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room,* 113(4) Penn State L. Rev. 1165, 1170 (2009).

> decisión a aquellas hipótesis en la que esta es afectada por alguno de los vicios enumerados por la disposición en cuestión [art. 1717 del Code judiciaire] y tienen vetado el ejercicio de un recurso de plena jurisdicción. Los terceros, por contraste, no están afectados por los vicios que afectan la decisión arbitral en sí misma, sino por la necesidad de contrarrestar su ejecutabilidad contra ellos, que no es el objeto del proceso de anulación. Resulta que la diferencia de tratamiento entre las partes y terceros, en lo que concierne a la posibilidad de demandar la anulación del laudo, responde a un criterio pertinente.[425]

En ese sentido, la distinción en el tratamiento en cuanto al proceso de anulación del laudo estaría justificada en las distintas cualidades de la parte del arbitraje y del tercero. Parecería incluso válido excluir a los terceros de los sujetos habilitados para demandar la anulación de laudo, toda vez que ello no les genera consecuencias materiales.[426]

Sin embargo, la discusión se mantiene. En efecto que el tercero pueda defenderse oponiéndose a la ejecución no quita que podamos evaluar la pertinencia de que este también pueda iniciar una demanda de anulación de laudo.

En nuestra opinión, habilitar al tercero *con interés* para demandar la anulación del laudo es más beneficioso que perjuicioso para el arbitraje.

Existe una razón muy sólida de política legislativa para permitir que terceros demanden la anulación del laudo: impedir la creación de vías adicionales contra el arbitraje. Es conveniente para el arbitraje que la anulación del laudo sea una vía *exclusiva* y *única,* pues la pluralidad de vías genera disparidad en el tratamiento del arbitraje de Estado a Estado.[427]

Al establecer que terceros puedan demandar la anulación del laudo, y considerando que estos podrán defenderse ante la ejecución del laudo dirigido contra ellos, no resulta ya necesario que el ordenamiento jurídico diseñe vías adicionales para la tutela de los derechos de aquellos. En ese sentido, se genera mayor predictibilidad en cuanto a las acciones judiciales disponibles en un ordenamiento específico contra el arbitraje.

Ahora bien, debemos apreciar que el tercero tiene un abanico reducido de causales. Dado que su legitimación para demandar se origina exclusivamente en la afectación que sufre, el tercero no puede cuestionar aspectos que no le causan o causaron perjuicios. En estricto:

- El tercero no puede cuestionar la invalidez «completa» del convenio. Solo puede cuestionar la *ineficacia* o *inoponibilidad* del convenio en cuanto a su posición.

---

425 Bélgica, Corte Constitucional, decisión del 16 de febrero de 2017, caso 21/2017, § B.11.3, p. 12. Traducción libre al español.
Texto original:
«Au regard des caractéristiques et des buts de la procédure en annulation de la sentence arbitrale, les parties et les tiers à la sentence se trouvent dans des situations essentiellement différentes. En effet, en soumettant leur différend à l'arbitrage, les parties ont choisi de limiter les possibilités de recours contre la décision auprès du juge judiciaire aux hypothèses dans lesquelles elle est affectée d'un des vices énumérés par la disposition en cause [art. 1717 del Code judiciaire] et se sont interdit par ailleurs l'exercice d'un recours de pleine juridiction. Les tiers, en revanche, ne sont pas concernés par les vices pouvant affecter la décision arbitrale en elle-même, mais bien par la nécessité de faire échec à l'opposabilité de celle-ci à leur égard, ce qui n'est pas l'objet de la procédure en annulation. Il en résulte que la différence de traitement entre les parties et les tiers, en ce qui concerne la possibilité de demander l'annulation de la sentence, repose sur un critère pertinent».

426 Bélgica, Corte Constitucional, decisión del 16 de febrero de 2017, caso 21/2017, § B.13, p. 12.

427 UNCITRAL, *Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*.

- El tercero no debería poder cuestionar afectaciones al debido proceso o a las reglas procedimentales o de composición al tribunal arbitral. Los defectos y vicios acaecidos en el procedimiento no afectan al tercero porque este, precisamente, no fue parte en el procedimiento.[428]

- El tercero solo puede cuestionar el exceso de autoridad que derive en una decisión que le afecta. Si el laudo es *extra petita* o *ultra petita* en otros extremos que vinculan solo a las partes, ello no puede ser denunciado por el tercero.

- El tercero sí puede cuestionar la arbitrabilidad de la disputa o invocar afectaciones al orden público. Ello responde a una razón práctica: la corte judicial puede conocer tales temas de oficio.

La idea subyacente es que la habilitación del tercero no constituye una puerta abierta de par en par. Se trata, en realidad, de un portillo reducido, restringido en función a la afectación al tercero. *El tercero solo puede sustentar su pedido de anulación en función a la afectación que sufrió*, de ahí las limitaciones glosadas arriba.

Por lo tanto, a la luz de lo establecido, consideramos idóneo que la vía de anulación de laudo pueda ser iniciada por terceros afectados por el laudo. Naturalmente, el abanico de fundamentos a disposición del tercero es reducido por comparación al de las partes.

(B) Aspectos técnicos sobre la demanda de un tercero

En caso un ordenamiento permita a terceros demandar la anulación del laudo, se hace necesario considerar algunos ajustes en el esquema de requisitos para demandar. Pese a que recién más adelante haremos un tratamiento de los principales requerimientos para demandar la anulación,[429] para este apartado abordaremos los requisitos de objeción oportuna (*non waiver*) y plazo aplicados al caso de un tercero.

(i) Objeción oportuna

En cuanto a la objeción oportuna, parece claro que al tercero no se le va a pedir que haya objetado el vicio en el procedimiento arbitral.[430] Ello resultaría ilógico, pues si hubiese podido hacerlo entonces ya no calificaría como tercero.

Sin embargo, ello no libera al tercero del principio general de buena fe en su comportamiento. Si el tercero tiene conocimiento del arbitraje y considera que este puede afectar sus derechos, este debería al menos comunicar a las partes y a los árbitros que el arbitraje transgrede la esfera de dominio de las partes (pues la decisión podría alcanzar a un tercero).

A nuestro juicio, la demanda del tercero que supo que existía un arbitraje que podía afectarlo y no hizo nada al respecto podría ser no atendida, de forma válida. Esta posición ha sido planteada ya por la jurisprudencia española:[431]

---

428 Una notoria excepción es España para afectaciones al debido proceso, pues en dicho país tal causal puede ser conocida de oficio (art. 41.2 de la Ley 60/2003).

429 Ver 4.3.

430 Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996 – A commentary* 359-60 (4th ed. 2003).

431 STSJ Madrid 65/2016, de 13 de octubre de 2016.

> [S]i el demandante tenía un interés «legítimo», tal y como alega en este momento, porque sus intereses se veían afectados en el procedimiento arbitral, —ya que podría dejarse sin efecto el acuerdo social en el que se le nombraba administrador mancomunado de la sociedad tal y como ha ocurrido tras el pronunciamiento del Laudo—, podría, y debería haber intervenido en el mismo, siendo su intervención voluntaria, como administrador […] y sin embargo no lo hizo, por lo que no puede invocar en esta acción de anulación un interés directo en el ejercicio de la misma, si no acredita que intervino, o al menos que lo intentó y se le denegó indebidamente su intervención.[432]

En ese caso, es claro que la judicatura adopta el principio sobre proscripción de ir contra actos propios.[433]

(ii) Plazo

En cuanto al plazo, el tema resulta más complicado. Como veremos, el plazo para demandar la anulación está enlazado a la seguridad y naturaleza «final» del laudo. Mientras más amplio el plazo, mayor el margen de incertidumbre en cuanto a que el laudo sea «definitivo».

La contabilización del plazo *para* el tercero es un tema de difícil solución. Para las partes, el plazo se contabiliza desde que las partes son notificadas; sin embargo, el tercero *nunca será notificado*. En ese sentido, el cómputo del plazo tiene que activarse desde algún otro hecho.

Podría, entonces, optarse por contabilizar un plazo desde que el tercero toma conocimiento del laudo. Sin embargo, ello en la práctica desvirtuaría el esquema de plazos reducidos para impugnar la anulación. El tercero podría tomar conocimiento incluso años después de emitido el laudo.

A nuestro criterio, el plazo del tercero para demandar la anulación del laudo se debe computar desde la emisión del laudo[434] o la notificación a las partes, según la regla que aplique para las partes del arbitraje. Esta es la única manera de lograr mantener el esquema de predictibilidad y seguridad en cuanto a la naturaleza «final» del laudo arbitral.

Por lo demás, si el tercero toma conocimiento de manera posterior, no queda en indefensión. El mismo podrá dar por ineficaz, en cuanto a él, el laudo y, en caso de un proceso judicial de ejecución, oponerse a los efectos del laudo dentro de dicho proceso.

4.2.2.3. Terceros como demandados

No parece que exista razón alguna para que un tercero sea emplazado para defender un laudo derivado de un arbitraje en el que no participó. Más aun, el laudo y las medidas que este disponga (*relief*) no recaerían —al menos no directamente— en tercero alguno, por lo que ningún tercero estaría legitimado para defenderlo.

Sin embargo, en el supuesto anómalo en que el laudo haga surgir derechos o beneficios a favor de un tercero, sería razonable emplazar a este como demandado del proceso de anulación, a efectos

---

432 Vale recordar que la posición mayoritaria jurisprudencial es que los terceros no pueden demandar la anulación del laudo. Esta es una sentencia perteneciente a la corriente minoritaria.

433 Manuel Álvarez Diez, *La legitimación para interponer la Acción de Anulación de Laudos Arbitrales: el caso de los ajenos al litigio arbitral*, 28 Spain Arbitration Rev. 53, 57 (2017).

434 Este es el caso del *challenge* bajo la *Arbitration Act* de Inglaterra. Tanto las partes como los terceros tienen el mismo plazo (28 días) desde la emisión del laudo para cuestionarlo (Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996 – A commentary* 359 (4th ed. 2003)).

de que pueda defender al laudo que le beneficia. Ello, precisamente, sucedió en España, en el que el laudo otorgaba una suma a favor de la institución arbitral que administró el caso —y que naturalmente no era parte en dicho arbitraje—. La corte consideró válido el emplazamiento de la institución arbitral como demandada en el proceso judicial de anulación:

> La pretensión anulatoria del laudo, por tanto, afecta únicamente a la situación jurídica en la que tiene directo y único interés la Corte Arbitral: el efecto jurídico pretendido con la anulación del laudo solo a ella le atañe. Esto determina el reconocimiento —excepcional, pero ineludible— de su legitimación pasiva para enfrentarse al ejercicio de la acción de anulación realizado a través de la demanda.
>
> […]
>
> Y debiendo dirigirse la acción contra quien aparece titular de los derechos reconocidos en el laudo, en este caso la Corte de Arbitraje aparece como directamente interesada en esa decisión. Si conectamos la legitimación con el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva, únicamente mediante el ejercicio frente a la Corte de Arbitraje de la acción de anulación del laudo dictado puede obtener la aquí demandante la satisfacción de ese derecho constitucional, reaccionando en vía judicial frente a quien resulta obligada en virtud del laudo dictado.[435]

Parece acertado que, para garantizar la satisfacción del demandante en el proceso de anulación, cualquier sujeto que obtenga beneficios del laudo (haya sido parte o no en el arbitraje) sea emplazado en tal proceso judicial.

4.2.3. Sobre los árbitros

Por regla general, los árbitros no participan en el proceso de anulación de laudo como parte —la participación como testigos es evaluada más adelante—.[436] Virtualmente ninguna legislación establece que los árbitros forman parte del proceso de anulación de laudo. Sin embargo, las razones para ello no son las mismas en los distintos ordenamientos.

Para efectos de orden, dividiremos el análisis según si los árbitros pueden fungir como demandantes o como demandados.

4.2.3.1. Árbitros como demandantes

La idea de un árbitro como demandante en un proceso de anulación de laudo resulta insólita, por la correlativa remota posibilidad de que algo así suceda.

Es razonable sostener que el árbitro carece de legitimación para demandar, y que ello se desprende de la propia naturaleza del proceso de anulación.[437] La razón central es sencilla: por regla general, el árbitro no tiene interés en el resultado del proceso de anulación de laudo. El interés tutelado en este proceso es el de las partes del arbitraje, pues ambas buscan efectos *materiales,* una a través de la declaratoria de nulidad del laudo, y la otra a través de la defensa del mismo.

---

435 STSJ Madrid 5/2017, de 18 de enero de 2017, fundamento segundo.

436 Ver 4.4.2.2.(A).

437 María Luisa Segoviano Astaburuaga, *Comentarios al artículo 42,* in V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje* 665, 672 (2004).

Asimismo, otro aspecto a considerar está en el de los actos propios. Resulta contradictorio que un árbitro suscriba un laudo y luego demande la nulidad. Concebir que pueda demandar la anulación del laudo en este caso implicaría, entonces, amparar un supuesto de actos propios.[438-439]

Sin embargo, creemos que dicha regla general puede ceder en algunos casos. Casos en los que el árbitro no incurre en actos propios y sí tiene un interés merecedor de tutela en cuanto a la impugnación del laudo. Por ejemplo, después de emitido el laudo, uno de los árbitros del tribunal descubre un hecho de corrupción gravísimo, un atentado al orden público. En este escenario, el árbitro podría tener un interés legítimo. Y es que el sostenimiento del laudo en un caso así podría generarle responsabilidad en distintos ámbitos (penal, civil, etcétera). En tal caso, el árbitro merecería ser atendido al requerir la anulación del laudo, pues la nulidad de este le reportará un beneficio tangible.

En resumen, creemos que a nivel teórico el árbitro sí puede demandar la anulación del laudo. Tendrá legitimidad para obrar siempre que no incurra en actos propios y tenga un interés merecedor de tutela. Esto, por cierto, sucederá en pocos casos.

4.2.3.2. Árbitros como demandados

(A) Esquema general

En perspectiva comparada, la no participación de los árbitros como demandados es un rasgo común en sistemas de *common law* y de derecho civil.

(i) *Common law*

Bajo el *common law,* el árbitro no puede ser demandado debido a que goza de *immunity* (inmunidad). A grandes rasgos, dicha institución exime de responsabilidad a ciertas personas/funcionarios durante el ejercicio de sus funciones. La *immunity* evita que los árbitros puedan ser demandados por su actuación como árbitros.

En Estados Unidos, el punto de partida es la inmunidad judicial y sus fundamentos. En *Pierson v. Ray*,[440] la Corte Suprema señaló que la inmunidad judicial es necesaria para proteger la independencia de los jueces en tanto los litigantes no podrán intimidarlos o sesgarlos a través de demandas. Sobre dicha base, en *Butz v. Economou*,[441] la Corte Suprema estableció pautas para determinar la extensión de la inmunidad a ciertos funcionarios que ejercían un rol cuasijudicial.[442] Dichas pautas son conocidas como el *Butz test* y se emplean para evaluar la extensión de la inmunidad a nuevos grupos.

Butz v. Economou ha sido empleada como fundamento para que la inmunidad cubra también a los árbitros.[443] Esta inmunidad no alcanza solo a demandas de indemnización contra los árbitros;

438 Rafael Hinojosa Segovia, *Sobre la legitimación del árbitro y de las instituciones arbitrales en el proceso de anulación,* 9(3) Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones 839, 841 (2016).

439 Naturalmente, hay casos en los que no se configuraría un supuesto de actos propios. Por ejemplo, en casos de tribunales colegiados, un árbitro podría no suscribir el laudo. Sin embargo, en estos casos, el árbitro estaría «liberándose» de responsabilidad (Rafael Hinojosa Segovia, *Sobre la legitimación del árbitro y de las instituciones arbitrales en el proceso de anulación,* 9(3) Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones 839, 841 (2016)), lo que denotaría que aquel no tiene ningún interés en que el laudo sea o no anulado.

440 386 U.S. 547 (1967).

441 438 U.S. 478 (1978).

442 Una suerte de jueces administrativos que eran parte del *State Department of Agriculture.*

443 Barbara Alicja Warwas, *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses* 259 (2017).

en *Tamari v. Conrad*,[444] la Corte de Apelaciones del 7 Circuito señaló que «arbitral immunity should be extended to cases where the authority of an arbitrator to resolve a dispute is challenged». Así, la inmunidad arbitral cubre también a los árbitros frente a demandas de *vacatur* (anulación). En *Mical v. Glick*,[445] caso de *vacatur,* una corte distrital señaló que «is undisputed that the Arbitrators have been sued on account of their actions pertaining to the Arbitration, and their actions hence fall within the scope of the absolute immunity granted to arbitrators in Tamari and subsequent cases».

En Inglaterra, la inmunidad se encuentra recogida en la *Arbitration Act*.[446] El árbitro no es responsable por nada hecho u omitido durante la realización o supuesta realización de sus funciones salvo que el hecho o la omisión se deba a mala fe. Sobre ello, parecería que los árbitros no podrían ser demandados en el proceso de anulación de laudo.

Sin embargo, la respuesta específica es que la inmunidad *permite* a los árbitros no ser parte en el proceso judicial de anulación de laudo.[447] En *Port Sudan Cotton Co v Govindaswamy Chettiar & Sons*,[448] la corte señaló que, en casos de denunciada conducta indebida del árbitro, este puede elegir (α) asumir un rol completo en el proceso como parte; (β) presentar un *affidavit* con los hechos que considere útiles para la corte; o (γ) no tomar ninguna acción. Para dicha corte, esto se fundamenta en la justicia natural pues «no one should have his conduct criticised without being given an opportunity for replying or explaining».[449]

Otros ordenamientos de *common law* han seguido la posición de Inglaterra.[450] En síntesis, la inmunidad, en relación con el proceso judicial de anulación de laudo, no debe entenderse de manera absoluta. Esta podría matizarse *a decisión del árbitro*.

El esquema reseñado se justifica en la necesidad de proteger a los árbitros. Estos se verían desincentivados a ejercer tal función si existe un riesgo de verse incorporados en la disputa, y de tener que asumir gastos para su defensa legal cuando el resultado final de la disputa material les es irrelevante.[451] En última instancia, la protección del árbitro deriva en la protección del arbitraje. El arbitraje requiere de terceros dispuestos a resolver disputas como árbitros, por lo que se hace necesario resguardar dicho rol.[452]

Otro argumento es el de no afectar los deberes que tienen los árbitros de ser objetivos y administrar justicia. Involucrarlos como parte en un proceso de anulación erosionaría esos deberes. Sin embargo, vale precisar que el emplazar a los árbitros no implica automáticamente que estos distorsionen su rol de juzgador para pasar al rol de demandante. El emplazamiento nunca podrá obligar a los árbitros a que presenten argumentos, planteen recursos, participen en audiencias, etcétera. El árbitro podrá mantener incólume su rol de juzgador optando por mantenerse en silencio en el proceso judicial de anulación.

444 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).
445 13 C 6508 (N. D. Ill., 2014), https://casetext.com/case/mical-v-glick-1
446 Art. 29(1).
447 Michael Hwang, Katie Chung & Fong Lee Cheng, *Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties,* in A. W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2007* 225, 243 (2008).
448 [1977] 1 Ll LR 166 (QB).
449 *Id.*
450 George H. Golvan, *Post Award Litigation – The Involvement of the Arbitrator*, 42 Australian Constr. L. Newsl. 8, 10 (1995).
451 *Tamari v. Conrad,* 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).
452 *Corey v. New York Stock Exchange,* 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

(ii) Derecho civil

En el derecho civil, el esquema es distinto. No existe una figura asimilable a la *immunity* arbitral del *common law*. Sobre ello, las razones para no emplazar al árbitro como parte varían según cada jurisdicción.

En Francia, la regla general es que el árbitro no forme parte del proceso judicial de anulación. la *Cour d'appel de Paris* ha señalado que «el proceso de anulación se dirige contra el laudo, y no contra el árbitro, que no es parte en este debate».[453] El fundamento radica en una analogía entre la participación del juez luego de emitida la sentencia y la del árbitro luego de emitido el laudo. Dice Fouchard:

> Así como un juez cuya decisión es impugnada ante un órgano superior no está presente ni es llamado a dicha instancia, el árbitro no puede estar implicado personalmente en el cuestionamiento a su laudo. Esta es una regla estatutaria destinada a proteger a todos los jueces, públicos o privados, y a garantizar su serenidad antes, durante y después de su decisión.[454]

En España, el fundamento es que el árbitro carece de interés tutelable en el resultado del proceso judicial de anulación. El sustento no es proteger al árbitro, sino que simplemente a este no le compete la discusión y resultado del proceso de anulación del laudo.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el árbitro no puede ser parte del proceso, puesto que tal condición les corresponde a quienes tienen «derechos e intereses legítimos» en el litigio,[455] los que serían precisamente las partes. Además, en esa misma sentencia, dicho tribunal precisó que el árbitro no debería ser parte del proceso debido a la tarea que desempeña.[456]

La jurisprudencia de los tribunales superiores trabaja sobre esa base y expanden las razones específicas por las que el árbitro no puede ser demandado. Así:

> [C]onforme a la doctrina constitucional establecida en el Auto n.° 326/1993 de 28 de octubre, el llamamiento y la presencia del árbitro en el procedimiento de anulación del laudo arbitral no tiene ningún sentido. Y no lo tiene porque la acción de anulación, basada en motivos tasados, no puede dirigirse contra el árbitro, pues ningún motivo se articula contra el mismo, y tampoco frente a ninguna acción en su contra puede defenderse el mismo; es decir, la justificación de la innecesariedad del llamamiento del árbitro al proceso de anulación del laudo se justifica en que ninguna indefensión se causa al mismo por esa falta de convocatoria porque ningún motivo de los contemplados en el art. 41 LA le afecta […].[457]

---

453 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 9 de abril de 1992 (Resumen en 1996(3) Revue de l'Arbitrage, 483, 483-503 (1996)). Traducción libre al español.
Texto original:
«l'instance ne peut viser que la sentence, et non l'arbitre, qui n'est pas partie dans ce débat».

454 Philippe Fouchard, *Le statut de l'arbite dans la jurisprudence française*, 1996(3) Revue de l'Arbitrage 325, 334 (1996). Traducción libre al español.
Texto original:
«De même que tout juge étatique dont la décision est attaquée devant une juridiction supérieure n'est ni présent ni appelé à cette nouvelle procédure, de même l'arbitre ne peut être impliqué personnellement dans la contestation de sa sentence. C'est une règle statutaire destinée à protéger tous les juges, publics ou privés, et à garantir leur sérénité avant, pendant, et après leur décision».

455 ATCE 326/1993.

456 *Id.*

457 STSJ Islas Canarias 2/2016, de 10 de mayo de 2016, fundamento sétimo.

Por lo tanto, sea en el sistema de *common law* o en el de derecho civil, parecen haber razones atendibles para que el árbitro carezca de legitimidad para obrar pasiva (o activa).

(B) Posición ideal

(i) Fundamentos de la posición

Es sólido considerar que el marco normativo ideal es aquel que brinda protección al árbitro, pero a la vez le permite decidir sustraerse de dicha protección. Es decir, el esquema de *immunity* inglés resulta la mejor opción.

Si el árbitro quiere ser escuchado, debe permitírsele hablar. No parece que exista justificación alguna para impedir su participación voluntaria en el proceso judicial.

¿Tiene el árbitro interés en el resultado del proceso de anulación de laudo? Según expusimos antes, el laudo parecería competer solo a las partes del arbitraje, pues una pasa a ser *award debtor* y la otra *award creditor*. El árbitro no es «deudor» o «acreedor» de lo que establezca el laudo.

Sin embargo, un árbitro *podría* tener interés en defender su laudo. Cuestiones como su prestigio y la gravedad de las afirmaciones que podría verter el demandante contra el árbitro (alegaciones de torpeza, ineptitud, etcétera) podrían motivar a este a querer expresar su posición en el juicio de anulación. Precisamente, impedir al árbitro participar en el proceso cuando este lo desea podría calificar como indefensión cuando las alegaciones para anular el laudo impacten en las aptitudes o actitudes del árbitro.[458]

Y es que en verdad el proceso judicial de anulación de laudo y su resultado podrían tener un impacto en el árbitro. La anulación del laudo no le afecta directamente, pero sí podría hacerlo de manera *indirecta*: esta anulación puede reducir su prestigio y posicionamiento en el medio.[459]

(ii) Problemas y contingencias

La intervención activa del árbitro en un proceso judicial de anulación le genera a este contingencias. El árbitro deberá evaluar estas al momento de decidir si interviene activamente o no.

Por un lado, *hacia atrás,* en sentido estricto la intervención activa del árbitro no implica automáticamente la distorsión de su rol de juzgador objetivo. Las causales de anulación se refieren a aspectos *formales*, y no inciden en el fondo de la controversia. Por lo tanto, que el árbitro se pronuncie sobre tales aspectos no desvirtúa o menoscaba la imparcialidad ejercida en cuanto a la resolución del fondo.

El árbitro, por ejemplo, podría considerar imperativo defenderse de una acusación de corrupción que constituye fundamento para pedir la anulación del laudo. Dicha defensa en modo alguno deslegitima su rol de juzgador objetivo ejercido en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, en otros casos la actuación del árbitro podría derivar en una crítica a su propio proceder en el arbitraje. Por ejemplo, si una parte demanda la anulación por exceso de autoridad o

458 Josef Fröhlingsdorf, *Anulación de un laudo arbitral por infracción del orden público al no motivarse de forma suficiente la decisión (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, n.º 49/2018, de 13 diciembre 2018),* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 219, 220 (2018).

459 Ver 5.2. del capítulo V.

por inarbitrabilidad de la materia, ¿qué tendría que responder el árbitro al respecto que ya no hubiese dicho en la respuesta al pedido de exclusión que, seguramente, la parte planteó contra el laudo? En teoría, el árbitro ya dijo, en la respuesta a dicho pedido, todo lo que tenía que decir al respecto, por lo que parece raro que pase a defender, en el proceso de anulación, dicha decisión adoptada.

Por otro lado, *hacia adelante,* la situación es muy distinta. La participación activa derivaría en que el árbitro ya no pudiese continuar con el caso si es que el proceso de anulación del laudo derivase en el reinicio de las actuaciones arbitrales. Y es que parece razonable argumentar que el árbitro que participó en el proceso de anulación no debería continuar como árbitro. Puede decirse que su actuación en dicho proceso, aun cuando no puede justificar ninguna crítica a su tarea durante el arbitraje inicial (es decir, hasta la emisión del laudo ahora anulado), sí le impide, ahora en el reinicio de actuaciones, continuar como árbitro.[460]

Para finalizar, lo expuesto solo aplica en casos de participación activa del árbitro (árbitro como parte). Consideramos que la presentación de un memórandum —*affidavit,* como lo conciben algunos ordenamientos de *common law*— no necesariamente afecta la imparcialidad del árbitro y no justificaría que este deba dejar su rol en caso de reinicio de actuaciones. Aquí, el árbitro podría limitarse a hacer precisiones que considere útiles para que la judicatura pueda tener un mejor panorama del caso.

(C) Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, el tratamiento del árbitro y su participación *como parte* en el proceso de anulación es variado.

(i) España

En España, según expusimos, la jurisprudencia y la doctrina española consideran que los árbitros no pueden participar como partes en el proceso de anulación. Esta es una regla general; nada descarta que existan excepciones —aunque no hemos encontrado ninguna—.

(ii) Chile

Entendemos que la jurisprudencia chilena no ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente sobre esta cuestión. Sin embargo, la judicatura chilena no incluye a los árbitros como parte en el proceso judicial de anulación.[461] Por lo tanto, es sólido considerar que el árbitro no es considerado parte.

(iii) Colombia

Al igual que el caso chileno, entendemos que la jurisprudencia colombiana no ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente sobre este tema. Igual, Colombia es un país de tradición del derecho civil, por lo que la regla general es que el árbitro no debe ser parte en el proceso judicial de anulación, pues carece de interés en cuanto al resultado de dicho proceso.

---

460 Ver 4.3.2.2.(B)(II)[b] del capítulo V.

461 Ver Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2013, Rol 1971-2012; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de julio de 2010, Rol 2363-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de julio de 2012, Rol 4902-2012; entre otras.

(iv) México

México considera que los árbitros no pueden ser parte en el proceso judicial de anulación. La demanda de anulación de laudo del *award debtor* se emplaza contra el *award creditor*, pues el resultado solo afectaría los derechos de este.[462] Asimismo, se considera que el árbitro cesó funciones con la emisión del laudo. A nuestro entender, eso significa que el árbitro «ya no es árbitro», y por tanto se le debe tratar como cualquier otro tercero.

> [T]ratándose de un incidente de nulidad de laudo arbitral, su tramitación solamente debe hacerse del conocimiento de la contraparte […], a fin de que haga valer su garantía de audiencia, pues la determinación que se tome afecta directamente los derechos de esta.
>
> Por tanto, es inconcuso que, en la especie, únicamente se encuentra legitimada para comparecer a este incidente [nombre reservado], no así quien fungió como árbitro.
>
> […] por lo que hace al árbitro, de conformidad con el artículo 144 [sic] fracción I, del Código de Comercio, sus funciones cesaron al emitirse el laudo materia de este incidente; por ende, dichas personas carecen de legitimación pasiva en la causa […].[463]

(v) Perú

En Perú, las cortes peruanas consideran como regla general que solo quien se beneficia con el laudo tiene legitimidad para ser parte demandada en el proceso.[464] Además, para la judicatura, el rol de juzgador de los árbitros impediría que luego pasen a ser emplazados como demandados.

> [L]a condición de parte demandada en el presente proceso le corresponde al consorcio, quien en principio tiene la carga procesal (no la obligación) de defender la validez del laudo. En atención a lo expuesto, no se puede pretender que un órgano decisorio que administra justicia —como un tribunal arbitral— sea emplazado como parte demandada con el propósito que defienda lo decidido en el laudo, cuando esta defensa solo corresponde a las partes del proceso arbitral, […].[465]

Sin embargo, la judicatura peruana ha evidenciado en un caso que los árbitros sí podrían ser emplazados como demandados. Según una corte peruana, el análisis de un caso de anulación podría involucrar una evaluación del desempeño de un árbitro, por lo que este merecería una oportunidad para ser escuchado. Así:

> [E]ste Colegiado no puede dejar de advertir que en el fondo y según los fundamentos expuestos por la recurrente, que serán objeto de valoración al expedirse resolución final, dicha causal atañe al desempeño funcional del árbitro […], a quien se atribuye haber quebrado su deber de imparcialidad y neutralidad.

---

462 Sin embargo, el árbitro podría ser emplazado de forma válida como demandado en caso se le reclame daños y este tema se encause en el proceso judicial de anulación de laudo (Décimo Juzgado Civil de Ciudad de México, demanda incidental 8/2008 y 90/2008 (acumulados), sentencia de 28 de julio de 2008, considerando cuarto).

463 Tercer Juzgado Civil de Ciudad de México, demanda incidental 45/2008, sentencia de 9 de julio de 2008, considerando tercero.

464 Lima, SSC2 93-2015, p. 4. La sentencia incluso llega a afirmar que su decisión armoniza con un «criterio pacífico asentado por la jurisprudencia de las Salas Comerciales […] de Lima». Entenderíamos, luego de una revisión completa a las sentencias emitidas desde el 2008, que tal criterio se habría asentado antes de dicho año. Sin embargo, no hemos podido corroborar ese dato.

465 Lima, SSC2 196-2016, p. 5.

> Que —siempre dentro del orden lógico de ese eventual decurso procesal— es de considerarse que en el supuesto de acogerse la argumentación del recurso de anulación se estaría calificando el desempeño funcional del árbitro aludido, lo que ciertamente podría trascender y afectar a su esfera de derechos.
>
> Que, ante dicha posibilidad este Colegiado se encuentra en la obligación de considerar dicha circunstancia en el ámbito de los derechos fundamentales de dicho árbitro, en caso se produjera un pronunciamiento como el aludido sin habérsele dado la oportunidad de tomar conocimiento formal de esta causa y ejercer defensa, lo que podría desembocar en cuestionamientos de arbitrariedad por afectación a las garantías del debido proceso.[466]

Vale destacar que en dicho caso la corte emplazó *ex officio* al árbitro, pues ninguna de las partes había requerido la participación de aquel.[467]

4.3. Procedencia de la demanda

Por procedencia, nos referimos a que la demanda de anulación de laudo cumpla con aquellos requisitos formales necesarios para ser atendida por la judicatura. Si se verifica un supuesto de improcedencia, el proceso concluye sin pronunciamiento sobre el fondo.

Naturalmente, los requisitos de procedencia de una demanda de anulación dependerán de lo establecido en el marco normativo procesal para dicho proceso —el que no se restringe a la ley de arbitraje respectiva, sino que puede estar regulado en otras leyes sobre proceso u organización judicial—. Pese a ello, parece sólido considerar que, en virtualmente todo ordenamiento, se manejarán los siguientes requisitos de procedencia: el objeto de cuestionamiento, es decir, qué actos pueden cuestionarse mediante esta demanda; el plazo para demandar y la objeción oportuna (reclamo expreso previo).

Nos enfocaremos en tales requisitos a continuación.

4.3.1. Objeto de impugnación

Así como una pretensión de desalojo de inmueble en un proceso sobre nulidad de acto jurídico resulta improcedente, tampoco puede requerirse cualquier clase de pretensión dentro de un proceso judicial de anulación de laudo. El proceso judicial de anulación de laudo es un proceso especial que solo permite pretensiones *impugnatorias* contra actos específicos.

Por regla general, el proceso judicial de anulación de laudo se emplea contra laudos. Es decir, la anulación del laudo «procede contra el laudo», y no debería apuntar hacia una resolución cualquiera.[468] Vale notar que si el proceso judicial se denomina «proceso de anulación del laudo», parece razonable que el único objeto impugnable en dicho proceso sea, precisamente, el laudo.

Por ello, a continuación, el tratamiento del laudo como objeto de impugnación, y luego evaluaremos si otras decisiones distintas al laudo pueden ser cuestionadas en vía de anulación de laudo.

---

466 Lima, SSC2 155-2012. En el caso, la corte peruana consideró al árbitro como un «litisconsorte necesario», que equivale a ser parte del proceso.

467 Lima, SSC2 155-2012.

468 Lima, SSC2 225-2014, p. 13.

4.3.1.1. Laudos

El proceso judicial de anulación de laudo sirve para cuestionar laudos. Si la demanda es exitosa, el laudo no surtirá efectos y se producirán diversas consecuencias específicas según la causal que produjo la anulación.[469]

La impugnación de laudos aplica por igual para los laudos sobre competencia arbitral y sobre el fondo de la controversia. Asimismo, la impugnación puede dirigirse contra laudos finales o laudos parciales.[470] El laudo parcial comparte la misma naturaleza que el laudo final, por lo que puede también ser impugnado.

En la misma línea, la demanda de anulación del laudo puede dirigirse, por igual, contra el laudo derivado de un arbitraje de derecho o de un arbitraje *ex aequo et bono* (arbitraje de conciencia).

Asimismo, la impugnación del laudo también sirve para cuestionar laudos que contienen un acuerdo de las partes.[471] Que el laudo contenga un acuerdo entre las partes no implica que este pueda ser anulado.[472]

Además, debe considerarse que el laudo puede también ser integrado por pronunciamientos que se hacen después de haberse expedido aquel. Este es el caso de las decisiones estimatorias a pedidos de rectificación del laudo. Por ejemplo, bajo la LMU, es posible pedir una interpretación del laudo, y cuando esta sea estimada, el pronunciamiento interpretativo formará parte del laudo.[473-474]

Debe tenerse en cuenta que la «naturaleza» de laudo se define en función al contenido del pronunciamiento, y no al nombre del documento. Un laudo no lo es porque su encabezado señale dicha palabra, y tampoco deja de serlo porque se intitule «orden procesal». En el caso *Braspetro Oil Services Company v. GMRA,* la *Cour d'appel* de Paris encontró que una decisión arbitral que tenía la forma de orden procesal era en realidad un laudo, por lo que la demanda de anulación era procedente (y fundada).[475]

Para finalizar, hay dos precisiones necesarias que hacer. Primero, la demanda de anulación de laudo no necesariamente debe requerir la anulación total de este. Puede solicitarse la anulación de solo algunos extremos resolutivos del laudo, esto es, se puede requerir una anulación parcial.[476]

---

469 Ver 4. del capítulo V.

470 Fernando Cantuarias Salaverry, *Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos,* 9 Revista Peruana de Arbitraje 69, 77 (2009).

471 LMU, art. 30.

472 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 137 (2012).

473 Art. 33(1) de la LMU.

474 En España, una lectura conjunta a los artículos 37 y 39.4 de la Ley 60/2003 permite concluir que las decisiones que estiman pedidos de corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo forman parte del laudo.
Chile (art. 33.1 de la LACI) sigue el esquema de la LMU y por tanto establece que la decisión estimatoria de un pedido de interpretación forma parte del laudo.
En Colombia, una lectura conjunta a los artículos 104 y 106 de la Ley 1563/2012 permite concluir que las decisiones que estiman pedidos sobre correcciones o aclaraciones forman parte del laudo.
México (artículo 1450 del C.Com.) sigue el esquema de la LMU y por tanto establece que la decisión estimatoria de un pedido de interpretación forma parte del laudo.
En Perú, el artículo 58.2 de la LAP señala que las decisiones estimatorias a pedidos de rectificación, interpretación integración o exclusión (art. 58.1 de la LAP) forman parte del laudo. Por lo tanto, pueden ser cuestionadas en vía de anulación de laudo (Lima, SSC1 375-2015, pp. 11-12).

475 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 1 de julio de 1999 (Resumen en 24 Y'book Commercial Arbitration 296 (1999)).

476 Ver 4.3. del capítulo V. En dicha sección se desarrollan las consecuencias de la anulación del laudo según cada causal, y en algunos casos la anulación podría ser solo parcial.

Segundo, el hecho de que el objeto de impugnación sea el laudo no quita que el sustento de la demanda de anulación pueda consistir en vicios enlazados al convenio arbitral o al procedimiento arbitral.[477]

4.3.1.2. ¿Otras decisiones?

Por regla general, solo el laudo debería ser objeto de demanda de anulación; ninguna otra resolución, decisión u orden procesal debería ser objeto de anulación.[478-479]

En realidad, parecería ineficiente permitir que decisiones distintas a un laudo puedan ser cuestionadas en vía de anulación. Atendiendo al carácter *ex post* del control judicial sobre el arbitraje, ello solo derivaría en un desarrollo paralelo entre procedimiento arbitral y proceso judicial.[480]

Pese a ello, existe un caso que merece análisis: las medidas provisionales (también llamadas medidas cautelares o precautorias).

(A) Medidas provisionales

Las medidas cautelares constituyen decisiones arbitrales peculiares, pues a diferencia de las demás —y al igual que el laudo— sus efectos trascienden el procedimiento arbitral y recaen sobre la situación material. De ahí que las mismas puedan ser objeto de reconocimiento y ejecución judicial.[481]

¿Deben las medidas provisionales ser objeto del proceso de anulación? Para responder esa pregunta, parece adecuado abordar primero otra:

¿De qué forma se debe estructurar el control judicial sobre las decisiones provisionales emitidas por un tribunal arbitral?

No existe una sola respuesta al respecto. Sin embargo, a continuación, las principales opciones:

- Impugnación directa contra la medida provisional. En este escenario, existe una vía para cuestionar la validez de la medida provisional, más allá de si la misma intenta ser ejecutada o no.[482]

---

477 Ver 1.2.2. del capítulo III.

478 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3385 (2d ed. 2014).

479 Naturalmente, que el objeto de cuestionamiento sea el laudo no quita que el fundamento del cuestionamiento pueda ubicarse en un hecho o pronunciamiento anterior al mismo.

480 Sin embargo, vale notar que en casos de anulación de laudos parciales, en algunos ordenamientos el proceso judicial se desarrolla en paralelo al arbitraje y por tanto en estricto tampoco calificaría de control *ex post* (ver 4.3.2.2.).

481 Para ejecución en la sede, tal parece ser la regla general (ver, como referencia, el art. 17H de la LMU). Por contraste, la ejecución de medidas provisionales fuera de la sede constituye un tema mucho más discutible; de entrada, no parece que las leyes de arbitraje regulen el tema de ejecución de medidas provisionales «extranjeras» (Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2517 (2d ed. 2014)).

482 Naturalmente, las únicas cortes competentes serían aquellas pertenecientes a la sede del arbitraje. Las cortes de un país A carecerían de competencia para determinar la validez de una medida cautelar emitida en un país B.

Esta es la opción española, pues el artículo 23.2[483] de la Ley 60/2003 establece que las medidas cautelares pueden ser impugnadas en la vía de anulación de laudo.[484]

- Oposición a la ejecución de la medida provisional. La medida cautelar no puede ser impugnada, pero dentro del trámite de ejecución el demandado puede oponerse a dicha ejecución.

  Esta es la opción adoptada por la LMU y algunos países de Latinoamérica.[485] Bajo el esquema de la LMU, se reconoce una vía judicial para la ejecución de medidas provisionales —incluyendo a aquellas que se hayan emitido en el extranjero—; y en dicho marco concibe que la ejecución judicial podrá ser denegada bajo ciertas causales.[486]

- Ausencia de control judicial sobre la medida provisional. En este escenario, la medida provisional emitida por árbitros es ejecutada, sin que ello pueda ser cuestionado por la parte afectada. El sustento de esta opción radica en la naturaleza transitoria de la medida provisional, pues con la emisión del laudo aquella cesará de emitir efectos.

  Esta es la opción adoptada por Perú para medidas cautelares locales, pues el artículo 48.2[487] de la LAP establece un trámite de ejecución judicial sin margen de oposición.

A nuestro criterio, la opción idónea varía según si la medida provisional es local (proviene de un arbitraje local) o extranjera (proviene de un arbitraje con sede en otro país).

Si la medida cautelar proviene de un arbitraje extranjero, es difícil alegar que la misma no deba ser objeto de control judicial. No parece que algún Estado esté dispuesto a reconocer efectos a una decisión cautelar proveniente del extranjero, sin más. Ahora bien, dado que la medida cautelar proveniente del extranjero recién tomará «contacto oficial» con el país una vez se pida su ejecución, resulta eficiente que el proceso de ejecución contemple una etapa para oponerse a dicha ejecución.

Si la medida cautelar proviene de un arbitraje local, consideramos pertinente que exista una vía judicial para impugnar la misma. Las razones específicas pueden variar según el marco normativo específico de arbitraje, pero en esencia sucede que la medida cautelar podría generar efectos *aun sin ejecución judicial.*

Por un lado, algunas medidas cautelares podrían ejecutarse sin requerir la asistencia de los jueces. Por otro lado, la medida cautelar podría requerir que un tercero realice determinados actos (p. ej.

---

483 «Artículo 23.- Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.
[…]
2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos».

484 La norma aplica para arbitrajes con sede en España; las medidas provisionales dictadas fuera de España están fuera del ámbito de esta norma (José Carlos Fernández Rozas, *Arbitraje y justicia cautelar,* XXII Revista de la Corte Española de Arbitraje 23, 59 (2007)).

485 Colombia (art. 88 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1480 del C.Com.) y Perú (art. 48.4 de la LAP (para medidas cautelares emitidas por tribunales fuera del territorio peruano)).

486 Art. 17 I de la LMU.

487 «Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.
[…]
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

el congelamiento de fondos administrados por un banco), y este tercero podría dar cumplimiento a la misma sin necesidad de una orden judicial.[488]

Ante esta situación, no sería correcto que el afectado por la medida cautelar no cuente con algún medio para revertir la misma si esta adolece de algún defecto que la hace inválida.

Ahora bien, el control puede darse por la vía de anulación de laudo, *pero las causales de impugnación requerirán ciertas adaptaciones*. Esto se verá en un apartado posterior.

(B) Medidas provisionales con forma de laudo

En algunos ordenamientos, la medida precautoria puede tomar *forma* de laudo, como lo reconocen la LMU[489] y distintas leyes arbitrales de Latinoamérica.[490-491] El fundamento consiste en facilitar la ejecución de dicha decisión.[492]

En estos casos, parecería razonable considerar que la medida cautelar, en tanto *laudo,* es susceptible de anulación en la sede, como cualquier otro laudo. Ese, por ejemplo, es el esquema de Estados Unidos. El *award of injunctive relief* puede ser objeto *vacatur*.[493]

En Latinoamérica, Perú cuenta con jurisprudencia que reconoce la procedencia de una demanda de anulación de laudo contra un laudo que contiene una medida precautoria.

---

488 Este cumplimiento espontáneo dependerá del nivel de aceptación que tenga el arbitraje en el país. Por ejemplo, en Perú —y en ciertos casos— las entidades bancarias son reticentes a cumplir los mandatos arbitrales cautelares de forma directa, lo que hace necesaria la intervención del juez (Héctor Campos García, *Negativa arbitraria de las entidades bancarias de cumplir los mandatos arbitrales en materia cautelar y su eventual implicancia resarcitoria,* 60 Gaceta Civil & Procesal Civil 281 (2018)).

489 Art. 17(2).

490 Chile (art. 17(2) de la LACI), Colombia (art. 80 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), Perú (art. 47.2 de la LAP).

491 Por contraste, la situación en Europa es variada. El ZPO de Alemania no reconoce que las medidas provisionales puedan adoptar forma de laudo.
En España, la Ley 60/2003 sí hace ese reconocimiento pues habla de que las medidas cautelares «cualquiera sea la forma que revistan […]» (art. 23.2), lo que denota que los árbitros pueden elegir con libertad si las decisiones provisionales tendrán forma de laudo o de simple orden procesal (Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 23 [Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 415, 431 (2014)).
En Francia, la jurisprudencia reconoce que los árbitros puedan dictar medidas provisionales en la forma de laudos interinos (Yves Derains & Laurence Kiffer, *National Report for France (2013 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 50 (Supplement 99, 2018)).
En Inglaterra, el art. 39 de la *Arbitration Act* se titula «Power to make provisional awards» y regula el tema de la tutela cautelar. Sin embargo, el nombre resulta engañoso. Así, «although the margin note to the Act refers to 'provisional *awards*', what the section in fact concerns (as its text indicates) should properly be termed 'provisional *orders*'» (Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996 – A commentary* 196 (4th ed. 2003)).

492 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 23-76, 608 (2003). Sin embargo, no parece que ello resulte particularmente efectivo. No parece que la Convención de Nueva York haya querido cubrir laudos interinos (Daniel Girsberger & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* § 1111, 271 (3d ed. 2016)).

493 *Island Creek Coal, v. City of Gainesville,* 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984). En este caso Island Creek solicitó la *confirmation* (ejecución) del laudo, y en dicho proceso Gainesville pidió el *vacatur* del laudo. Ello no debe sorprender, pues es común que la moción de *vacatur* se pida como oposición al pedido de *confirmation* (Victoria Orlowski, *Chapter 22: FAA Section 10 Applications to Vacate an Award (Including* «*Manifest Disregard*»*)*, in L. Shore *et al., International Arbitration in the United States* 503, 511 (2017)).
Ahora bien, el tema en Estados Unidos es más complejo. En dicho país, el *confirmation* y el *vacatur* de un laudo solo procede para los laudos «finales»; de ahí que los laudos «interlocutorios» —aquellos que no resuelven de forma completa un *claim* (pretensión)— no puedan ser objeto de tales acciones judiciales (*Michaels v. Mariforum Shipping, S.A.,* 624 F.2d 411 (2d Cir. 1980)).

> La medida cautelar es una decisión, que puede tener la forma de laudo. Por lo que procede interponer recurso de anulación del laudo arbitral respecto a una medida cautelar dictada, debiéndose presentar el mismo dentro del plazo de 20 días conforme lo dispone el artículo 64 inciso 1) de la LGA.[494]

Ahora bien, sea que la decisión cautelar tenga forma de laudo o no, el ámbito de control sobre la misma debería considerar los caracteres particulares de esta. Veremos eso a continuación.

(C) Causales para y consecuencias de impugnar una medida provisional

El control judicial de la medida cautelar, sea que esta se encauce en la vía de anulación de laudo o no, merece un análisis específico en (i) las causales que fundamentan el cuestionamiento; y (ii) las consecuencias de la anulación de la medida cautelar.

(i) Causales

Las causales para impugnar una medida cautelar no son idénticas a las de anulación de laudo. Parece evidente que las causales deberán tener ciertas particularidades cuando el objeto de impugnación sea una medida cautelar.[495] En este punto, el análisis debe dividirse según si la medida cautelar proviene de un arbitraje local o de un arbitraje con sede en el extranjero.

[a] Medida cautelar proveniente de un arbitraje con sede foránea

Si la medida cautelar proviene de un arbitraje extranjero, el esquema de control judicial se limitará a controlar el reconocimiento y la ejecución de la medida. Dado que la medida proviene del extranjero, las cortes carecerían de competencia para evaluar su validez.

Este control incluiría las causales de oposición a la ejecución de un laudo, y además podría adicionar causales especiales por la naturaleza de la medida provisional. Al respecto, es ilustrativa la LMU:

> «Artículo 17 I.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución
>
> 1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:
>
> a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:
>
> i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o
>
> ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o
>
> iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

494 Lima, SSC2 90-2014, p. 10.

495 Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 23 [Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 415, 433 (2014).

b) si el tribunal resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar».

Reiteramos: el esquema de control judicial ensayado se justifica en que la única oportunidad para ejercer el control se dará en el marco de la ejecución de la decisión cautelar. Dado que el arbitraje tiene sede en el extranjero, la vía de anulación de laudo no está disponible.[496]

[b] Medida cautelar proveniente de un arbitraje con sede local

Si la medida cautelar proviene de un arbitraje con sede local, el control judicial puede darse de varias formas.

El primer factor a considerar es si la medida cautelar tiene forma de laudo o no. En caso sí tuviese forma de laudo, habría que aplicar el esquema de causales de anulación de laudo establecido en la ley. Por contraste, si la medida cautelar no tiene forma de laudo, y según expusimos antes, el marco normativo podría optar en establecer un control a la validez (anulación de medida provisional), a su ejecución (causales de denegación a ejecución) o no establecer ningún control.

En caso se opte por que sí exista control, y sea este encauzado en una vía de anulación o como una etapa de oposición a la ejecución de la medida provisional, en esencia existen dos opciones legislativas de control judicial: el abanico completo y el abanico mínimo.

El abanico *completo* se refiere a todas las causales que justifican el cuestionamiento de una medida cautelar. Para ello, basta remitirse al ya citado artículo 17 I de la LMU.

El abanico *mínimo* se refiere a un conjunto de causales que controlan la decisión cautelar pero no el arbitraje en sí. Para expresar ello haremos una evaluación de las causales incluidas y las causales excluidas en este escenario.

Causales incluidas

- Infracciones al debido proceso e incumplimiento a reglas procedimentales (solo en el procedimiento relacionado a la decisión cautelar).

- Exceso de autoridad, para casos en que el tribunal arbitral no contase con la atribución de dictar medidas provisionales, o que la medida cautelar sea *extra petita* o *ultra petita*.

- La *ejecución* de la medida viola el orden público. Es decir, casos en los que el mandato cautelar transgrede el orden público.

496 Sobre este tema no haremos mayor desarrollo, pues como vemos el control judicial no se daría en la vía de anulación de laudo, que es el objeto de esta investigación.

Causales excluidas

- Nulidad del convenio arbitral.
- Arbitrabilidad.
- Orden público (a excepción de los casos en los que la ejecución de la medida cautelar transgrede el orden público).
- Infracciones al debido proceso e incumplimiento a reglas procedimentales (en cuanto a vicios acaecidos fuera del procedimiento relacionado a la decisión cautelar).

Bajo el abanico mínimo, se excluyen ciertas causales pues su dilucidación no alcanza solo a la decisión provisional, sino a todo el arbitraje. Por ejemplo, si el convenio arbitral es nulo, entonces todo el arbitraje es inválido. Luego, tal cuestión no podría invocarse para cuestionar la decisión cautelar —habría que esperar a la emisión del laudo propiamente dicho—.

(ii) Consecuencias

Las consecuencias de la anulación de una decisión provisional serán desarrolladas más adelante.[497]

(D) Otros supuestos en Iberoamérica

Fuera de las medidas cautelares, y al menos en Iberoamérica, no parece que exista alguna otra decisión que pueda ser impugnada en la vía de anulación del laudo.

Al respecto, la única excepción está en Perú, pues bajo marco normativo peruano la anulación de laudo puede interponerse también contra decisiones finales de *procedimientos periciales*. Estos procedimientos son muy similares al arbitraje, pues la única diferencia es que resuelven solo controversias sobre hechos.[498] Luego, la judicatura ha confirmado que se puede controlar la decisión final de un procedimiento pericial en la vía de anulación de laudo, más hay dos tesis distintas para ello:

- Por un lado, se considera que el proceso de anulación de laudo sirve para cuestionar laudos derivados de arbitrajes y decisiones finales de procedimientos periciales. Esto es, controla dos instituciones distintas (aunque muy similares). Así, el objeto del recurso de anulación «es que se declare la validez o la nulidad del Laudo o Decisión recaída en un Procedimiento Pericial».[499]
- Por otro lado, se considera que la decisión final de un procedimiento pericial puede ser asimilada a la categoría de laudo. Así:

> [L]os informes periciales sí pueden ser considerados como un laudo pues cumplen con todos los requisitos que la Ley exige para estas decisiones arbitrales. En efecto, los informes deciden una controversia […], reúnen los requisitos formales del mismo, debía ser motivado [sic] y se le atribuyeron los efectos que prevé el artículo 59 de la Ley [de arbitraje].[500]

497 Ver 4.4. del capítulo V.
498 13.ª Disposición Complementaria de la LAP.
499 Lima, SSC2 41-2015, p. 4.
500 Lima, SSC1 94-2012, p. 6.

A nivel teórico, consideramos que el procedimiento pericial es un arbitraje, puesto que este último puede resolver disputas solo de hechos, solo de derecho o de ambos aspectos.[501] Sin embargo, la LAP ha establecido un esquema en el que las disputas sobre hechos pueden resolverse mediante un procedimiento pericial, que constituye una institución distinta al arbitraje. Por lo tanto, la primera tesis de las dos ensayadas por la judicatura parece ser la más acertada.

4.3.2. Plazo

4.3.2.1. Lógica y fundamento del plazo

(A) Fundamento del plazo

«Time is of the essence in relation to the challenge of awards».[502] Esto se debe a que la amplitud del plazo tiene una relación con la naturaleza «final» del laudo arbitral. Un plazo corto da mayor fuerza a dicha naturaleza final y también garantiza la rapidez y eficiencia del arbitraje como medio de solución de disputas; por eso prácticamente todos los ordenamientos nacionales manejan plazos cortos para solicitar la anulación de laudo, que van en general desde los 5 días hasta los 6 meses.[503]

En Iberoamérica, los plazos son variados, pero todos pueden considerarse cortos. Así, Perú maneja 20 días,[504] Argentina 30 días,[505] en Colombia el plazo ronda un mes,[506] en España es de 2 meses,[507] y en Chile y México el plazo es de 3 meses.[508] Pese a haber adoptado la LMU, varios países de la región latinoamericana perciben que el plazo de 3 meses establecido en aquella es excesivo.[509]

Para los ordenamientos de tradición del derecho civil, el plazo de anulación es particularmente corto a la luz del tratamiento de la nulidad y la anulabilidad. Es regla general que los plazos para requerir la declaración de invalidez contra un negocio jurídico nulo o anulable sean más amplios.[510] Sin perjuicio de ello, podrían darse plazos cortos en atención a la especial necesidad de certidumbre de ciertas relaciones jurídicas;[511] el caso del laudo arbitral encuadraría aquí.

En otro tema, es razonable considerar que el plazo es de naturaleza *imperativa* y por tanto no modificable por las partes, salvo disposición legal en contrario. Un pronunciamiento de la judicatura peruana es ilustrativo:

> [S]i bien el reglamento al cual se acogieron las partes para la tramitación del procedimiento arbitral se indica que el plazo para interposición del recurso de anulación de laudo es de 10 días a partir de la notificación del laudo […], nuestra norma arbitral en su artículo 64 establece

---

501 Francisco González de Cossío, *Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Un ejercicio del balance químico,* VIII Anuario Mexicano de Derecho Internacional 509, 520 (2008).

502 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 25-23, 671 (2003).

503 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3379 (2d ed. 2014).

504 Art. 64.1 de la LAP.

505 Art. 100 de la Ley 27449 sobre arbitraje internacional.

506 Para el arbitraje doméstico, el plazo es de 30 días hábiles (art. 40 de la Ley 1563/2012); para el arbitraje internacional, de 1 mes (art. 109 de la Ley 1563/2012).

507 Art. 41.4 de la Ley 60/2003.

508 Art. 34 de la LACI de Chile y art. 1458 del C.Com. de México. Es evidente que ambas normas optaron por seguir el plazo establecido en la LMU.

509 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1091 (2008).

510 Ejemplos: en Italia, la acción de nulidad es imprescriptible (art. 1422 del *Codice Civile*) y la acción de anulabilidad prescribe a los 5 años (art. 1442 del *Codice Civile*). En Perú, el plazo para declarar la invalidez de un negocio nulo es de 10 años y para el caso de un negocio anulable es de 2 años (art. 2001 del Código Civil peruano).

511 Francesco Galgano, *El negocio jurídico* 317-18 (Francisco de P. Blasco Gascó & Lorenzo Prats Albentosa trans., Tirant lo Blanch 1992).

> claramente que este se interpone dentro de los 20 días siguientes de la notificación del laudo […]; situación que no concebimos, en tanto una norma contenida en un reglamento no puede prevalecer sobre una norma de carácter imperativo, […].[512]

En última instancia, el tema escapa al campo del arbitraje. La libertad de las partes para diseñar las actuaciones se restringe a las actuaciones *arbitrales*, y no se refiere a las actuaciones judiciales. Al final, ello dependerá de las normas procesales, aunque no parece que existan muchos países que permitan a las partes regular el plazo para demandar la anulación del laudo.[513]

(B) Cómputo del plazo

Es virtualmente universal que el plazo se contabiliza desde la *notificación* del laudo.[514-515] El fundamento es claro: una parte no puede cuestionar un laudo si desconoce la existencia y/o el contenido del mismo.

Ahora bien, para que la notificación sea *válida*, parece necesario que cumpla con ciertos elementos indispensables.

En primer lugar, la notificación debe provenir del tribunal arbitral o de aquel a quien dicho tribunal hubiese delegado tal tarea. Así, una notificación proveniente de un agente distinto a los señalados no debería ser tomada en consideración. La jurisprudencia de Perú nos da un caso para ilustrar esto: si el laudo es notificado mediante copia simple por la contraparte (una parte notifica a la otra), tal notificación no cuenta para efectos del cómputo del plazo, pues la parte notificada no puede determinar de forma concluyente si el documento es veraz o no.[516]

En segundo lugar, la notificación debe remitir el documento (laudo) completo.[517] Para que la notificación sea válida, el receptor debe poder acceder al contenido completo del laudo. En caso contrario, el notificado no podrá aprehender el contenido del laudo y por lo tanto su derecho a impugnarlo se vería lesionado.

4.3.2.2. Caso especial: laudos parciales

(A) Marco general

Un tema que puede ser problemático es el momento en que debe iniciar el plazo para demandar la anulación de laudos parciales. La cuestión se evidencia a simple vista: ¿el plazo para demandar la anulación debe computarse después de emitido el laudo parcial o debe hacerse solo después de emitido el último laudo del arbitraje?

---

512 Lima, SSC1 124-2012, p. 7.

513 Este es el caso de Alemania, pues el artículo 1059(3) del ZPO establece un plazo de 3 meses para demandar la anulación, salvo que las partes pacten algo distinto.

514 LMU (art. 34(3)), España (art. 41.4 de la Ley 60/2003), Francia (art. 1494 (para arbitraje local) y art. 1519 (para arbitraje internacional) del *Code de procédure civile*), Estados Unidos (art. 12 de la FAA), Argentina (art. 100 de la Ley 27449 sobre arbitraje internacional), Chile (art. 34(3) de la LACI), Colombia (art. 40 (para arbitraje doméstico) y art. 109 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1458 del C.Com.), Perú (art. 64.1 de la LAP).

515 Una excepción es Inglaterra, que establece un plazo (28 días) computado desde la fecha del laudo (Art. 70(3) de la *Arbitration Act*).

516 Lima, SSC2 349-2014, p. 22.

517 O permitir al notificado acceder al laudo completo (p. ej. notificación que señala un enlace para descargar el laudo en su integridad).

Bajo el esquema de la LMU, la demanda contra el laudo parcial debe interponerse sin esperar a la emisión del laudo último. Por lo tanto, cada laudo tiene su propio plazo para la solicitud de su anulación.[518] Esto porque el laudo, sea «parcial» o «final», tiene siempre la misma naturaleza. En sentido ilustrativo: si un laudo parcial puede ser objeto de un proceso de ejecución después de emitido y sin esperar a la emisión de laudos posteriores, con igual razón puede ser impugnado judicialmente después de emitido, sin esperar a la emisión de laudos posteriores.

(B) Problemas

El esquema presentado puede generar algunos problemas. El principal radica en que se generarían procedimientos paralelos: proceso judicial de anulación y procedimiento arbitral.[519-520] Ello produce incertidumbre pues podrían darse pronunciamientos disímiles entre procesos judiciales de anulación de distintos laudos parciales y/o el laudo último.[521]

En esa línea, el control judicial sobre el arbitraje es *ex post*. Parece ideal que cualquier proceso judicial de anulación deba darse solo después de la conclusión de las actuaciones arbitrales; es decir, luego de la emisión del laudo último. Los jueces deben ingresar a la escena una vez los árbitros dejan ella.

Además, en algunos casos, el cuestionamiento al vicio de un laudo parcial podría dejar de ser de interés para el demandante con la emisión del laudo final. Por ejemplo, un laudo parcial derivado de un procedimiento con vicios declara la responsabilidad de A, pero el laudo último cuantifica la indemnización a cargo de A en 0. A, al recibir el laudo final, perdería interés en la demanda que inició contra el laudo parcial; y si la regla hubiese sido que solo se puede interponer la demanda luego de la expedición del laudo final, quizá no hubiera iniciado la misma.

(C) Postura ideal

En principio, la solución ideal para este problema es que las partes puedan decidir. Así, las partes podrían establecer si la demanda de anulación contra un laudo parcial debe hacerse solo después de la emisión del laudo último. Sin embargo, como veremos a continuación, para ser viables tales pactos requieren de autorización normativa expresa.

El tema merece un análisis segmentado.

En primer lugar, según expusimos antes, por regla general las partes no pueden modificar las normas que regulan el proceso judicial de anulación de laudo. En concreto, las partes no pueden suprimir o modificar los requisitos para presentar la demanda.

---

518 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3380 (2d ed. 2014).

519 Mario Reggiardo, *Una revisión funcional al recurso de anulación en Perú*, 1 Forseti 145, 153 (2014)

520 Otro problema está en la anulación por ausencia de imparcialidad e independencia del tribunal arbitral. Aun si el vicio es descubierto en la última etapa del arbitraje, después de que se haya emitido uno o más laudos parciales, estos laudos parciales no podrían ser cuestionados fuera de su plazo. Pese a que el vicio podría invalidar toda la actuación de los árbitros, lo que incluye todos sus laudos, si el plazo para demandar el laudo parcial ya se superó, entonces aquel no podría ser cuestionado.
Por ejemplo, durante el procedimiento previo a la emisión del último laudo, una parte descubre que un árbitro tiene vínculos muy estrechos con la otra parte que no fueron declarados. Si dicha parte pide la anulación del laudo, la decisión judicial no alcanzaría a los laudos parciales anteriores, pues el plazo para impugnar estos ya habría sido superado.

521 Felipe Osterling Parodi & Alfonso Rebaza González, *Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos,* in *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains* 1303, 1310 (2013).

En ese sentido, si la ley de arbitraje establece que el plazo es de X días y se computa desde la emisión/notificación del laudo; tanto la extensión del plazo como el inicio de su contabilización no podrían ser objeto de regulación de las partes. En otras palabras, las partes no podrían establecer un pacto de estilo «los laudos parciales solo podrán ser cuestionados en vía de anulación luego de emitido el último laudo».[522]

En segundo lugar, si bien las partes no pueden modificar las disposiciones sobre el proceso judicial de anulación, estas sí pueden, de manera indirecta y mediante la regulación de actuaciones arbitrales, hacer que la demanda de anulación contra el laudo parcial se presente una vez notificado el laudo final —aunque estas maniobras, como veremos, son desaconsejables—.

Un ejemplo —que solo sirve para ilustrar, pero no constituye una solución óptima— es el de establecer que la notificación oficial de los laudos parciales deberá hacerse conjuntamente con la notificación del laudo último (para conocer el contenido del laudo parcial, las partes recibirían versiones sin firmar). Esto porque bajo el esquema de la LMU el plazo para demandar se computa desde la notificación. El acuerdo generaría ciertos problemas,[523] pero en sentido estricto se lograría hacer que el laudo parcial sea solo impugnado después de la emisión del laudo final.

Otras ideas, como la de regular el concepto de «laudo» a efectos de que este se refiera solo al laudo que pone fin al procedimiento arbitral, tienen mayores contingencias y podrían no ser realmente efectivas.

En última instancia, es evidente que las respuestas proporcionadas no resultan satisfactorias, pues están llenas de contingencias. Así, si bien en sentido estricto las partes mediante su pacto pueden incidir indirectamente en el momento para demandar la anulación de laudos parciales, la materialización de tal posibilidad generaría diversos problemas y/o podría no ser validada por la judicatura, por lo que aquella resulta desaconsejable.

En síntesis, lo ideal es que las partes puedan decidir. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario que el marco normativo autorice expresamente ello.

(D) Situación en Iberoamérica

Iberoamérica sigue el esquema de la LMU, por lo que en principio para demandar la anulación del laudo parcial no se debe esperar a la emisión del laudo último.

---

522 Al respecto, es ejemplar, por errado, el caso del anterior reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de Perú. Este establecía que los laudos parciales «podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso» (art. 54). Así, este reglamento, que se integra dentro del acuerdo de las partes sobre la tramitación del arbitraje, estipulaba una regla sobre la procedencia de la demanda de anulación contra un laudo parcial, lo que atenta contra el estatuto normativo del proceso de anulación de laudo.

523 Por un lado, los laudos parciales recién podrían ser objeto de pedidos poslaudo luego de la emisión del laudo final. Ello podría representar un problema en tanto que en algunos casos la enmienda del laudo parcial podría tener un impacto en lo tramitado y decidido para el laudo último.
Por otro lado, los laudos parciales podrían tener problemas en su ejecución. En sentido estricto, pese a que las partes podrían conocer el contenido del laudo parcial, no han sido oficialmente notificadas con el mismo. Así, en el proceso de ejecución, las partes no podrían cumplir con presentar el documento autenticado requerido que exige la Convención de Nueva York (art. IV(a)).

En España, la Ley 60/2003 establece que el proceso judicial de anulación contra el laudo de jurisdicción afirmativo —que es un laudo parcial—[524] no suspende el procedimiento arbitral.[525] Ello confirma que se puede interponer anulación contra laudos parciales y que esta se haría dentro del plazo (2 meses) desde la notificación del laudo.[526]

Chile y Colombia, en cuanto a arbitraje internacional, tiene normas de arbitraje fuertemente inspiradas en la LMU. Es razonable considerar que la demanda de anulación contra un laudo parcial debe interponerse sin esperar a la emisión del laudo último. No parece haber jurisprudencia que disponga algo distinto.[527]

En México, se sostiene que el laudo parcial puede ser objeto de inmediato recurso.[528] Esto tiene pleno sentido pues el Código Comercial adopta el esquema de la LMU.

En Perú, la posición de la judicatura no ha sido uniforme. En algunos casos las demandas contra laudos parciales fueron admitidas, tramitadas y resueltas sin esperar a la notificación del laudo final. Así, por ejemplo:

- En un caso, mediante una primera sentencia, la judicatura se pronuncia sobre la nulidad de un primer laudo parcial;[529] luego, en un proceso judicial distinto, la judicatura se pronuncia sobre la nulidad de un segundo laudo parcial;[530] ambos laudos parciales relativos al mismo arbitraje.

- En otra sentencia, la judicatura devela que la demanda de anulación contra un primer laudo parcial se tramitó sin esperar el laudo final.[531] En este caso, incluso hubo una demanda contra un segundo laudo parcial, que se acumuló bajo ese mismo proceso.

Sin embargo, en otros casos se ha considerado improcedente la demanda contra un laudo parcial porque el laudo último aun no se había emitido. Así:

> En el caso de autos, no hay duda que la anulación de laudo que se pretende, se refiere a la anulación de laudo parcial […], sin embargo, […] no se ha demostrado que el proceso arbitral en el que se discute la cuestión principal que llevó al conflicto a las partes haya concluido con laudo, siendo que el pedido de anulación de laudo parcial, resulta prematuro, siendo un supuesto de falta de interés para obrar, ya que se ha solicitado tutela jurídica al Estado sin que se haya agotado la discusión sobre la materia controvertida central, más si la anulación de laudo parcial se debe hacer de forma conjunta con el laudo que resuelve la controversia principal.[532]

---

524 Si el laudo de jurisdicción es negativo y el tribunal concluye que carece de competencia en todos los extremos de la controversia, entonces dicho laudo no sería parcial, sería final.

525 Art. 22.3.

526 Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* § 12.5., 248-49 (2019).

527 El análisis se restringe al arbitraje internacional. Más aun, en el arbitraje local chileno, que tiene una regulación especial, no hay norma que expresamente habilite a los árbitros para emitir laudos parciales (Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 249 (2d ed. 2016)).

528 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 862 (4th ed. 2014).

529 Lima, SSC1 261-2013.

530 Lima, SSC1 38-2014.

531 Lima, SSC2 47-2013

532 Lima, SSC1 300-2013, p. 3. A nuestro juicio, en este caso la judicatura aplica incorrectamente la noción de falta de interés para obrar. Ello debido a los argumentos previamente expuestos (obligatoriedad del laudo desde su notificación, sea este parcial o final).

En esa línea, la judicatura ha tramitado demandas de anulación contra laudos parciales que fueron presentadas luego de notificado el laudo final.[533]

Para finalizar, sea cual sea la posición que uno considere correcta, es recomendable presentar la demanda de anulación contra laudo parcial dentro del plazo de 20 días desde su notificación. De lo contrario se corre el riesgo de que, al presentarse la demanda una vez emitido el laudo final, esta no sea atendida.

4.3.2.3. Naturaleza del plazo (en Iberoamérica)

Al menos en España y Perú, la jurisprudencia reconoce que el plazo para demandar la anulación de laudo es de caducidad y no de prescripción.[534-535] Esto significa que el plazo no puede ser interrumpido o suspendido,[536] y que al vencer el mismo se extingue automáticamente el derecho afectado por el laudo

Son varias las razones que justifican que el plazo sea de caducidad y no de prescripción. Primero, y según ya se expuso, el plazo para demandar la anulación de laudo está directamente enlazado a la naturaleza final del mismo y al hecho de garantizar que el arbitraje es un mecanismo rápido y efectivo de solución de controversias. En esa línea, el plazo máximo para demandar la anulación debe fungir como un mecanismo *contundente* de cierre de acceso a la justicia.

Así, la caducidad resulta preferible frente a la prescripción. Establecer que el plazo es prescriptorio implica entregar la potestad de invocar el efecto extintivo y su consecuencia (conclusión del proceso) en el sujeto demandado,[537] además de que el plazo pueda suspenderse o interrumpirse. Si el plazo es de caducidad, la situación se automatiza más: concluido el plazo, se extingue el derecho. Esto resulta más conveniente para el arbitraje y la naturaleza final del laudo.

Segundo, y enlazado al punto anterior, el control judicial de anulación de laudo recae sobre un acto de trascendental importancia no solo para el arbitraje, sino para la propia función jurisdiccional. El laudo es un pronunciamiento jurisdiccional con efectos de cosa juzgada.

La especial trascendencia de este acto (laudo) desalienta que la extinción del derecho a reclamar por los vicios deba materializarse en un derecho potestativo, como sucede en la prescripción. Por el contrario, el transcurso del plazo máximo debería, por sí mismo, extinguir el derecho a cuestionar el laudo. Así, según una corte peruana:

> Dada la naturaleza de la función de control judicial por vía del recurso de anulación de laudo, y del acto objeto de control (un acto de jurisdicción especial al que la ley le otorga la calidad de cosa juzgada), es claro que el plazo previsto en la norma glosada es fatal, equivalente a uno de caducidad que procura la seguridad jurídica de lo resuelto en sede arbitral.[538]

---

533 Lima, SSC1 251-2011, SSC2 159-2016, entre otras.

534 En Perú: Lima, SSC2 349-2014, SSC2 571-2009, SSC1 4-2012, entre otras.

535 En España: STSJ Madrid 20/2016, de 17 de febrero de 2016; STSJ País Vasco 14/2014, de 9 de diciembre de 2014. La doctrina va en la misma línea (Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 813 (2014); Mónica-Galdana Pérez Morales, *Cómputo del plazo de la acción de anulación del laudo,* 2(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 520, 523 (2009)).

536 STSJ Madrid 20/2016, de 17 de febrero de 2016; STSJ País Vasco 14/2014, de 9 de diciembre de 2014.

537 Eugenia Ariano Deho, *Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil,* 66 Themis 329, 331 (2014).

538 Lima, SSC2 349-2014, p. 19.

Ahora bien, que el plazo sea de caducidad tiene ciertas consecuencias. Así, la evaluación de si se cumplió con el plazo se hace de oficio.[539] El demandado no tiene que cuestionar si se respetó el plazo para que la judicatura ingrese al tema; los jueces deben analizar ese tema por iniciativa propia.

4.3.3. Objeción oportuna - Non waiver

La objeción oportuna contra el vicio puede calificar en la práctica como un requisito para la demanda de anulación de laudo. Por regla general, la demanda de anulación de laudo no será exitosa si el demandante no cuestionó el vicio durante el arbitraje.[540] La objeción oportuna es la contracara de la renuncia a objetar: cuando una parte no cuestiona cierto vicio, se entenderá que este es tolerado y por lo tanto dicha parte abdica su derecho a cuestionarlo.

Por ello, haremos un desarrollo del concepto de renuncia a objetar, pues bajo este se podrá entender la necesidad de efectuar una objeción oportuna para lograr que la demanda de anulación de laudo merezca un pronunciamiento sobre el fondo.

4.3.3.1. Renuncia a objetar (*waiver*)

(A) Noción, fuentes y alcance

La renuncia a objetar es una figura ampliamente reconocida y empleada a nivel internacional.[541] Está presente en la LMU[542] y en diversos países de Europa[543] y Latinoamérica.[544] Para tener un panorama del concepto, resulta ilustrativo lo establecido en la LMU:

> «Artículo 4.- Renuncia al derecho a objetar.
>
> Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar».

La renuncia a objetar es la *pérdida* de un derecho, el derecho a que cierto vicio procedimental o del convenio arbitral sea removido o solucionado. Cuando la parte afectada por dicho vicio no actúa (inacción) para cuestionarlo, se colige que la misma no tiene intención de hacerlo, y por tanto se extingue el derecho subyacente, el supuestamente afectado.

Ahora bien, esta renuncia no se restringe al plano del procedimiento arbitral. La pérdida del derecho impide que el mismo pueda ser invocada como fundamento para cuestionar el laudo, sea en vía de anulación o de ejecución. Al respecto, la Comisión a cargo de la elaboración de la LMU señaló:

---

539 Para España, ver Mónica-Galdana Pérez Morales, *Cómputo del plazo de la acción de anulación del laudo,* 2(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 520, 523 (2009).
Para Perú, Lima, SSC2 166-2012, p. 12. El sustento radica en el artículo 64.3 de la LAP, al establecer que «[l]a Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso […]».

540 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.30, 579 (6th ed. 2015).

541 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2186 (2d ed. 2014).

542 Art. 4.

543 Alemania (§ 1027 del ZPO), España (art. 6 de la Ley 60/2003), Francia (art. 1466 (para arbitraje local e internacional) del *Code de procédure civile*), Inglaterra (art. 73 de la *Arbitration Act*) —en esta última la naturaleza de la figura es distinta, como se verá más adelante—.

544 Chile (art. 4 de la LACI), Colombia (art. 66 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1420 del C.Com.), Perú (art. 11 de la LAP).

> As regards the effect of a waiver under article 4, the Commission was agreed that it was not limited to the arbitral proceedings but extended to subsequent court proceedings in the context of articles 34 [anulación de laudo] and 36 [ejecución de laudo].[545]

Sin embargo, el *alcance* de la renuncia a objetar no es absoluto. Una revisión al artículo 4 de la LMU denota que la renuncia solo aplica cuando la infracción se enlaza a los requerimientos del convenio arbitral o a disposiciones de regulación convencional del procedimiento arbitral (disposiciones «de la[s] que las partes puedan apartarse»). Es decir, del texto de dicha norma, se desprende que la renuncia a objetar solo aplica sobre los vicios procedimentales derivados de normas no imperativas. Así:

> Sin embargo, cuando la acción de anulación comprendida en el artículo 41 LA [Ley 60/2003] implica el cumplimiento de una norma de carácter imperativo debe entenderse que las partes pueden plantear la acción de anulación sin haber alegado previamente la infracción de la norma, pues en estos casos no puede existir renuncia tácita.[546]

En segundo lugar, algunas causales son consideradas de tal importancia para el ordenamiento jurídico que los jueces pueden evaluarlas *ex officio.* Este es el caso de la inarbitrabilidad y la afectación al orden público: ambas pueden ser evaluadas de oficio en procesos de ejecución de laudo[547] o de anulación de laudo.[548] Ello deriva en que tales temas puedan ser invocados ante los jueces aun si no hubo objeción sobre los mismos durante el procedimiento arbitral.

En ese sentido, y para la LMU, parece que la objeción oportuna puede calificar como requisito para demandar la anulación del laudo por las causales del artículo 34(2)(a)(I) (vicios en el convenio), 34(2)(a)(III) (exceso de autoridad) y 34(2)(a)(IV) (incumplimiento a reglas procedimentales).

Por contraste, no aplicaría para la causal 34(2)(a)(II) pues las disposiciones de debido proceso son virtualmente siempre imperativas. Además, tampoco para las causales del artículo 34(2)(b) pues estas son las que pueden evaluarse *ex officio*.

(B) Naturaleza y fundamentos

La renuncia a objetar se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes.[549] Son las partes las que deciden que el cuestionamiento a un vicio en el procedimiento o en el convenio arbitral deba materializarse a través de una objeción oportuna.

Se trata, entonces, de una figura de naturaleza *contractual*, de regulación convencional. Pertenece al ámbito de las actuaciones arbitrales, que precisamente vienen definidas y reguladas por las partes. De ahí que la renuncia a objetar pueda encontrarse también en reglamentos arbitrales.[550]

---

545 UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission of International Trade Law on the work of its eighteenth session, Supplement 17 (A/40/17)* 13 (1985).

546 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 811 (2014).

547 Art. v(2) de la Convención de Nueva York.

548 Art. 34(2)(b) de la LMU. La inarbitrabilidad y la transgresión al orden público son causales de anulación de laudo virtualmente presentes en todos los ordenamientos jurídicos.

549 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2187 (2d ed. 2014).

550 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.30, 579 (6th ed. 2015). Ver, por ejemplo, las Reglas UNCITRAL (art. 32) y las Reglas ICC (art. 39).

Dada su naturaleza contractual, la renuncia a objetar no es una disposición *imperativa*. Las partes podrían establecer otros esquemas para regular el tratamiento y denuncia de los vicios. Por ejemplo, podrían modificar la figura y señalar que la renuncia debe ser necesariamente expresa.

Ahora bien, más allá de su naturaleza contractual, la renuncia a objetar también está fundamentada en otras razones.

Primero, la renuncia a objetar deriva del principio de no ir contra los propios actos (principio de *venire contra factum proprium*), que a su vez se deriva del principio general de buena fe.[551] La parte que se considera afectada por una actuación incorrecta o viciada debe manifestar su discrepancia con la misma y buscar la rectificación de la situación. En específico, la renuncia a objetar termina cubriendo tanto a la parte que actúa de mala fe como aquella descuidada o de actuación tardía.[552]

Segundo, la renuncia a objetar constituye una medida pro arbitraje. Por un lado, con ella se insta a las partes a que discutan los vicios del procedimiento ante los propios árbitros. No hacerlo ante ellos impediría que, luego, pudieran cuestionar tales temas ante las cortes nacionales. Los árbitros, entonces, deberían despejar cualquier incidencia arbitral, y solo luego de que estos se pronuncien la parte discrepante podría acudir a la judicatura nacional. Se trata de promover que los propios árbitros sean quienes soluciones los vicios relativos a cuestiones formales.

Tercero, la renuncia a objetar busca evitar reclamos tardíos que generen disrupciones en el procedimiento arbitral.[553] La idea es que el procedimiento no deba «retroceder» para el tratamiento y solución de un tema que ya había sido superado sin que, en su momento, la parte afectada haya cuestionado el mismo. Así, se busca cuidar la eficiencia del procedimiento arbitral.

(C) Contenido

Bajo la LMU, la renuncia a objetar tiene cuatro elementos: el incumplimiento, el conocimiento del incumplimiento, el retraso indebido y la continuación con el procedimiento.[554]

- Debe existir un incumplimiento, sea a algún requisito del convenio arbitral o a alguna disposición de regulación convencional del procedimiento arbitral.

- Es necesario que la parte tenga conocimiento del incumplimiento acaecido. Sin conocimiento, la parte no puede objetar el incumplimiento, por lo que en dichos casos no se configura la renuncia. En realidad, el enfoque debe estar en si la parte debió tener conocimiento del hecho,[555] con ello las consecuencias de la falta de diligencia de la parte son asumidas por ella misma.

- Retraso indebido. La parte deberá cuestionar el incumplimiento dentro del plazo establecido. En caso no haya plazo, deberá hacerlo «sin demora injustificada».[556] En ambos casos, el sentido es evidente: permitir un período largo o indeterminado para objetar haría obsoleta en la práctica a la figura de renuncia a objetar.

---

551 Huáscar Ezcurra, *Comentario al artículo 11,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 136, 136 (2011).

552 David Caron & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 691 (2d ed. 2013).

553 *Id.* at 692.

554 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 195-200 (1989).

555 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2188 (2d ed. 2014).

556 Art. 4 de la LMU.

- Continuación con el procedimiento. Enlazado al punto anterior, la parte debe proseguir con las actuaciones arbitrales. Que una parte no denuncie el vicio pero que a la vez despliegue otras actuaciones con relación al procedimiento permite inferir que tiene conocimiento del desarrollo del procedimiento y decide continuar con el mismo sin cuestionar el mencionado vicio.

4.3.3.2. Particularidades en Iberoamérica: reclamo expreso previo

Según expusimos, los ordenamientos de España y Latinoamérica contemplan la figura de la renuncia a objetar. En la práctica, dicha institución constituye un requisito para demandar, pues el no objetar implica consentir el supuesto vicio.

Ahora bien, *en adición* a la renuncia a objetar, en Colombia y Perú las normas de arbitraje regulan otra figura: el reclamo expreso previo.[557] Esta figura deriva de la renuncia a objetar, pero tiene particularidades frente a dicho concepto base.[558]

(A) Noción y fuentes

El reclamo expreso previo es un requisito *imperativo* de procedencia de la demanda de anulación que consiste en reclamar al tribunal arbitral por aquellos vicios que luego serán fundamento de la mencionada demanda. En Perú, su base normativa se encuentra en el artículo 63[559] (63.2, 63.4 y 63.7) de la LAP; y en Colombia, en el artículo 41[560] (parte final) de la Ley 1563/2012 —solo para arbitraje local—.

A diferencia de la renuncia a objetar, que es una figura propagada a nivel internacional, el reclamo expreso previo es una figura de recepción reducida. En Latinoamérica, las normas de México, Chile, Argentina no cuentan con reclamo expreso previo alguno, solo con la figura general de la renuncia a objetar. A nuestro criterio, el reclamo expreso previo de Perú y Colombia se inspira

---

557 En Colombia, el reclamo expreso previo solo aplica para el arbitraje local y «reemplaza» a la tradicional figura de renuncia a objetar, pues esta no existe en el régimen normativo de arbitraje doméstico.

558 Por cierto, esta dinámica de construir una nueva figura sobre la base de la renuncia a objetar no es exclusiva de Latinoamérica. Por ejemplo, en Bélgica, el art. 1717.5 del *Code Judiciaire,* artículo sobre anulación de laudo, exige para algunas causales que la parte haya invocado ante el tribunal arbitral el vicio que fundamenta la demanda de anulación. Esta figura es distinta a la de renuncia a objetar (art. 1679) y se le considera una aplicación específica de dicha renuncia (Caroline Verbruggen, *Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1717,* in N. Bassiri & M. Draye (eds.), *Arbitration in Belgium* 455, 465 (2016)).

559 «Artículo 63.- Causales de anulación.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
[…]
4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo solo 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.
[…]
7. 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 solicitarlos».

560 «Artículo 41.- Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:
[…]
Las causales 1, 2 y 3 solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.
La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término».

en la figura de *loss of the right to object* de Inglaterra;[561] pues, como veremos, el factor común es la naturaleza imperativa.

En realidad, mientras que la mayoría de ordenamientos nacionales sí cuentan con disposiciones de renuncia a objetar, pocos contienen disposiciones expresas de renuncia a objetar como renuncia a reclamar vía anulación de laudo,[562] que es precisamente la figura a la que el reclamo expreso previo se asimilaría.

(B) Naturaleza y fundamentos

Las disposiciones sobre reclamo expreso previo conforman un requisito de procedencia para una demanda de anulación, y por tanto son mandatorias e indisponibles. No pueden ser reguladas por las partes. El reclamo expreso previo deriva de la renuncia a objetar, pero tiene una naturaleza *imperativa*.

Ello se evidencia en la *ubicación normativa* de este reclamo expreso previo. Tanto en la norma peruana como en la norma colombiana, la figura es regulada en el artículo que contiene causales de anulación. Y claramente, la norma que contiene causales de anulación está fuera del ámbito de regulación de las partes: es *indisponible*.[563] En palabras de una corte peruana, dicha norma «es de orden público y de carácter imperativo».[564] En realidad, según expusimos, todo el estatuto normativo sobre anulación de laudo suele ser imperativo —y cada ordenamiento podría incluso considerarla de orden público—, por lo que sus disposiciones no pueden ser alteradas por las partes salvo autorización expresa de la norma.

Ahora bien, pese a que el reclamo expreso previo tiene una naturaleza distinta a la de la renuncia a objetar, comparten fundamentos. Así, de entrada, el sustento base es la buena fe: «se ha hecho derivar el requerimiento de reclamo previo para el recurso de anulación, entre otras cosas, del principio general de buena fe».[565]

Sobre ello, el objetivo del reclamo expreso previo es que la corrección de los vicios del arbitraje se haga por los propios árbitros; esto es «la posibilidad con que cuenta el proceso arbitral de recomponer con independencia las deficiencias que puedan originarse a su interior».[566-567]

De manera concreta, el reclamo expreso previo tiene como objeto que un laudo no sea anulado por vicios que pudieron ser resueltos por los propios árbitros.[568] El reclamo expreso previo impide a las partes «guardar» un vicio hasta el fin del arbitraje para utilizarlo en sede judicial.[569] La consecuencia de no invocar el tema en sede arbitral es, pues, la pérdida de la facultad de emplearlo como motivo de causal de anulación de laudo.[570]

---

561 Art. 73 de la *Arbitration Act*.

562 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 25-73, 685 (2003).

563 Esto, naturalmente, tiene un impacto en la renuncia tácita a objetar. Si bien formalmente la misma es disponible, al hacer que una manifestación de aquella (el reclamo expreso previo) sea imperativa, en la práctica están haciendo ilusoria la disponibilidad de la renuncia tácita a objetar.

564 Lima, SSC1 1-2014, p. 8.

565 Lima, SSC2 97-2016, p. 7; en el mismo sentido: SSC2 152-2017, p. 4.

566 Lima, SSC1 167-2012, p. 6.

567 Sin embargo, vale precisar que este fundamento no resultará aplicable en todos los casos. Por ejemplo, cuando el laudo se emita fuera del plazo establecido (art. 41.6 de la Ley 1563/2012, art. 63.1.g) de la LAP), el reclamo expreso previo no podrá revertir tal situación.

568 Lima, SSC2 50-2016, p. 5.

569 Lima, SSC1 198-2013, p. 11.

570 Lima, SSC2 97-2016, p. 7.

(C) Ámbito de aplicación

El reclamo expreso previo tiene un ámbito restringido de aplicación. Y es que a simple vista es evidente que el mismo no puede aplicarse a todos los casos. Por un lado, temas como la inarbitrabilidad y la afectación al orden público pueden ser conocidos *ex officio* por las cortes, de ahí que exigir el reclamo expreso previo para aquellos resulte inviable.[571] Por otro, si el vicio surge en el laudo y no existen vías para revertirlo, tampoco parece eficiente exigir el reclamo: este sería inútil pues los árbitros nada podrían hacer al respecto.[572]

(i) Colombia

El reclamo expreso previo de Colombia se restringe, en primer lugar, al arbitraje local, y el mismo solo aplica sobre alguna de las causales de anulación. Esto será desarrollado más adelante.[573] En esencia, el reclamo expreso previo cubre dos temas específicos: la falta de competencia o «legitimidad» del tribunal arbitral y la emisión de un laudo fuera de plazo.

Vale notar, por cierto, que en el arbitraje local no existe la figura de renuncia a objetar. Puede decirse que el reclamo expreso previo reemplaza a la renuncia a objetar como concepto encargado de que las partes hagan valer sus objeciones dentro del arbitraje.

(ii) Perú

El reclamo expreso previo en Perú aplica para todas las causales de anulación, salvo aquellas sobre arbitrabilidad y orden público. La razón de tales excepciones, ya señalamos, es simple: tales causales pueden ser evaluadas *ex officio.*[574]

Así, el reclamo expreso previo sobrepasa el alcance de la renuncia a objetar. Esta en teoría no cubre casos de afectación al debido proceso, pues dicha noción se conforma virtualmente siempre por disposiciones imperativas (y estas son el límite de la renuncia a objetar). Por contraste, la norma peruana exige reclamo expreso previo incluso para afectaciones al debido proceso.

Para finalizar, en Perú, vale precisar que este reclamo solo habilita al sujeto reclamante, a nadie más.[575] Así, en casos de pluralidad de sujetos de una parte (demandante o demandada), un sujeto que no hizo reclamo expreso previo no podría invocar el reclamo hecho por otro sujeto para lograr la procedencia de su demanda.

4.3.4. Otros requisitos

Según expusimos, parece razonable considerar como requisitos «universales» para la demanda de anulación a que el objeto impugnado sea un laudo, que la demanda se presente dentro del plazo respectivo y que no se haya incurrido en renuncia a objetar. Pues bien, en adición a ello, puede haber otros requisitos.

---

571 En estricto, algunos casos de inarbitrabilidad o afectación al orden público internacional podrían ser solucionados por los propios árbitros a pedido de alguna de las partes (por ejemplo, en Perú, el pedido de exclusión sirve contra pronunciamientos sobre materia no susceptible de arbitraje). Sin embargo, aun así no se requiere el reclamo expreso previo.

572 En Bélgica, el *Code Judiciaire* regula un reclamo expreso, pero no lo exige cuando el vicio se evidencia después de emitido el laudo, como por ejemplo los vicios de motivación (Caroline Verbruggen, *Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1717,* in N. Bassiri & M. Draye (eds.), *Arbitration in Belgium* 455, 466 (2016)).

573 Ver 3.1.1.1.(B)(II) del capítulo VI.

574 Ver 2.3.2. del capítulo III.

575 Lima, SSC1 204-2016, p. 6.

Por un lado, cada ordenamiento jurídico puede establecer requisitos adicionales para evaluar una demanda de anulación de laudo. Por otro lado, en tanto el proceso judicial de anulación de laudo es un proceso y pertenece al derecho procesal, es posible que en el marco normativo procesal general existan requisitos aplicables a toda demanda, incluyendo a las de anulación de laudo.

4.4. Pruebas

4.4.1. Carga de la prueba

Por regla general, la carga de la prueba recae en el demandante. Se adopta el principio de *actor incumbit probatio.* Ese es un esquema presente tanto en países que adoptaron la LMU (con o sin adaptaciones) y también en ordenamientos que no han seguido el esquema de la mencionada norma.[576]

En cuanto a la LMU, el artículo 34(2)(a) señala que el laudo solo podrá anularse cuando «la parte que interpone la petición pruebe […]». La norma, expresamente, encarga al demandante probar que sus alegaciones son ciertas. Ahora bien, pese a que dicho fraseo está en el citado artículo 34(2)(a) y no sucede lo mismo en el artículo 34(2)(b), para las causales de esta última la regla general también es que la carga de la prueba recaiga en el demandante.[577]

Dicho esquema se replica, por cierto, en Iberoamérica.[578]

Por otro lado, es pertinente destacar que, en distintos ordenamientos, el principio de *actor incumbit probatio* constituye una regla general, pero no absoluta; en algunos casos la carga de la prueba puede invertirse. Al respecto, se considera que el fraseo del estilo de la LMU no significa un esquema inamovible de carga de la prueba, por lo que aplicaría el régimen común de carga probatoria establecido en el ordenamiento respectivo.[579] En otras palabras, no podría descartarse que la carga de la prueba, en algunos casos, sea objeto de una distribución distinta.

4.4.2. Medios de prueba

4.4.2.1. Esquema general

No parece que deban existir reglas o caracteres especiales en cuanto a los medios probatorios que puedan ser presentados en un proceso judicial de anulación de laudo. Quizá la única precisión es que el *case file* del caso arbitral debería necesariamente constituir una prueba en el proceso judicial.[580] Fuera de eso, cada ordenamiento jurídico podría hacer precisiones en cuanto a los medios de prueba para una demanda de anulación de laudo.

---

576 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3177-78 (2d ed. 2014).

577 *Id.* El autor precisa que, en algunos casos, sin embargo, el impacto del vicio de inarbitrabilidad y/o de orden público en terceros podría justificar un esquema distinto de distribución de la carga de la prueba.

578 En España, todas las causales están sujetas a que la parte cumpla con que la parte «alegue y pruebe» —sin perjuicio de la posible actuación judicial de oficio para alguna de ellas— (art. 41.1 de la Ley 60/2003).
En Chile (art. 34.2 de la LACI), Colombia (art. 108 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012) y México (art. 1457 del C.Com.) se sigue el esquema de redacción de la LMU, por lo que la parte que invoca una causal debe probarla. Perú sigue la redacción de España (art. 63.1 de la LAP).

579 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 810 (2014).

580 José Manuel Suárez Robledano, *La más reciente doctrina jurisprudencial sobre arbitraje de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,* 5(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 655, 660 (2012).

En esa línea, la LMU no contiene provisiones sobre los medios de prueba en un proceso de anulación de laudo. Lo mismo parece suceder en las principales leyes de Europa y Latinoamérica.[581]

Ahora bien, la libertad probatoria de las partes no es irrestricta. Si consideramos el principio de renuncia a objetar, en algunos casos no sería válido que una parte pueda invocar pruebas no presentadas ante los árbitros —cuando pudo hacerlo— para sustentar su demanda de anulación.[582]

4.4.2.2. Prueba testimonial

Un tema de particular interés es la prueba testimonial proveniente de árbitros o de otros sujetos que participaron en el arbitraje.

(A) Árbitros como testigos

(i) Marco general

La participación de árbitros como testigos en el proceso judicial de anulación de laudo es un tema polémico.

En ordenamientos de *common law*, la idea de que los árbitros sean llamados como testigos no ha sido rechazada de plano. Así, en *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works*,[583] la *House of Lords* inglesa reconoce ello, con el límite de que el testimonio no puede versar sobre el contenido del laudo, pues «as soon as the award is made it must speak for itself».[584]

En Estados Unidos, la posición de que el árbitro goza de inmunidad está ya asentada.[585] Esto incluye un *testimonial privilege*.[586] Salvo ciertas excepciones para cuestiones de sesgo o prejuzgamiento,[587] los árbitros no pueden ser forzados a dar un testimonio sobre el arbitraje.

En ordenamientos de derecho civil, la situación es similar. En un caso francés, la *Cour d'appel* de Paris señaló que no era legalmente viable que el árbitro fuese llamado como testigo, pues posee los mismos derechos y deberes que un juez dada su función.[588] Según Fouchard, a la *Cour d'appel* algunos argumentos —como la confidencialidad— le parecían discutibles, por lo que esta buscó «un fundamento más amplio para su rechazo a escuchar a los árbitros como testigos».[589] Así se llegó a la analogía entre árbitro y juez.

---

581 La excepción es Perú, pues la LAP establece que solo pueden presentarse documentos como medios probatorios (art. 64.2). Ver 4.4.2.2.(C)(II).

582 Esto puede suceder especialmente en casos de cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral (ver 2.2.2.1.(A)(I)[b] del capítulo III). Si una parte cuestiona la competencia de los árbitros ante los árbitros, en tal cuestionamiento debe presentar todas las pruebas a su disposición; si la parte después impugna la competencia de los árbitros ante una corte judicial, no debería poder presentar pruebas que no presentó ante los árbitros aun cuando pudo hacerlo.

583 [1871-1872] L.R. 5 H.L. 418.

584 *Id.*

585 Ver 4.2.3.2.(A)(I).

586 *Garzella v. Borough of Dunmore*, 237 F.R.D. 371, 372-73 (M.D. Pa. 2006).

587 *Lyeth v. Chrysler Corp.*, 929 F2d 891, 899 (2d Cir. 1991); *Woods v. Saturn Distribution Corp.,* 78 F.3d 424, 430-31 (9th Cir. 1996); *Hoeft v. MVL Group, Inc.,* 343 F.3d 57, 67 (2d Cir. 2003); entre otras.

588 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 29 de mayo de 1992 (Resumen en 1996(3) Revue de l'Arbitrage 408 (1996)).

589 Philippe Fouchard, *Le statut de l'arbite dans la jurisprudence française*, 1996(3) Revue de l'Arbitrage 325, 333 (1996). Traducción libre al español.
Texto original:
«un fondement plus large à son refus d'entendre les arbitres comme témoins».

En última instancia, la posibilidad de que los árbitros testifiquen dependerá de las leyes que estipule cada país.[590] No parece inusual o raro que un marco normativo permita como regla general llamar como testigo a cualquier sujeto que no sea parte del proceso judicial, y que las contadas excepciones a dicha regla no incluyan a los árbitros.[591]

En cualquier caso, la declaración testimonial del árbitro podrá resultar un medio probatorio de especial valor.[592] Se considera que el árbitro podrá presentar una exposición objetiva e informada sobre los hechos que se discuten en el proceso judicial de anulación de laudo.[593]

(ii) Análisis crítico

La participación del árbitro como testigo en un proceso judicial de anulación de laudo no debe regularse bajo una sola regla (permisión, prohibición, etcétera). En un esquema ideal, la declaración del árbitro podría ser requerida de manera imperativa, podría ser permitida a voluntad del árbitro o podría estar prohibida en absoluto, todo en función al supuesto específico.

[a] Regla general

En un esquema ideal, la regla general sería que los árbitros no puedan ser forzados a testificar pero que sí puedan hacerlo si están de acuerdo.[594] En abstracto, el testimonio del árbitro sí podría constituir prueba, pero será necesario para ello que el árbitro acepte fungir como testigo.

Que los árbitros no puedan ser forzados a testificar resulta importante para la propia institución del arbitraje. El árbitro, según se expuso antes, tiene una función que puede equipararse a la del juez. Forzar a un árbitro a testificar resultaría inadecuado a la luz de la función del árbitro, pues este fungió como juzgador objetivo de una controversia. Además, la posibilidad de que se pueda ordenar a un árbitro a que testifique haría menos atractivo y más caro al arbitraje.[595]

Por otro lado, los árbitros sí deben poder testificar si así lo consienten. Si una de las partes ofrece como prueba la declaración testimonial del árbitro y este acepta, en principio la misma debería ser admitida por las cortes judiciales. En estos casos, puede decirse que *el árbitro asume los costos y contingencias de dar su declaración*. Su consentimiento a declarar deriva en que no haya razón alguna para negar su participación.

En realidad, el árbitro podría tener buenas razones para participar como testigo. En algunos casos, la participación del árbitro como testigo podría ser adecuada para que el árbitro proteja su

---

590 Por contraste, es sólido considerar que las partes no pueden acordar excluir la eventual participación de un árbitro como testigo en un proceso judicial de anulación o restringir el derecho de aquellas a pedir que un árbitro testifique en dicho proceso judicial. Algunos Reglamentos (Reglas del SIAC, Reglas del HKIAC, *Swiss Rules of International Arbitration*) recogen tales provisiones; pero no parece que estas puedan servir para que un árbitro incumpla con la obligación *legal* de testificar —pues será una corte judicial la que ordenará que testifique— (Martin Aebi *et al., VI. Confidentiality and Exclusion of Liability*, in Tobias Zuberbuehler, Christoph Müller & Philipp Habegger, *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary* 363, 374-75 (2005)).

591 Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice* 541 (3d ed. 2014). Esto sucede, por ejemplo, en Suecia (Patrik Schöldström, *Chapter 6 The Arbitrators* in U. Franke *et al.* (eds.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide* 115, 135 (2013)), en Egipto, (Mohamed Sweify, *Criminal Sanctions Targeting Arbitrators: An Egyptian Perspective,* in 11(1) Int'l J. of Arab Arbitration 69, 96 (2019)), entre otros.

592 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* 378-79 (2019).

593 *Succula Ltd v Harland & Wolff* [1980] 2 Lloyd's Rep 381.

594 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2034 (2d ed. 2014).

595 Los árbitros elevarían sus honorarios en previsión de gastos de defensa legal y similares enlazados a su eventual participación como testigo en un proceso judicial de anulación.

nombre y reputación (p. ej. acusaciones de actuación torpe o errática que derivó en una afectación al debido proceso).

[b] Excepciones

La regla general glosada está sujeta a excepciones. En algunos casos, la declaración testimonial del árbitro debería estar prohibida, sin importar si aquel quiere declarar o no. En otros casos, podría ser válido ordenar a un árbitro que testifique, aun cuando este no quiera hacerlo.

Por un lado, es razonable considerar que el árbitro no debe testificar sobre cuestiones relacionadas al fondo de la controversia. Sobre el fondo de la controversia, «the last opportunity for the arbitrator to express his or her opinion on all of the aspects of the case is the final award».[596] La anulación del laudo se da en función a cuestiones formales.[597] Por lo tanto, no debería permitirse que los árbitros puedan expresar sus pareceres sobre el fondo de la controversia. Ese tema ya está cerrado.

Asimismo, el árbitro tampoco debería testificar sobre la deliberación efectuada por el tribunal arbitral para la resolución de la controversia.[598] Esto se debe no solo a que las deliberaciones están enlazadas al fondo de la controversia, sino también —y principalmente— al principio de confidencialidad de las deliberaciones.[599]

Sin embargo, podría haber excepciones.[600] Casos en los que el hecho consista precisamente en una deliberación viciada. En específico, esto podría estar justificado cuando el hecho consista en que uno de los árbitros fue excluido de las deliberaciones.[601]

Por otro lado, si el hecho que sustenta el pedido de anulación del laudo se funda en una actuación *inapropiada* de un árbitro y tal actuación es grave, podría justificarse ordenar al árbitro que testifique. Aquí encajarían cuestionamientos graves contra la imparcialidad del árbitro (p. ej. el árbitro filtró información de las deliberaciones a una de las partes) y/o contra el orden público (p. ej. árbitro involucrado en corrupción).

Al respecto, nos plegamos a la posición de la jurisprudencia de Estados Unidos: el estándar a aplicar para ordenar al árbitro que testifique debe ser alto.[602] No cualquier cuestionamiento en cuanto al desempeño de su función puede derivar en tal orden.

---

596 Christian Aschauer & Matthias Neumayr, *The Role of the Austrian Supreme Court in setting aside and challenge proceedings,* 2019(2) b-Arbitra 331, 339 (2019).

597 Ver 2.1.1. del capítulo III. Sin embargo, existen excepciones (ver 2.1.1.3. del capítulo III).

598 *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works,* [1871-1872] L.R. 5 H.L. 418; Fabian von Schlabrendorff & Anke Sessler, *Chapter VI: Making of the Award and Termination of the Proceedings, § 1052 – Decision Making by Panel of Arbitrators,* in P. Nacimiento, S. Kröll & K. Böckstiegel (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 318, 321-22 (2d ed. 2015).

599 *Id.*

600 Mary Reilly, *The Court's Power to Invade the Arbitrators' Deliberation Chamber,* 9(3) J. of Int'l Arbitration 27, 37 (1992); Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* § 7-067, 141-42 (2009).

601 Suecia, Corte de apelaciones de Svea, caso T 8735-01, decisión de 15 de mayo de 2003 (Resumen en 2(1) SchiedsVZ 50 (2004)).*
*La posición sueca, sin embargo, parece ser más flexible en cuanto al testimonio de los árbitros sobre cuestiones enlazadas a las deliberaciones.

602 Ver 4.4.2.2.(A)(i).

(B) El caso de otros sujetos

En adición a los árbitros, existen otros sujetos que en teoría también podrían dar su testimonio en un proceso judicial de anulación: los secretarios arbitrales y otros funcionarios de los centros de arbitraje.

En principio, no parece haber obstáculo para que los secretarios arbitrales testifiquen ante cortes judiciales. Más aun, dado que los secretarios no ejercen una función de juzgadores, las protecciones propias del rol de árbitro no son aplicables.[603] Luego, no es inviable que una corte judicial pueda ordenar a un secretario arbitral que testifique.[604] Naturalmente, si el secretario participó en las deliberaciones, el principio de confidencialidad derivaría en que su testimonio sobre el procedimiento deliberativo esté prohibido.[605]

En suma, para el secretario arbitral, la regla general sería que podría ordenarse a este que testifique, sin importar su disposición a hacerlo.

Para los funcionarios del centro de arbitraje, la situación es equiparable a la del secretario arbitral. Aun si el ordenamiento estableciese un esquema de inmunidad o exoneración de responsabilidad para el centro de arbitraje,[606] este no debería impedir que los funcionarios de la institución arbitral deban testificar.

(C) Situación en Iberoamérica

(i) España

En España, la ley de arbitraje no hace ningún tipo de restricción a los tipos de prueba que pueden presentarse.

En esa línea, la jurisprudencia evidencia que el árbitro sí podría rendir su testimonio ante las cortes judiciales.[607] Así, las partes pueden ofrecer como prueba la declaración testimonial de un árbitro.[608]

(ii) Latinoamérica

En líneas generales, en Latinoamérica no existen disposiciones normativas especiales en cuanto a los medios de prueba o de la carga de la prueba. Además, no parece existir jurisprudencia en Latinoamérica sobre la participación de árbitros como testigos. Luego, no podría descartarse que estos sí puedan rendir un testimonio ante las cortes judiciales.

La única excepción para ambos temas es Perú.

---

603 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* § 9.17, 380-81 (2019).

604 Zachary Douglas*, The Secretary to the Arbitral Tribunal,* in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 87, 87-88 (2014). El autor relata un caso hipotético que incluye un requerimiento de declaración testimonial contra el secretario arbitral.

605 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* § 9.18, 381 (2019).

606 Por ejemplo, ese es el caso de Estados Unidos (*Corey v. New York Stock Exchange,* 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982)).

607 STSJ Madrid 43/2018, de 14 de noviembre de 2018.

608 STSJ Asturias 3/2017, de 25 de abril de 2017.

En Perú, la LAP establece que en el proceso de anulación de laudo «solo pueden ofrecerse documentos».[609] Esta restricción implica que las partes no podrán ofrecer otros medios de prueba, sean típicos, como declaraciones, pericias o inspecciones judiciales, o atípicos —salvo que puedan tomar la forma de un documento—. El fundamento de esta restricción radicaría en que el trámite de este proceso judicial es rápido e incidental.[610] Así, el permitir la actuación de pruebas no documentales significaría una etapa probatoria más larga para el proceso judicial de anulación de laudo.[611] Con tal medida de restricción, la LAP busca concluir de manera célere el proceso judicial de anulación.

El legislador, entonces, hizo un balance entre la necesidad de exhaustividad del análisis judicial y la celeridad en la emisión de la decisión. El legislador concluyó que la necesidad de celeridad justificaba restringir la clase de medios probatorios a integrar el expediente.

Que las partes no puedan presentar medios probatorios distintos a los documentos es una decisión discutible. En la mayoría de casos, puede que las partes solo empleen medios probatorios documentales; sin embargo, en algunos casos podría ser necesario recurrir a medios probatorios de otra clase. Así, una parte puede invocar una afectación cuyo sustento radique en alguna actuación no recogida en texto. Por ejemplo, una audiencia oral que evidencia el trato despectivo del árbitro para con una parte y por tanto su falta de imparcialidad. La transcripción escrita de la audiencia no logrará transmitir todo lo que pueda apreciarse de una revisión a una grabación audiovisual.

Además, la restricción tiene una consecuencia significativa: impide que los árbitros puedan declarar oralmente como testigos en el proceso de anulación. Este tema ya ha sido evaluado líneas arriba.[612]

Sin perjuicio de ello, las partes sí podrían presentar declaraciones por escrito de los árbitros, en las que estos pudieran dar su perspectiva con relación a los hechos acaecidos. En efecto, la restricción probatoria de la LAP no se dirige al testimonio de los árbitros, sino más bien a todo medio probatorio que no tenga forma de documento escrito. Por ello, el testimonio de un árbitro recogido en un documento sí podría ser presentado como medio probatorio.

A nuestro juicio, la necesidad de un proceso célere no justifica restringir el derecho de las partes a probar su caso. El esquema normativo peruano debería permitir a las partes ofrecer medios probatorios de cualquier clase, como parece ser la regla en Iberoamérica.

---

609 Art. 64.2.

610 Fernando Cantuarias Salaverry, *Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral,* 17 Cuadernos Jurisprudenciales (2002).

611 Juan Luis Avendaño Valdez & Raffo Velásquez Meléndez, *Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio,* 4 Revista Peruana de Derecho Constitucional 77, 85 (2011).

612 Ver 4.4.2.2.(A).

CAPÍTULO III
ÁMBITO DEL CONTROL JUDICIAL
MARCO GENERAL

El proceso judicial de anulación de laudo es un mecanismo de control sobre el arbitraje. Sobre ello, el aspecto nuclear es *qué* se controla en específico. Es decir, qué supuestos derivan en la anulación del laudo.

Ahora bien, cada Estado manejará su propio concepto y alcance del control judicial sobre el arbitraje,[613] y por tanto es evidente que las causales específicas de anulación variarán de país en país. Sin embargo, es posible determinar ciertos temas centrales y comunes a virtualmente cualquier esquema de control judicial vía anulación del laudo, sea cual sea el país. Para esto, instrumentos como la LMU y la Convención de Nueva York serán de particular ayuda.

Pero no basta con saber qué se controla, es esencial saber también *cómo* se realiza este control. Es decir, las atribuciones, límites y reglas que estructuran la tarea de la judicatura. Naturalmente, los caracteres del control judicial no son idénticos en todo el mundo; sin embargo, es posible establecer ciertos elementos base en común.

Por razones de orden y eficiencia, en este capítulo abordaremos las causales de anulación de manera general; y los caracteres del control judicial sobre las causales. Sobre dicha base, el siguiente capítulo hará un estudio detallado de las causales de anulación de la LMU.

1. ¿QUÉ SE CONTROLA? CONJUNTO DE CAUSALES DE ANULACIÓN

El proceo judicial de anulación del laudo controla la «validez» del arbitraje, lo que involucra tratar un conjunto distinto de supuestos, con varias maneras de clasificar estos. Para ello, primero enunciaremos las causales de anulación en las principales plazas de arbitraje, y luego sintetizaremos esas causales para así presentar las distintas maneras de clasificación.

1.1. Enunciación de las causales de anulación

Cada país puede diseñar y fijar las causales de anulación de laudo que estime pertinente. Así, las causales pueden ser muy variadas; y naturalmente, sería ineficiente glosar las causales de cada país. Por lo tanto, haremos una presentación superficial a las causales de anulación en la LMU; las plazas principales de arbitraje que no siguen la LMU; y las normas de Iberoamérica.

Esta presentación nos permitirá tener una idea general de las causales y los temas subyacentes y comunes que manejan los ordenamientos como motivos de anulación de un laudo.

1.1.1. Las causales de la LMU

La LMU representa un punto de partida acertado debido al amplio impacto que ha tenido a nivel internacional. En cuanto a la anulación del laudo, el artículo 34(2)[614] de la LMU maneja las siguientes causales.

---

613 Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.34, 581 (6th ed. 2015).

614 «Artículo 34.- La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

- A pedido de parte (artículo 34(2)(a)): (i) incapacidad de alguna de las partes al celebrar el convenio arbitral o invalidez del convenio arbitral según lo dispuesto en la ley; (ii) notificaciones defectuosas de las actuaciones arbitrales o afectación a la posibilidad de las partes de ejercer sus derechos en el procedimiento arbitral; (iii) exceso de autoridad —laudo que resuelve disputas no sometidas al arbitraje—; y (iv) inobservancia de las reglas en cuanto a la composición del tribunal arbitral o al procedimiento arbitral.

- De oficio (artículo 34(2)(b)): (i) inarbitrabilidad de la materia y (ii) afectación al orden público.

Salta a la luz que el esquema de causales de la LMU refleja de manera muy fiel el conjunto de causales de oposición a ejecución de laudo de la Convención de Nueva York.[615] El efecto de dicha réplica es la uniformidad en cuanto al *control judicial* del laudo arbitral;[616] y es que tanto en vía de anulación como en vía de ejecución existe un ámbito de revisión judicial sobre el laudo. No existe razón para que dicho ámbito no sea en líneas generales el mismo en ambos procesos.

Para finalizar, vale notar que el esquema de la LMU ha sido seguido por diversas normas de arbitraje en Europa (Alemania,[617] España)[618] y Latinoamérica (Chile,[619] Colombia,[620] México,[621] Perú).[622]

1.1.2. Las causales en Estados Unidos, Francia e Inglaterra

Estados Unidos, Francia e Inglaterra, países con amplia actividad arbitral, manejan esquemas distintos en las causales de anulación de laudo. A continuación, una breve enunciación de dichas causales.

[…]
2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
a) la parte que interpone la petición pruebe:
i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
ii) que 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; o
iii) que 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, solo se podrán anular estas últimas; o
iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
b) el tribunal compruebe:
i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado».

615 La única causal de la Convención no replicada es la del artículo V(1)(e), que cubre casos de laudo (aún) no firme, suspendido o anulado.

616 UNCITRAL, *Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fifth session (A/CN/.9/233)* § 187, 77 (1983).

617 § 1059(2) del ZPO.

618 Art. 41.1 de la Ley 60/2003.

619 Art. 34 de la LACI.

620 Art. 108 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012.

621 Art. 1457 del C.Com.

622 Art. 63.1 de la LAP.

(i) Estados Unidos

En Estados Unidos, el artículo 10(a)[623] de la FAA establece las siguientes causales para el *vacatur* de un laudo: (1) laudo obtenido por corrupción, fraude u otros medios indebidos; (2) evidente parcialidad o corrupción en los árbitros; (3) cuando los árbitros son responsables de conducta indebida al rehusar postponer una audiencia, o en rechazar atender evidencia pertinente y material para la controversia, o cualquier otra conducta indebida por la que los derechos de las partes se hayan perjudicado; y (4) que los árbitros hayan excedido sus atribuciones o que hayan ejercido las mismas de forma imperfecta al punto de que un laudo final y definitivo sobre la controversia no se haya emitido.

En *Hall St. Assoc., L.L.C. v. Mattel*, la Corte Suprema concluyó que las causales establecidas en la FAA constituyen una lista taxativa.[624] Sin embargo, puede considerarse que existen dos causales generadas por la jurisprudencia (*non statutory grounds*): el *manifest disregard of law*;[625] y la afectación al orden público, tema reconocido por la Corte Suprema[626] y en distintos circuitos.[627]

(ii) Inglaterra

En Inglaterra, la *Arbitration Act* regula la figura del *challenge to the award* (cuestionamiento contra el laudo).

El artículo 67[628] regula el cuestionamiento al laudo en función a la *substantive jurisdiction* (jurisdicción sustantiva). El artículo 30(1)[629] de dicha norma define a la *substantive jurisdiction* como la decisión arbitral sobre la validez del convenio arbitral, la correcta constitución del tribunal arbitral y la pertenencia de los reclamos al ámbito cubierto por el convenio arbitral.

---

623 «Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing
(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration
(1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means.
(2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.
(3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.
(4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made».

624 552 U.S. 576 (2008).

625 La misma tiene como origen histórico a *Wilko v. Swan,* 346 U.S. 427 (1953). En teoría, *Hall St. v. Mattel* debería haber puesto fin a esta causal; sin embargo, los circuitos manejan posiciones divergentes en cuanto a la subsistencia de la causal (Catherine Amirfar, Natalie Reid & Ina Popova, in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 104 (Supplement 104, 2019)).

626 *United Paperworkers International Union v. Misco, Inc.* 484 U.S. 29 (1987); entre otros.

627 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* 207 (2d ed. 2012).

628 «67. Challenging the award: substantive jurisdiction.
(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court—
(a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or
(b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction».

629 30. Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.
«(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—
(a) whether there is a valid arbitration agreement,
(b) whether the tribunal is properly constituted, and
(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement».

El artículo 68[630] regula el cuestionamiento al laudo en función a una *serious irregularity* (irregularidad grave). Esta genera un supuesto de sustancial injusticia y se produce en los siguientes escenarios: (a) incumplimiento de los deberes generales del tribunal arbitral; (b) exceso en el uso de facultades del tribunal; (c) inobservancia del procedimiento acordado por las partes; (d) falla del tribunal en resolver todos los temas sometidos a aquel; (e) exceso en el uso de facultades incurrida por cualquier agente distinto a los árbitros empoderado en el marco del arbitraje; (f) ambigüedad en cuanto a los efectos del laudo; (g) laudo obtenido por fraude o fue procurado de manera contraria al orden público; (h) incumplimiento de los requisitos formales del laudo; e (i) cualquier irregularidad en la conducción del procedimiento o en el laudo arbitral, admitida por el tribunal arbitral o por cualquier agente distinto a los árbitros empoderado en el marco del arbitraje.

Una particularidad del sistema inglés es que, en los casos de *serious irregularity,* la judicatura debe evaluar si el vicio puede ser subsanado por los árbitros vía remisión (*remission*).[631] Así, la *Arbitration Act* establece que los jueces no deberán anular el laudo salvo que esté corroborado que devolver el caso a los árbitros sería inapropiado.[632]

(iii) Francia

En Francia (ley dualista), el artículo 1492[633] del *Code de procédure civile* establece para el arbitraje local las siguientes causales de anulación: (1) el tribunal arbitral se declaró erradamente competente o incompetente; (2) el tribunal arbitral se ha constituido irregularmente; (3) el tribunal arbitral decidió sin cumplir con el mandato que le fue conferido; (4) no se respetó el principio de contradicción; (5) el laudo es contrario al orden público; y (6) el laudo no establece las razones en las que se fundó, la fecha en la que se dictó, los nombres o las firmas de los árbitros, o no fue decidido en mayoría.

A su vez, el artículo 1520[634] del *Code de procédure civile* establece las causales de anulación para el arbitraje internacional. Las primeras cuatro causales son las mismas que las señaladas en el artículo

---

630 «68. Challenging the award: serious irregularity.
[…]
(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant—
(a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);
(b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);
(c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties;
(d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it;
(e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;
(f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award;
(g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy;
(h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or
(i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award».

631 Art. 68(3).

632 *Id.*

633 1492. «Le recours en annulation n'est outvert que si:
1.° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent; ou
2.° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué; ou
3.° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée; ou
4.° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté; ou
5.° La sentence est contraire à l'ordre public; ou
6.° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix».

634 1520. «Le recours en annulation n'est ouvert que si:
1.° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent; ou
2.° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué; ou

1492, y la quinta causal cubre casos en los que el reconocimiento o la ejecución del laudo atenta contra el orden público internacional.

1.1.3. Las causales en Iberoamérica

En Iberoamérica, la LMU ha sido fuente de inspiración para la elaboración de las actuales leyes de arbitraje, y por consiguiente sus causales de anulación han sido replicadas de manera fiel —en líneas generales— en diversos países de la mencionada zona. No obstante, algunos países de regulación dualista manejan un esquema distinto de causales de anulación para arbitrajes locales.

(i) España

La Ley 60/2003 es monista y sigue de manera fiel el esquema de la LMU.[635]

No obstante, la norma española contempla que la demanda de anulación de laudo puede dirigirse contra decisiones negativas sobre competencia en general.[636] Este tema es desarrollado más adelante.[637]

(ii) Chile

El marco regulatorio del arbitraje en Chile es dualista. La LACI, que regula el arbitraje internacional, regula las causales de anulación de forma virtualmente idéntica a la LMU.[638] Por otro lado, en el

3.° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée; ou
4.° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté; ou
5.° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international».

635 «Artículo 41.- Motivos
1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
b) Que 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.
c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
f) Que el laudo es contrario al orden público».

636 Artículo 22.3 de la Ley 60/2003.
«Artículo 22.- Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.
[…]
3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros solo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral».

637 Ver 7. del capítulo IV y 1.1.1. del capítulo VI.

638 «Artículo 34.- La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.
[…]
2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:
a) La parte que interpone la petición pruebe:
i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o
ii) Que 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, o

arbitraje local, la impugnación del laudo se estructura a través de un conjunto de distintos recursos, diseñados en realidad para el control de decisiones judiciales y que se aplican por extensión a las decisiones arbitrales.[639]

(iii) Colombia

La Ley 1563/2012 de arbitraje adopta un régimen dualista. Para el arbitraje internacional, la norma sigue de manera fiel el esquema de causales de anulación de la LMU.[640] Por contraste, para el arbitraje local el esquema de causales de anulación de laudo es distinto.[641]

(iv) México

El Código Comercial establece una regulación monista del arbitraje y sigue de manera fiel el esquema de la LMU para las causales de anulación del laudo.[642]

---

iii) Que 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, solo se podrán anular estas últimas, o
iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o
b) El tribunal compruebe:
i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o
ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile».

639 Ver 2.1. del capítulo VI.

640 «Artículo 108.- Causales de anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:
1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:
a) Que para el momento del 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o
b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o
c) Que el laudo versa sobre 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, solo se podrán anular estas últimas; o
d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.
2. De oficio, cuando:
a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,
b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia».

641 Ver 3.1. del capítulo VI.

642 «Artículo 1457.- Los laudos arbitrales solo podrán ser anulados por el juez competente cuando.
I.- La parte que intente la acción pruebe que:
a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;
b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
c) 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, solo se podrán anular estas últimas; o
d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o
II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público».

(v) Perú

La LAP es monista y sigue, en su esencia, el esquema de la LMU.[643] No obstante, existen causales adicionales. Por un lado, el artículo 63.1 de la LAP recoge las causales de anulación de la LMU. La principal variación aquí es que se establece una provisión expresa para el caso de laudos emitidos fuera de plazo (artículo 63.1.g).[644]

Por otro lado, pese a que el artículo 62.2 de la LAP señala que el artículo 63.1 contiene una lista taxativa de causales, existen otras causales adicionales.[645] Así, «el recurso de anulación no solo procede por las causales establecidas en el artículo 63, como dice erróneamente el artículo 62, sino también por las causales previstas en los artículos 29.7, 41.4 y 41.5».[646]

En resumen, en los países glosados los regímenes de arbitraje internacional replican, en líneas generales, el esquema de causales de anulación de la LMU. En el arbitraje local, la situación es más variada; países con legislación dualista (Chile, Colombia) establecen un esquema distinto para sus causales de anulación en arbitrajes domésticos.

1.2. Formas de clasificación de las causales

Las causales de anulación de laudo, según vimos, se fundan en vicios *formales*. Al respecto, estos vicios formales pueden ser clasificados de distintas maneras. A continuación, la categorización de las causales según la clase del cuestionamiento; la ubicación del vicio; el fundamento contractual o legal del vicio; y la repercusión del mismo.

Para facilidad, las clasificaciones se harán según las causales de la LMU.

1.2.1. La clase del cuestionamiento

Las causales pueden catalogarse según la clase del cuestionamiento. Aquí, clasificamos las causales en los siguientes tópicos: afectación al orden público; cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral (*adjudicability*);[647] y vicios en el procedimiento arbitral.

---

643 «Artículo 63.- Causales de anulación.
1. El laudo solo 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».

644 Ver 5.1.1. del capítulo VI.

645 Ver 5.1. del capítulo VI.

646 Juan Luis Avendaño Valdez, *Comentario al artículo 62,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 685, 686 (2011). Sin embargo, vale notar que el artículo 29.7 de la LAP en realidad no constituye una causal adicional (ver 5.2.1. del capítulo VI).

647 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.42, 583 (6th ed. 2015). Los autores, sin embargo, precisan que «grounds relating to the adjudicability of a dispute go well beyond matters of jurisdiction».

Primero, y al igual que para cualquier otro acto legal, el laudo arbitral deberá ser anulado si transgrede el orden público.[648] En la LMU, la causal del artículo 34(2)(b)(II) cubre esta cuestión.

Segundo, la competencia del tribunal arbitral es un tema central para la validez del arbitraje. Bajo el principio de competencia-competencia, los árbitros tienen la competencia de decidir sobre su propia competencia. Sin embargo, tal competencia no es exclusiva. Los árbitros tienen la primera palabra para decidir sobre su competencia; primera palabra, no la única.[649]

Sucede que las partes pueden cuestionar la decisión de los árbitros sobre competencia ante los tribunales judiciales. Sintetizando todo esto: «El principio tiene una doble función: permitir al tribunal ser el juez en primera instancia de su competencia, y limita el papel de los jueces a la revisión del laudo».[650]

Aquí se ubican los siguientes supuestos:[651]

- Anomalías en el convenio arbitral (artículo 34(2)(a)(I) de la LMU). Si el convenio arbitral no existe o no surte efectos, entonces los árbitros que se amparan en él para resolver las controversias carecen de competencia.

- Exceso de autoridad (artículo 34(2)(a)(III) de la LMU). La decisión del tribunal arbitral sobre un tema no sometido a su fuero constituye un supuesto de incompetencia (parcial).

- Arbitrabilidad (artículo 34(2)(b)(I) de la LMU).[652] Ningún tribunal arbitral es competente para pronunciarse sobre materia inarbitrable.

Tercero, por vicios en el procedimiento arbitral nos referimos a aquellos supuestos patológicos que afectan al procedimiento.

El procedimiento arbitral debe cumplir con ciertos estándares de justicia procedimental (*procedural fairness*).[653] De no hacerlo, el arbitraje será inválido. A su vez, sobre dicho esquema, las partes también pueden establecer reglas procedimentales específicas, las que deben respetarse en tanto es así como las partes quieren que se desarrolle el arbitraje.[654] En resumen, aquí hay tres causales:

- Afectación al debido proceso arbitral (artículo 34(2)(a)(II) de la LMU).

- Incumplimiento de las reglas procedimentales de regulación convencional (artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU).

- Procedimiento contrario al orden público procesal (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU).

---

648 Ver 6.1. del capítulo IV.

649 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.42, 583 (6th ed. 2015).

650 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 303 (4th ed. 2014).

651 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.42-10.51, 583-86 (6th ed. 2015); William W. Park, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction, I. Introduction: The Limits of Language*, in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 55, 96 (2007).

652 La arbitrabilidad, en algunos casos, puede fundarse en cuestiones de orden público. La distinción entre esos dos conceptos se hace en 5.1.2. del capítulo IV.

653 Ver 2.1. del capítulo IV.

654 Ver 4.1. del capítulo IV.

1.2.2. La ubicación del vicio

Las causales de anulación pueden catalogarse en función al lugar en el que surgen dentro del arbitraje. Para ilustrar esto, el arbitraje podría ser dividido en tres etapas distintas: convenio arbitral; procedimiento arbitral; y laudo arbitral. En cada una de estas etapas pueden acaecer vicios que derivarán en la anulación del laudo.

Primero, en la etapa del convenio arbitral, dicho acuerdo puede no existir o sufrir de alguna anomalía que impida que este pueda surtir efectos. Aquí se ubican:

- Anomalías en el convenio arbitral (artículo 34(2)(a)(I) de la LMU).

- Convenio arbitral contrario al orden público (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU). En algunos casos, la nulidad del convenio arbitral se deberá a que este atenta contra el orden público. En tales casos, podrían invocarse tanto la causal anterior como esta.

Segundo, en el procedimiento arbitral pueden surgir vicios que contaminen la validez del procedimiento y por tanto la validez de su resultado. Aquí, en esencia, existen tres temas centrales:

- Afectación al debido proceso arbitral (artículo 34(2)(a)(II) de la LMU).

- Incumplimiento de las reglas procedimentales de regulación convencional (artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU).

- Procedimiento que transgrede el orden público procesal (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU). En algunos casos, el vicio procedimental podría ser de una gravedad tan severa que afecta el orden público. En estos casos, el vicio puede invocarse a través de esta causal y/o de las causales anteriores.

Tercero, el vicio puede estar en el laudo arbitral. Aquí, en esencia, hay tres temas centrales:

- Exceso de autoridad (artículo 34(2)(a)(III) de la LMU). Si el tribunal arbitral resuelve materias no sometidas a su competencia, da igual si hubo un convenio y un procedimiento arbitral válido, el laudo será nulo.

- Inarbitrabilidad de la materia (artículo 34(2)(b)(I) de la LMU). Si el laudo arbitral se pronuncia sobre temas no susceptibles de arbitraje, el laudo será nulo.

- Afectación al orden público (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU). Si el laudo afecta el orden público, será nulo.

1.2.3. El fundamento contractual o legal del vicio

Las causales de anulación se pueden clasificar también según si el fundamento del vicio es contractual o legal. Se ha sostenido que algunas causales tienen fundamento legal, puesto que se fundan en una vulneración al ordenamiento jurídico;[655] y otras tienen fundamento contractual, en el sentido de que se fundan en el incumplimiento a lo pactado por las partes.[656]

---

655 Alfredo Bullard González, *El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación*, 38 Derecho y Sociedad 17, 26 (2012).

656 *Id.*

Por un lado, a nuestro criterio, las causales con fundamento legal son:

- Anomalías en el convenio arbitral (artículo 34(2)(a)(I) de la LMU). Las reglas de existencia y validez del convenio arbitral son establecidas por el ordenamiento jurídico y las partes no pueden regularlas o alterarlas.

- Debido proceso (artículo 34(2)(a)(II) de la LMU). Existen garantías mínimas de justicia procedimental que deben ser respetadas imperativamente.[657] Cualquier incumplimiento de las mismas constituye un incumplimiento al ordenamiento jurídico.

- Inarbitrabilidad de la materia (artículo 34(2)(b)(I) de la LMU). La decisión arbitral sobre temas no susceptibles a ser arbitrados va en contra de la ley.

- Vulneración al orden público (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU). Es evidente que el orden público escapa al ámbito de regulación contractual de las partes.

Por otro lado, consideramos que las causales con fundamento contractual son:

- Inobservancia a las reglas procedimentales de regulación convencional (artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU).

- Exceso de autoridad (artículo 34(2)(a)(III) de la LMU). Si los árbitros resuelven algo distinto a lo encargado por las partes, entonces —sin ánimo de ser redundantes— están yendo en contra del acuerdo de las partes, están incumpliendo dicho acuerdo.

1.2.4. La repercusión del vicio

Las causales de anulación del laudo también pueden evaluarse en función al alcance subjetivo que tienen estas. Así, hay causales que solo afectan a las partes; y causales que afectan a la sociedad en general.

Por un lado, las causales que solo afectan a las partes son las siguientes:

- Anomalías en el convenio arbitral.[658]

- Afectación al debido proceso arbitral.[659]

- Incumplimiento de las reglas procedimentales de regulación convencional.[660]

- Exceso de autoridad.

En estas causales, son las partes las únicas que se ven afectadas por los mencionados vicios. Sobre ello, son aquellas las responsables de no convalidar los mismos y hacer el reclamo en su debido momento. De lo contrario, se produciría una renuncia tácita a objetar.

---

657 Ver 2.2.1. del capítulo IV.

658 Salvo cuando el vicio transgrede también el orden público. En tales casos, el vicio afecta a la sociedad en general.

659 *Id.*

660 *Id.*

Luego, las causales que afectan únicamente a las partes solo podrán ser analizadas a pedido de estas. La judicatura solo se pronunciará sobre estas causales si es que la parte interesada así lo requiere. Esto se desprende del artículo 34(2)(a) de la LMU.

Por otro lado, las causales que afectan a la sociedad en general son dos:

- Inarbitrabilidad de la materia.

- Afectación al orden público.

En estas causales, el vicio no solo afecta a las partes, sino que constituye una lesión al ordenamiento jurídico y por lo tanto tiene una repercusión general. Que un laudo vulnere el orden público o que resuelva sobre controversias no arbitrables genera una distorsión al propio ordenamiento legal.

Luego, estas causales pueden ser conocidas de oficio por la judicatura aun si la parte demandante no las invocase como fundamentos de su pedido de anulación de laudo.[661-662]

Como vemos, existen diversas formas de clasificar las causales de anulación. Los esquemas de clasificación pueden ser útiles para efectos de delimitar los caracteres particulares de las causales y los puntos en común que tienen, o no, estas entre sí.

2. ¿CÓMO SE CONTROLA? CARACTERES DEL CONTROL JUDICIAL

2.1. Naturaleza del control judicial

2.1.1. Control formal

Por regla general, la revisión del laudo a cargo de las cortes judiciales se restringe a la dimensión formal del arbitraje. A continuación, un análisis de los fundamentos, el significado y las excepciones del control formal.

2.1.1.1. Fundamentos del control formal

Una revisión judicial completa del arbitraje, en forma y fondo, frustraría la esencia del arbitraje.

El arbitraje es una institución que se funda en la voluntad de las partes. Estas acuden al mismo para que sean árbitros los que resuelvan la controversia mediante un laudo, que es una decisión final y vinculante. Así, un componente de la esencia del propio arbitraje es su naturaleza «final», el laudo arbitral no es un primer paso de un esquema de apelaciones e instancias ante las cortes nacionales.[663]

Si las partes deciden llevar una controversia a arbitraje, esto significa que estas no buscan que los jueces sean los que resuelvan la disputa. Las partes buscan que sean los árbitros quienes pongan fin a su controversia. Luego, las cortes no están legitimadas a resolver el problema material sometido a arbitraje.

---

661 Ver 2.3.

662 El control *ex officio* está reconocido en el artículo 34(2)(b) de la LMU, que replica lo establecido en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York.

663 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.02, 569 (6th ed. 2015).

A nivel internacional, el deber de las cortes judiciales de no interferir en la controversia material se confirma con la Convención de Nueva York. Esta no establece de forma expresa ninguna limitación alguna para los países en el diseño de las causales que pueden derivar en la anulación del laudo. Sin embargo, es sólido afirmar que dicho tratado establece límites *implícitos* al ámbito de supuestos que generan la anulación para laudos internacionales.[664]

Así, se sostiene que estos límites implícitos se derivan del artículo II de la Convención de Nueva York que requiere a los Estados contratantes que reconozcan los convenios arbitrales.[665] El convenio arbitral se dirige a la obtención de una decisión final y vinculante sobre la controversia. Luego, el tratamiento de los laudos arbitrales debe armonizar con el respeto al convenio arbitral y la consecuencia que se genera de este (una decisión final y vinculante).[666] Por lo tanto, el proceso judicial de anulación de laudo no debería incluir una habilitación para los jueces a resolver la controversia,[667] pues esta ya cuenta con una decisión final emitida por los árbitros.

2.1.1.2. Significado de control formal

Los jueces no pueden evaluar la justicia o acierto de la decisión sobre el fondo de la controversia. El control judicial está enfocado en el arbitraje como *instrumento*. El empleo incorrecto del arbitraje derivará en la anulación del laudo.

(A) El ámbito excluido: el «fondo» de la controversia

El fondo de la controversia (*merits of the case*) consiste en la discusión sobre los hechos y el derecho de la relación material que vincula a las partes. Es el problema jurídico que, precisamente, deriva en el empleo de un mecanismo de solución de conflictos para su dilucidación.

Ahora bien, un problema jurídico involucra el análisis de dos dimensiones diferenciables: la determinación de los hechos (*findings of facts*) y la aplicación del derecho (*conclusions of law*).

Determinación de hechos. Los árbitros tienen competencia exclusiva para el establecimiento de los hechos que conforman la disputa. Esto, en específico, significa que la *valoración* de las pruebas y la determinación de su grado de convicción es una tarea que corresponde a los árbitros.[668] Los jueces no pueden alterar la determinación de los hechos efectuada por los árbitros, y por tanto, tampoco pueden cuestionar la forma en que los medios probatorios han sido valorados.

Aplicación del derecho. La solución de una controversia jurídica pasa por la *subsunción*. Es decir, la aplicación de normas a los hechos acaecidos, a efectos de determinar cuál es la consecuencia jurídica resultante. En específico, una controversia sometida a los árbitros deriva en que estos puedan abordar y resolver cuestiones de interpretación (*problems of interpretation*) y cuestiones de relevancia (*problems of relevance*).[669] Por lo tanto:

- Los árbitros tienen la atribución de determinar cómo interpretar las normas que aplicarán al caso.

---

664 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3168 (2d ed. 2014).
665 *Id.* at 3169.
666 *Id.*
667 La excepción sería que el convenio arbitral establezca que el laudo podrá ser revisado en cuanto al fondo por las cortes judiciales.
668 Todo esto pertenece al campo de teoría de la prueba.
669 Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory* 68-70 (1978). Las nociones son desarrolladas a lo largo de dicha obra.

- Los árbitros tienen la atribución de establecer qué disposiciones normativas son las que aplican sobre los hechos acaecidos.

Los jueces no pueden evaluar, en cuanto al fondo de la controversia, si la interpretación de las normas es «errónea» o si su aplicación es «indebida».

En suma, la prohibición de ingresar al fondo de la controversia hace que los jueces no puedan alterar la decisión del tribunal arbitral sobre la controversia. Así, el proceso judicial de anulación de laudo no puede servir como una «segunda instancia» a través de la cual los jueces abordan la controversia material y alteran o confirman lo establecido por los árbitros al respecto.[670] La intervención judicial no puede recaer sobre el fondo de la controversia.

Esta intervención sobre el fondo, por cierto, puede darse de dos formas:

Intervención directa. Los jueces evalúan el fondo de la controversia y confirman o revierten la decisión de los árbitros. Por ejemplo, el tribunal arbitral desestimó la demanda, pero los jueces revierten ello y declaran fundada dicha demanda.

Virtualmente ningún ordenamiento permite la intervención directa, salvo que esta se encauce por la vía de apelación del laudo.

Intervención indirecta. Los jueces evalúan el fondo de la controversia y concluyen que la decisión del tribunal arbitral es errada, por lo que dejan sin efecto la misma y encargan a dicho tribunal que emita una nueva.

La intervención indirecta está permitida en algunos ordenamientos; sea de forma sincera o disimulada. Un ejemplo de forma sincera es el de la causal de *manifest disregard of law* de Estados Unidos; un caso de forma disimulada es el del control de la motivación (*reasoning*) —en algunos países—.[671]

(B) Las cuestiones de forma

Las cuestiones formales son aquellas que versan sobre el arbitraje en sí. Es decir, la aplicación válida del instrumento. Por ejemplo, si las partes nunca celebraron un convenio arbitral, el laudo arbitral sería inválido pues el arbitraje fue empleado de manera ilegítima.

La relación específica de los temas que conforman el ámbito formal ya se hizo líneas arriba.[672]

2.1.1.3. Excepciones

Según expusimos, la propia esencia del arbitraje hace lógico que las cortes no revisen la decisión de los árbitros sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, existen dos excepciones que pueden considerarse justificadas: el control sobre el respeto de normas de orden público y el control sobre la arbitrabilidad.

---

670 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1059 (2008).
671 Ver 4.2.3. del capítulo IV.
672 Ver 1.

(A) La observancia a normas de orden público

Los jueces pueden dejar sin efecto laudos si consideran que existe un error en la determinación de hechos o en la aplicación del derecho *que deriva en la transgresión al orden público*. Esto se verá más adelante.[673]

(B) El control de la arbitrabilidad

Las disposiciones de arbitrabilidad pueden o no derivar de cuestiones de orden público.[674] En ambos escenarios, la judicatura puede ingresar al fondo de la controversia para hacer la *calificación* de arbitrable o inarbitrable. Esto se verá más adelante.[675]

(C) Algunos casos de intervención indirecta sobre el fondo

Según señalamos en el apartado anterior, no parece existir ningún país que permita que mediante la vía judicial de anulación los jueces puedan ejercer intervención *directa* en cuanto al fondo, para confirmar o revertir la decisión judicial. Por contraste, algunos ordenamientos sí permiten la intervención *indirecta*. A continuación, y para efectos ilustrativos, los casos de Estados Unidos, España y Perú.

(i) Estados Unidos

La lista de causales de anulación de la FAA no concibe que los jueces puedan revisar el fondo de la controversia. Sin embargo, la jurisprudencia generó una nueva causal: el *manifest disregard of law* (manifiesta omisión del derecho).[676] Esta causal, es evidente, se refiere a errores en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas, errores groseros e intolerables. En esencia, se incurre en tal causal cuando los árbitros encuentran una norma que aplica al caso, pero aun así no la emplean.[677]

La existencia de esta causal ha generado incertidumbre en cuanto a la ejecución de laudos arbitrales. Para este tema, es razonable sostener que una causal que permite evaluar errores o inaplicaciones de derecho atenta contra la intención de las partes consistente en que los árbitros resuelvan el caso. Así, tal causal deriva en «the very foundations of the institution of arbitration [being] eaten away».[678]

Para finalizar, en *Hall St. Assoc., L.L.C. v. Mattel*,[679] la Corte Suprema precisó que las causales establecidas en la FAA constituyen una lista taxativa; además, a su criterio, el *manifest disregard* podía entenderse como «merely referred to the § 10 grounds [FAA] collectively, rather than adding to them».[680] En teoría, ello debería haber puesto fin a dicha causal.[681] Sin embargo, hasta ahora, los circuitos manejan posiciones divergentes en cuanto a la subsistencia de la causal.[682]

673 Ver 6.2.2.2. del capítulo IV.
674 Ver 5.1.2. del capítulo IV.
675 Ver 5.3. del capítulo IV.
676 La misma tiene como origen histórico a *Wilko v. Swan,* 346 U.S. 427 (1953).
677 *Cytyc Corp. v. Deka Prods. L.P.*, 439 F.3d 27, 35 (1st Cir. 2006).
678 Hans Smit, *Manifest Disregard of the Law in the New York Court of Appeals,* 15(2) The American Rev. of Int'l Arbitration 315, 319 (2004).
679 552 U.S. 576 (2008).
680 552 U.S. 576, 585 (2008).
681 Victoria Orlowski, *Chapter 22: FAA Section 10 Applications to Vacate an Award (Including «Manifest Disregard»)*, in L. Shore *et al., International Arbitration in the United States* 503, 529 (2017).
682 Catherine Amirfar, Natalie Reid & Ina Popova, in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 104 (Supplement 104, 2019).

(ii) España

En España, la Ley 60/2003 no establece causal alguna que permita controlar los errores en la resolución del fondo realizada por los árbitros. En todo caso, al menos no lo hace expresamente. Sin embargo, la Exposición de Motivos de dicha norma no descarta que en algunos casos los jueces puedan ingresar al fondo de la controversia: «los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, *como regla general*, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros» (el énfasis es nuestro).

Pues bien, la Ley 60/2003 sigue el esquema de la LMU y establece que el laudo se anula si es contrario al orden público.[683] En ese contexto, la judicatura ha establecido que el *error patente* en la resolución del fondo está cubierto por la causal de afectación al orden público. Este tema será desarrollado *in extenso* más adelante.[684]

(iii) Perú

En Perú, y al igual que los casos anteriores, la ley no concibe causal de anulación alguna que permita un ingreso al fondo de la controversia. Más aun, el artículo 62.2[685] contiene una prohibición expresa de ingreso al fondo de la controversia y de calificación a la motivación. La intención de tal artículo era dejar en claro que los jueces no podían ingresar al fondo de la controversia, ni siquiera indirectamente.[686]

Sin embargo, a través de las causales de debido proceso e incumplimiento a reglas procedimentales,[687] es usual que se demande la anulación del laudo por afectación a la motivación.[688] Las cortes peruanas aplican el estándar de control judicial de motivación de sentencias a laudos y por consiguiente evalúan si la motivación es lógica y suficiente.[689] Al hacer dicho análisis, las cortes ingresan al fondo de la controversia.[690] Este tema será desarrollado *in extenso* más adelante.[691]

683 Art. 41.1.f) de la Ley 60/2003.

684 Ver 4.2.3.2.(I) del capítulo IV.

685 «Artículo 62.- Recurso de anulación.
[…]
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

686 Alfredo Bullard González, *El control judicial del Arbitraje*, in *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje (2010)* at 23, 30-31 (2012).

687 Art. 63.1.b) y 63.1.c) de la LAP.

688 En realidad, la afectación del derecho a la motivación es el fundamento más empleado para demandar la anulación (Gino Rivas Caso, *La motivación de las decisiones arbitrales* 311 (2017)).

689 Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* 119-27 (2013).

690 Fernando Cantuarias Salaverry & José Luis Repetto Deville, *El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas,* 51 Ius Et Veritas 32, 43-45 (2015).

691 Ver 4.2.3.2.(V) del capítulo IV.

2.1.2. Relación taxativa de causales

En general, las causales de anulación de laudo conforman una lista *cerrada* (*exhaustive list of grounds*). Este parece ser el caso en la LMU,[692-693] Estados Unidos,[694] Francia,[695] Inglaterra,[696] España,[697] Latinoamérica[698] y en la gran mayoría de ordenamientos que han adoptado el esquema de la mencionada LMU.[699]

Una lista taxativa de causales de anulación es de vital importancia para el arbitraje. Esto da predictibilidad al arbitraje en un ordenamiento específico.[700] La taxatividad hace que, de antemano, los particulares puedan anticipar los «riesgos» —usamos un término no preciso pero ilustrativo— de que el laudo sea invalidado en una jurisdicción específica. A contrario, una lista abierta generaría inseguridad en el uso del arbitraje, pues los usuarios no podrían descartar que el laudo sea anulado por motivos que, de antemano, no conocen.

Ahora bien, la determinación de la taxatividad no puede limitarse a lo señalado a las normas. Una ley de arbitraje puede dejar en claro que su lista de causales de anulación es cerrada y que no admite ninguna otra; sin embargo, es necesario poner atención a lo que establece la jurisprudencia.

En efecto, las cortes pueden generar causales *jurisprudenciales* (*non statutory grounds*). Dicho fenómeno es lesivo para el arbitraje, pues si las cortes mediante la jurisprudencia generan una causal nueva, en principio nadie puede descartar que a futuro no generen otras. Así, la labor de las cortes puede frustrar el esquema taxativo de las causales normativas, y también el fin de dicho esquema taxativo (seguridad y predictibilidad).

2.2. Formato del control judicial

2.2.1. Marco general

El proceso judicial de anulación de laudo está dirigido, como cualquier otro, a solucionar una controversia jurídica. Y, por lo tanto, la disputa ante los jueces —que en este caso gira en torno a

692 Art. 34(2) («El laudo arbitral solo podrá ser anulado […] cuando […]»).

693 Vale notar que la LMU maneja un supuesto «adicional» de impugnación contra el arbitraje: el cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral. Este se regula en el artículo 16(3) de la LMU y procede contra una decisión previa al laudo mediante la que el tribunal arbitral se declara competente. Este supuesto no se encauza bajo un proceso de anulación de laudo, sino que se haría bajo un proceso especial y diferenciado de aquel.

694 La Corte Suprema ha confirmado que la lista de causales, al menos en teoría, es taxativa (*Hall St. Assoc., L.L.C. v. Mattel,* 552 U.S. 576 (2008)). Sin embargo, según expusimos en 1.1.2.(i), existen causales no contempladas en la FAA (*non statutory grounds*)

695 Yves Derains & Laurence Kiffer, *National Report for France (2013 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 73-81 (Supplement 99, 2018).

696 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3185 (2d ed. 2014).

697 Art. 41.1 de la Ley 60/2003 («El laudo solo podrá ser anulado cuando […]»). La norma replica la redacción de la LMU. Sin embargo, el artículo 22.3 establecería una causal adicional, relativa al control judicial de decisiones declinatorias de competencia (ver 7.2.3.2. del capítulo IV y 1.1.1. del capítulo VI).

698 Chile (art. 34(2) de la LACI) y México (art. 1457 del C.Com) siguen la redacción de la LMU. Colombia (art. 107 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012) y Perú (art. 62.1 de la LAP) señalan de manera expresa que las causales son taxativas. En realidad, no solo estos países, sino la mayoría de Latinoamérica establece un listado normativo taxativo de causales (Hernando Díaz-Candía, *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica,* 8(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 413, 431 (2015)).
Sin embargo, al menos en Colombia y Perú, existe una causal adicional relativa al control judicial de decisiones declinatorias de competencia (ver 7.2.3.2. del capítulo IV).

699 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 139 (2012).

700 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1068 (2008).

la validez del laudo— puede involucrar problemas en la determinación de hechos (*finding of facts*) y en la aplicación del derecho (*conclusions of law*).

Si nos centramos en el ámbito probatorio, esto significa que las partes tienen libertad de ofrecer los medios probatorios que quieran. En la práctica, según expusimos antes, puede que el universo de hechos consista en el *case file* del caso arbitral, pero ello no impide que las partes puedan ofrecer como prueba elementos ajenos al expediente mencionado.[701] Las leyes de arbitraje no suelen limitar el derecho de las partes sobre presentación de evidencia en el proceso judicial de anulación.[702]

Asimismo, el proceso de anulación de laudo no es una segunda instancia sobre el tribunal arbitral.[703] En ese sentido, la corte judicial hace un análisis completo del tema, y no restringe su rol al de una corte de apelación —que en diversos ordenamientos tiene menores atribuciones que un juez de primera instancia—.

Ahora bien, al ser un control judicial *ex post*, puede que los jueces del proceso de anulación de laudo aborden cuestiones ya tratadas, discutidas y resueltas en un primer momento por los árbitros. Por ejemplo, es virtualmente imposible que un tribunal arbitral no haya analizado el convenio arbitral para verificar su validez.

A la luz de estos factores, evaluaremos las particularidades del formato de control judicial en el proceso de anulación de laudo.

2.2.2. Particularidades en el formato de revisión

En un apartado superior, clasificamos las causales en cuestiones de competencia (validez de convenio arbitral, exceso de autoridad y arbitrabilidad), vicios procedimentales y cuestiones de orden público.[704] Pues bien, el análisis del formato de control judicial varía según la clase del cuestionamiento contra el laudo.

2.2.2.1. Jurisdicción

(A) Marco general

Es un principio casi universal que la competencia del tribunal arbitral para definir su competencia no es exclusiva.[705] Las cortes judiciales tienen la autoridad para evaluar si un convenio arbitral es válido, si el tribunal excedió su autoridad o si la controversia es arbitrable. Así, es usual que *the last word* sobre competencia del tribunal arbitral sea dada por la judicatura.

Precisamente, en el marco de un proceso judicial de anulación de laudo, el control sobre la competencia es *ex post*.[706] Es decir, se produce luego de que el tribunal arbitral haya evaluado y

---

701 Ver 3.4.2. del capítulo II.

702 *Id.* Perú es una excepción.

703 Ver 2.1. del capítulo II.

704 Ver 1.2.1.

705 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.42, 583 (6th ed. 2015).

706 El control judicial sobre la competencia puede darse en diversos momentos. Bajo el esquema de la LMU, estos son cuatro: la litigación de una controversia cubierta por un convenio arbitral, la decisión arbitral sobre su competencia de manera preliminar (art. 16(3) de la LMU), la impugnación del laudo y la oposición a su ejecución (Yoshimi Ohara & John Lane, *Allocation of Competence Between a National Court and an Arbitral Tribunal: Striking a Balance Between Efficiency and Legitimacy of Arbitration – Asian Perspectives,* in J. E. Kalicki M. Abdel Raouf (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration* 361, 363 (2019)).

decidido sobre su propia competencia. Esto significa que ya existe un pronunciamiento del tribunal arbitral sobre su competencia.[707]

Así, la corte judicial recibe el encargo de resolver una cuestión ya tratada de forma previa por el tribunal arbitral. ¿Qué valor asignarle a este pronunciamiento? La respuesta final dependerá de la noción específica de competencia-competencia que maneje el país, y del consiguiente nivel del control judicial sobre las decisiones de competencia.[708]

Al respecto, la gran mayoría de normas de arbitraje no se pronuncian sobre este tema de forma expresa. Es decir, la «intensidad» del control judicial sobre la competencia de los árbitros no es un tema abordado por las leyes de arbitraje. En la práctica, son los jueces los que determinan el formato de revisión a través de la jurisprudencia.

Sea como fuere, existen diversidad de opciones posibles. Sin embargo, podemos glosar y desarrollar tres que nos parecen centrales: (i) juicio nuevo (*trial de novo*); (ii) revisión de formato corte de casación; y (iii) revisión superficial.

(i) Juicio nuevo (*Trial de novo*)

[a] Marco general

El formato *de novo* es un esquema de fuerte presencia a nivel global. Es adoptado en Francia, Inglaterra, Estados Unidos y en la mayoría de países que siguen el esquema de la LMU.[709] *Trial de novo* significa una revisión total y completa. La corte judicial no constituye una suerte de «segunda instancia» sobre la decisión de los árbitros.[710] *Dallah* es un caso emblemático al respecto:

> The nature of the present exercise is, in my opinion, also unaffected where an arbitral tribunal has either assumed or, after full deliberation, concluded that it had jurisdiction. There is in law no distinction between these situations. The tribunal's own view of its jurisdiction has no legal or evidential value, when the issue is whether the tribunal had any legitimate authority in relation to the Government at all.[711]

Dallah —en Inglaterra—[712] es un caso de ejecución de laudo extranjero. De ahí que tenga sentido afirmar que la decisión arbitral no tiene fuerza legal alguna para las cortes del país en que se busca la ejecución. Sin embargo, la idea de fondo es clara: la decisión del árbitro sobre competencia *no es vinculante* para las cortes. En el ámbito del proceso de anulación, el laudo existe y por tanto sí tiene valor legal, pero la judicatura no se ve vinculada por la decisión de los árbitros.

Sobre dicha base, podemos exponer las características de un *trial de novo*.

---

707 Bajo el principio de objeción oportuna y la consiguiente renuncia a objetar, todos los argumentos y cuestiones enlazadas a la jurisdicción debieron haber sido primero sometidas ante los árbitros.

708 William W. Park, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction, I. Introduction: The Limits of Language*, in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 55, 63-67 (2007).

709 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3207 (2d ed. 2014).

710 *Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd*, [2008] SGHC 134, § 22.

711 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan,* [2010] UKSC 46, § 30.

712 El caso arbitral involucra subsecuentes procesos de anulación y ejecución en Francia y de ejecución en Inglaterra. Para un resumen del caso, ver Gary Born, *Dallah and the New York Convention* (April 7, 2011), http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/04/07/dallah-and-the-new-york-convention/

El *trial de novo* permite a los jueces abordar las dos dimensiones de un problema jurídico: la determinación de los hechos (*findings of facts*) y la aplicación del derecho (*conclusions of law*). El caso francés *Plateau des Pyramides* ilustra esto:

> […] si [bien] la misión de la corte de apelación, establecida en virtud de los artículos 1502 a 1504 del nuevo Código de procedimiento civil, está limitada al examen de los vicios enumerados en tales disposiciones, no hay limitación al poder de esta jurisdicción para investigar todos los elementos, de derecho o de hecho, concernientes a los vicios en cuestión […].[713]

Determinación de hechos. Los jueces establecen los hechos que están enlazados a la discusión sobre la validez del laudo.

Naturalmente, las partes —o al menos la parte demandante— suministrarán las pruebas necesarias para la determinación de hechos. Más aun, lo usual será que todo el *case file* del arbitraje sea remitido a los jueces. Sin embargo, esto no significa que los jueces estén restringidos a lo que las partes presenten.

La corte podría tener la atribución de ordenar de oficio la presentación de evidencia adicional. Siempre dentro del marco normativo procesal específico, nada impide que una corte considere pertinente la presentación de prueba adicional, y, por su propia iniciativa, solicite la misma. Por ejemplo, las partes discuten si el cruce de determinados correos electrónicos derivó en el nacimiento a un convenio arbitral. La corte podría considerar necesario acceder a correos adicionales, que no integran el expediente arbitral.

Asimismo, los jueces, de oficio o a pedido de parte, podrían disponer la práctica de prueba ante su fuero.[714] Para la prueba documental, esto no reviste ningún tipo de desafío. La situación es distinta para los testimonios: los jueces podrían disponer que ciertos sujetos testifiquen.[715]

Aplicación del derecho. Los jueces pueden evaluar todos los aspectos sobre la aplicación e interpretación del derecho que debe ser aplicado al caso concreto. Incluso, a la luz del principio de *iura novit curia* —según sea reconocido y aplicado en el país específico— la judicatura pueda evaluar aspectos del derecho distintos o desconectados a los establecidos en los argumentos de las partes.

En esa línea, debe quedar claro que el formato *de novo* no se ciñe a analizar la decisión de los árbitros y evaluar su acierto o error. Reiteramos: el control judicial no es la de un tribunal de apelación, es un control completo.

[b] Límite

Aun en un formato de juicio nuevo, existen ciertas limitaciones derivadas de la actuación de las partes en el procedimiento arbitral. En específico, la renuncia a objetar podría restringir parcialmente el derecho de las partes a presentar medios probatorios ante los jueces.

---

713 *Cour de Cassation*, decisión de 6 de enero de 1987 (Disponible en 1987(4) Revue de l'Arbitrage 469 (1987)). Traducción libre al español.
Texto original:
«[…] si la mission de la Cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question […]».

714 *AQZ v. ARA*, [2015] SGHC 49, § 49-53.

715 *Id.*

Un requisito de la demanda de anulación de laudo es la objeción oportuna. Salvo para cuestiones de arbitrabilidad, las partes tienen que invocar ante los árbitros cualquier problema referido a la competencia de los árbitros. Por lo tanto, toda la prueba que sustenta el cuestionamiento a la jurisdicción debe ser presentada en el arbitraje. Luego, las partes no podrían presentar prueba nueva, no incluida en el expediente arbitral; hacerlo iría contra el principio de objeción oportuna y la consiguiente renuncia a objetar.[716]

[c] Naturaleza (matización)

Un aspecto importante del esquema *de novo* es que este debe entenderse como un campo de acción discrecional de la judicatura. Es decir, que las cortes puedan hacer un juicio nuevo del tema no significa que estén compelidas a hacerlo en todos los casos.

En ese sentido, incluso bajo un formato *de novo*, la corte puede adoptar una aproximación deferente (*deference*) a la decisión arbitral. Es decir, la corte judicial puede dar especial consideración el razonamiento y decisión del tribunal arbitral sobre competencia. Esta aproximación deferente es aplicada por algunas cortes en Estados Unidos, Canadá y otros países.[717]

El *deference,* en última instancia, responde a una realidad ineludible: las cortes tienen a disposición la posición del árbitro y parecería insensato no revisarla. La decisión arbitral previa puede facilitar o simplificar el trabajo de la judicatura en cuanto a la determinación de hechos o el análisis del derecho. Luego, un laudo con una motivación sólida puede influenciar fuertemente en el análisis de la judicatura.[718]

(ii) Revisión de formato corte de casación

Las cortes judiciales podrían asumir un rol de corte de casación (*cour de cassation*). En este esquema, la decisión arbitral es considerada el centro del análisis. La corte judicial se dirige a evaluar si la decisión arbitral es correcta o errada. Así, la corte judicial asumiría la tarea de confirmar (*uphold*) o revertir (*reverse*) la decisión de los árbitros.

Bajo la revisión en formato de corte de casación, las cortes podrían carecer de atribuciones para practicar de nuevo la prueba o para admitir medios probatorios adicionales; o podrían tenerlas, pero con un margen de discreción acotadísimo. El análisis se centraría en determinar las cuestiones de derecho. La corte evaluaría si los árbitros aplicaron e interpretaron debidamente las normas pertinentes.

Esta opción, por cierto, no parece ser empleada en ningún lugar del mundo. Esto se debe a que no se concibe que la demanda de anulación sea una suerte de recurso de casación, y por tanto la corte a cargo tampoco asume la posición de corte de casación.

(iii) Revisión superficial

Las cortes podrían adoptar un grado de revisión superficial, dirigido a repeler casos de evidente carencia de jurisdicción de los árbitros. En este escenario, el estándar para el control es alto. La corte solo podría actuar ante casos *manifiestos*.

---

716 Una excepción sería que la prueba recién haya podido ser descubierta por la parte luego de la emisión del laudo.

717 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3210 (2d ed. 2014).

718 John J. Barceló III, *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, 36(4) Vanderbilt J. of Transnat'l L. 1115, 1123 (2003).

La opción de revisión superficial, sin embargo, no podría ser absoluta. En algunos casos, la judicatura debería ejercer una revisión profunda. Por ejemplo, casos de fraude y falsificación en la celebración del convenio arbitral; en tales casos, la corte podría necesitar hacer una revisión minuciosa sobre la documentación e incluso ordenar que se practique prueba testimonial ante su despacho.

En realidad, este estándar es aplicado en algunas jurisdicciones para el control *ex ante* del convenio arbitraje —como Francia—;[719] esto es, cuando una parte inicia un proceso judicial y la otra invoca el convenio arbitral para detener dicho proceso. Por contraste, parece difícil que un ordenamiento aplique revisión superficial si el control es *ex post*.

(B) Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, es razonable concluir que las cortes adoptan el formato *de novo*.

(i) España

En España, la revisión puede ser total. Al respecto, una corte española ha señalado que la evaluación del convenio arbitral —y por tanto de la competencia arbitral— se hace con jurisdicción *plena*. Así:

> Entre las causas de anulación del laudo esta la nulidad del convenio arbitral y, en ese caso, la acción de anulación trasciende al ámbito privado de la sumisión al arbitraje para ser objeto de enjuiciamiento, comprensivo de su eficacia, esencia, y subsistencia, y además se hace con jurisdicción plena, porque lo que se revisa en ese supuesto no es la adecuación del laudo a una serie de principios básicos; se revisa el pronunciamiento del árbitro sobre la validez de la cláusula que sustenta sus poderes, y en tal caso, la anulación es un auténtico recurso de apelación: aquí se esgrimió la nulidad de la cláusula arbitral.[720]

Ahora bien, la corte hace una suerte de analogía con el recurso de apelación. Creemos que la analogía no es del todo acertada,[721] pero la idea que buscaba transmitir con ella es correcta: para el tema del convenio arbitral, la revisión de la corte no está limitada a un plano «formal», esta puede entrar a la sustancia de tal tema.

Al ser un juicio nuevo, las cortes españolas pueden ordenar la presentación de prueba y practicar prueba. La práctica judicial, según expusimos, denota que pueden realizarse declaraciones testimoniales ante la corte judicial.[722]

(ii) Latinoamérica

En Latinoamérica, el formato de revisión también es *de novo*. Bajo las leyes de arbitraje,[723] las cortes de anulación de laudo no tienen restricciones en cuanto a sus atribuciones para definir los hechos y analizar el derecho. Los marcos normativos no establecen que la revisión de la corte (de anulación de laudo) deba ser solo superficial o hacerse bajo un rol de corte de apelación.

---

719 Art. 1448 del *Code de procédure civile*.

720 SAP Madrid 10/2008, de 24 de enero de 2008, fundamento quinto (Disponible en 1(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 912 (2008)).

721 Faustino Cordón Moreno, *La prescripción de las acciones de reclamación de cantidad en concepto de tasas del arbitraje y de honorarios del árbitro,* 1(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 877, 886 (2008).

722 STSJ Madrid 43/2018, de 14 de noviembre de 2018; STSJ Asturias 3/2017, de 25 de abril de 2017.

723 Al menos las de Chile, Colombia, México y Perú.

La jurisprudencia parece ir en la misma línea. En Perú, las cortes consideran que su función no equipare a la de una instancia de grado (formato de corte de apelación).[724] Además, según las cortes, fuera del fondo de la controversia, no existen límites para ejercer jurisdicción. Así:

> De la lectura del artículo glosado [artículo 41 de la LAP] se desprende que el texto normativo diferencia en las decisiones arbitrales, aquellos pronunciamientos que resuelven el fondo de la controversia, de aquellos que pueden recaer sobre aspectos preliminares, accesorios o incidentales, «cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia», y que por tanto en puridad no resuelven esta […].
>
> […]
>
> En ese orden de ideas, se colige que no todo pronunciamiento arbitral se encuentra protegido con ese blindaje normativo, como es el caso de aquellas excepciones u objeciones al arbitraje relativas a —entre otras— la caducidad del derecho «y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales» [cita del artículo 41 de la LAP], respecto de las cuales, al no ser fondo de la controversia, el órgano de control judicial no está sujeto a limitación para desplegar su propio criterio jurisdiccional.[725]

Las cortes peruanas consideran que los temas *formales* pueden evaluarse de forma integral, sin restricción alguna. En ese sentido, es claro que las cortes no asumen un rol de instancia de apelación ni están restringidas a realizar un análisis superficial de la competencia de los árbitros.

2.2.2.2. Vicios procedimentales

El control de los vicios procedimentales debería hacerse en todos los casos bajo el formato de *trial de novo*. Ahora bien, el análisis se puede segmentar según el vicio invocado fue o no tratado por el tribunal arbitral.

En algunos casos, el vicio podría no haber sido abordado por el tribunal arbitral (p. ej. problemas de motivación en el laudo). Aquí, el juez no solo tiene la última palabra, sino la única. Es evidente que en estos casos el control debe ser completo. Los jueces deben llevar a cabo cuestiones relativas a la determinación de los hechos y también aplicar el derecho.

En otros casos, el vicio habrá sido evaluado primero por el tribunal arbitral. Sin embargo, según vimos al analizar las cuestiones de competencia, igual el control judicial debe ser *de novo*. El pronunciamiento de los árbitros al respecto suele ser objeto de un trato deferente,[726] pero eso no reduce el campo de atribuciones que los jueces pueden desplegar para analizar el caso.

2.2.2.3. Orden público

A nuestro criterio, las cortes deben contar con la atribución de realizar un juicio nuevo sobre cuestiones de orden público. La especial sensibilidad del tema justifica que el control pueda ser total. Las cortes puedan evaluar la aplicación del derecho y la determinación de los hechos con relación a la cuestión de orden público.[727] Esto no impide, naturalmente, que sobre tal base las

---

724 Lima, SSC2 28-2015, p. 7; y SSC2 21-2015, p. 11.

725 Lima, SSC2 19-2016, p. 11. En igual sentido, SSC2 1-2017, SSC1 65-2017, SSC2 66-2017, SSC2 446-2017, SSC2 103-2016, entre otras.

726 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3231 (2d ed. 2014).

727 Domenico di Pietro, *Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 85, § 5-40, 97 (2009).

cortes puedan optar por dar algún grado de deferencia al laudo cuando este hubiese hecho un pronunciamiento sobre el tema. Cortes de diversos países otorgan, en algunos casos, este trato deferente.[728]

2.3. Actuación de oficio o a pedido de parte

2.3.1. Marco general

Una demanda de anulación de laudo es iniciada a pedido de un interesado. Bajo, el principio de congruencia, la corte judicial debería limitarse a evaluar las causales de anulación invocadas por la parte. Es decir, si una parte pide la anulación por la causal A, las cortes no deberían dictaminar la anulación por la causal C.

Este principio, sin embargo, no es absoluto. En algunos casos, el marco normativo puede autorizar a la corte a evaluar *ex officio* si ciertas causales se han configurado. Esta atribución se manifiesta, en esencia, en dos niveles:

En un primer nivel, la corte podría traer a colación una causal no invocada por las partes. Es decir, la corte presenta un nuevo asunto en discusión dentro del proceso judicial de anulación de laudo.

En un segundo nivel, la corte podría analizar fundamentos distintos a los argumentos de las partes sobre un determinado asunto. Por ejemplo, si una parte alega que la materia es inarbitrable por expresa prohibición de la norma, la corte podría analizar la arbitrabilidad también en función a si, fuera de si existe o no tal prohibición normativa, la materia versa sobre derechos disponibles.

Asimismo, la corte también podría ordenar la presentación y práctica de pruebas nuevas.[729] La presencia de un interés público que habilita a las cortes a investigar y resolver de oficio cuestiones no invocadas por las partes deriva en que las cortes, al menos en estos casos, también deberían estar habilitadas para ordenar de oficio la presentación de nuevas pruebas. Precisamente, esa fue la posición de la corte judicial francesa en el caso *Belokon*: «este control [judicial], realizado para la defensa del orden público internacional, no está limitado a los elementos de prueba producidos ante los árbitros […]».[730]

A nivel internacional, el reconocimiento de control *ex officio* es abrumadoramente mayoritario: la Convención de Nueva York reconoce que los jueces pueden evaluar, a iniciativa propia, cuestiones de arbitrabilidad y orden público al evaluar solicitudes de ejecución de laudos extranjeros. La LMU replica ese esquema,[731] y las normas en Iberoamérica siguen dicha estela.[732]

Para finalizar, una acotación complementaria: la actuación judicial de oficio no puede afectar los derechos procesales de las partes. Así, si los jueces actúan de oficio y proponen una causal adicional

---

728 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3326 (2d ed. 2014).

729 Ver 2.2.2.1.(A)(i)[a]. Según expusimos, esto dependerá de la normativa procesal de cada país.

730 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 21 de febrero de 2017 (Disponible en 2017(3) Revue de l'Arbitrage 915, 923 (2017)). Traducción libre.
Texto original:
«Considérant que cette recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, […]».

731 Ver 1.1.1.

732 Ver 1.1.3.

de anulación o argumentos no presentados por las partes, deberán dar una oportunidad a las partes para que puedan manifestar sus posiciones al respecto.[733]

2.3.2. Fundamentos específicos del control ex officio *para arbitrabilidad y orden público*

2.3.2.1. Fundamentos

La habilitación de evaluación *ex officio* para temas de arbitrabilidad y orden público se justifica en su *sensibilidad* para el ordenamiento jurídico y el consiguiente deber de las cortes de repeler transgresiones contra dichos temas.

Primero, vimos que la LMU sigue el esquema de la Convención de Nueva York. Entonces, es pertinente evaluar por qué en dicha convención se habilitó control *ex officio* para los temas de arbitrabilidad y orden público.

La respuesta es que virtualmente ningún país hubiese aceptado el tratado si es que este no le permitía rechazar la ejecución del laudo por cuestiones de orden público.[734] Por eso es que se permitió el control *ex officio* para el orden público y para la arbitrabilidad —al considerarse que esta es una manifestación de aquella—.[735]

Ahora bien, es evidente que los fundamentos para la actuación *ex officio* en un proceso judicial de ejecución de un laudo extranjero no son automáticamente replicables para el proceso judicial de anulación de laudo. Para el proceso judicial de anulación de laudo, la actuación *ex officio* se debe a que *sería intolerable para una corte judicial declarar válido un laudo que aborda cuestiones no arbitrables o que viola el orden público*.

La arbitrabilidad, como se verá más adelante, delimita el conjunto de controversias que pueden ser llevados a arbitraje.[736] La importancia de respetar los límites de la arbitrabilidad es clara: su transgresión generaría inseguridad jurídica y violaría el concepto de jurisdicción estatal. Los árbitros no pueden quitar a las cortes la dilucidación de controversias que son exclusivas del fuero judicial.

El orden público, como se verá más adelante, involucra el conjunto nuclear de reglas, principios y valores sobre los que se construye la sociedad.[737] Que la corte judicial declare válido un laudo que transgrede el orden público significa que un órgano del Estado está amparando una actuación contraria a las consignas nucleares de la sociedad.

2.3.2.2. ¿Facultad o deber?

El control judicial *ex officio* de la arbitrabilidad y de la observación al orden público existe. Sin embargo, una cuestión importante es si esta actuación de oficio es una *facultad* o un *deber*. La diferencia es notable: si el control *ex officio* es una facultad, las cortes cuentan con libertad para no ejercerlo; pero si el control *ex officio* es un deber, entonces la corte tendrá que, necesariamente, hacer un examen de la arbitrabilidad y el respeto del orden público.

---

733 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 21 de febrero de 2017 (Disponible en 2017(3) Revue de l'Arbitrage 915 (2017)).
734 Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 217 (2016).
735 La relación exacta entre arbitrabilidad y orden público se desarrolla en 5.1. del capítulo IV.
736 Ver 5.1. del capítulo IV.
737 Ver 6.1. del capítulo IV.

A nuestro criterio, el control *ex officio* es un deber. Y la razón es simple: una corte judicial no puede *validar* un laudo que resuelve controversias cuya competencia corresponde a los juzgados, o que viola la noción de orden público. Hacer ello generaría graves daños al sistema jurídico: el Estado estaría legitimando un laudo que transgrede nociones de importancia material.

2.3.2.3. Consecuencias en el esquema procesal

Puede discutirse si la atribución de analizar *ex officio* cuestiones de arbitrabilidad y orden público tiene un impacto en los dos requisitos centrales para demandar: (A) objeción oportuna y (B) plazo.

(A) Objeción oportuna

La revisión de oficio hace, en la práctica, inexigible cualquier requerimiento de objeción oportuna. Que la parte reclame o no durante el procedimiento arbitral resulta, para los jueces, *irrelevante.* El control judicial en estas causales, como dijimos, no se funda solo en el derecho de las partes, sino en la protección del ordenamiento jurídico. Que una parte haya «consentido» la resolución de una disputa no arbitrable o la transgresión al orden público en nada cambia que los jueces puedan conocer y resolver cuestionamientos sobre estos temas.

Esto significa que, aun si la demanda de anulación se pudiera considerar improcedente por ausencia de objeción oportuna, igual podría haber un pronunciamiento sobre el fondo.[738] Es más, dada la gravedad del tema, parece razonable considerar que el juez no podría escudarse en la improcedencia para no desplegar su actuación de oficio sobre la inarbitrabilidad o la transgresión al orden público.

(B) Plazo

Si la arbitrabilidad y la observación del orden público son cuestiones *sensibles* para el ordenamiento jurídico, entonces ¿la demanda presentada fuera de plazo debería ser atendida?

La revisión de oficio no justifica la alteración del esquema de plazo para demandar la anulación. Una demanda que se presente fuera de plazo deberá ser declarada improcedente liminarmente, sin apreciar el fondo de la controversia judicial.[739]

El fundamento radica en la seguridad jurídica. Permitir que los jueces puedan anular laudos sobre demandas planteadas fuera de plazo generaría inestabilidad en cuanto al valor de la cosa juzgada del laudo. Demandas planteadas incluso años después del laudo podrían lograr la anulación de este en caso se admita que la revisión de oficio permite a la judicatura conocer demandas improcedentes por incumplimiento de plazo.

Asimismo, el juez que rechaza la demanda por improcedente no está dando por válido el laudo. La corte judicial simplemente rehúsa —de manera válida— evaluar el laudo. Es decir, la corte judicial no estaría amparando ni validando el laudo en absoluto; pues se niega a evaluar de plano dada la superación del plazo que el interesado tenía para demandar la anulación.

---

738 Gonzalo García-Calderón Moreyra, *Comentario al artículo 65,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 728, 735-36 (2011).

739 En Perú, en un caso en que se demandó la anulación por inarbitrabilidad (entre otras causales), la judicatura ha ido en dirección contraria. En este, el plazo para demandar la anulación había sido excedido largamente, y sin embargo la sala decidió evaluar el tema de la arbitrabilidad (Lima, SSC1 232-2018).

Así, aun cuando el velar por las disposiciones de arbitrabilidad y las cuestiones de orden público es importante, la naturaleza «firme» del laudo lo es también. Por lo tanto, ante una demanda presentada fuera de plazo, el juez debería disponer su rechazo, sin mayor análisis.[740]

2.4. Reglas que rigen el análisis de las causales

2.4.1. Discrecionalidad para anular

2.4.1.1. Discrecionalidad vs. obligatoriedad

Una norma establece las causales de anulación del laudo. ¿Quién determina la presencia o no de las causales en un caso concreto? Naturalmente, la judicatura. Es la judicatura, como ya expusimos antes, la que efectúa el control sobre el arbitraje.

Ahora bien, la ley puede no solo establecer las causales de anulación del laudo, sino que puede también regular la manera en que los jueces imponen la consecuencia (la declaratoria de nulidad). En específico, la ley podría optar por una de las siguientes opciones:

- Obligatoriedad. Si la judicatura verifica que se ha configurado una de las causales de anulación de laudo, entonces esta deberá necesariamente declarar la nulidad del mismo.

- Discrecionalidad. Si la judicatura encuentra que se ha configurado una de las causales de anulación de laudo, esta puede decidir, a su criterio, si el caso amerita que se declare la nulidad del laudo o no. En otras palabras, las cortes podrían reconocer que se verificó una causal de anulación, pero igual rechazar el pedido de anulación del laudo.

  La discrecionalidad permite que errores inmateriales no den pie a la anulación del laudo.[741] La judicatura evalúa si en el caso concreto la afectación es de tan poca magnitud que no justifica la sanción legal establecida. En esa línea, se considera que «los laudos se anulan solo cuando la causa tuvo tanta influencia como para provocar un perjuicio sustancial a la parte afectada o al orden público».[742] En palabras de una corte peruana:

  > [L]a infracción al proceso que determinaría la invalidez del Laudo […] debe ser fundamental, desde que entender lo contrario significaría admitir que cualquier infracción formal —aun cuando intrascendente— determinaría la nulidad de Laudo Arbitral, lo que no es un argumento válido, por cuanto las causales de anulación deben aplicarse restrictiva y razonablemente, además de no significar un empleo abusivo de la norma.[743]

---

740 Esto, igual, no impide que la arbitrabilidad y el orden público puedan ser evaluados en el proceso de ejecución de laudo. En cuanto a la ejecución de laudos extranjeros, esto es una obviedad. Por otro lado, en cuanto a la ejecución de laudos locales, parecería idóneo que los jueces puedan revisar *ex officio* que el laudo resuelva materia arbitrable y que respete el orden público.

741 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 922 (1989).

742 José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 528 (2008).

743 Lima, SSC2 339-2013, p. 17.

La opción de discrecionalidad parece la más razonable. Adoptar la opción de obligatoriedad implicaría forzar a la judicatura a declarar la nulidad del laudo aun cuando, por ejemplo, el defecto no haya generado perjuicio alguno, y que el resultado hubiese sido el mismo con o sin el vicio.

Además, la opción de discrecionalidad es la más favorable al arbitraje, pues menos laudos serán anulados. A su vez, también es la mejor opción para la judicatura pues esto evita la *trivialización* del control judicial.[744]

La LMU adoptó el esquema de discrecionalidad. Sobre una lectura a la versión en inglés, se ha dicho que el empleo del término *may* en el artículo 34(2) («An arbitral award may be set aside by the court […]») denota el margen de discreción con el que cuenta la judicatura.[745] Asimismo, esta parece ser la opción preferida a nivel internacional.

En cualquier caso, la discrecionalidad no quita que en algunos supuestos la configuración del vicio derive de forma virtualmente autómatica en la anulación del laudo.[746] Por ejemplo, si se acredita que el laudo resuelve un tema inarbitrable, la anulación es inevitable.

2.4.1.2. Materialidad del vicio

(A) Marco general

La adopción del esquema de discrecionalidad da lugar a que los jueces evalúen la materialidad del vicio. Por regla general, el vicio debe ser significativo. Existen, sin embargo, dos casos especiales: la transgresión al orden público, en los que el vicio debe ser especialmente grave; y el incumplimiento a reglas procedimentales de regulación convencional, en los que la exigencia de materialidad no debe confundirse con la utilidad de la regla acordada por las partes.

(B) Casos especiales

(i) La transgresión al orden público

Un supuesto especial es la causal de afectación al orden público. Para anular un laudo por transgredir el orden público, el vicio no solo debe ser significativo, sino *severamente grave*. Un vicio de extrema gravedad.[747] Esto, en realidad, se enlaza a la propia noción de orden público: la afectación al orden público necesariamente es un hecho muy grave, pues dicho concepto encarna el núcleo de nociones fundamentales para la sociedad.

Aquí son útiles criterios como el de *shock the conscience*.[748] Los jueces solo deben concluir que hubo transgresión al orden público en casos en que el laudo resulta «repugnant to fundamental notions of what is decent and just».[749] En suma, los criterios referidos a que la afectación sea «patente» o «manifiesta» se enlazan a la magnitud del defecto. Porque, una vez más, por definición la transgresión al orden público es siempre un hecho muy grave.

---

744 En un informe de experto, Gélinas señaló, para una causal equivalente a la del artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU, que «[t]*he standard of a "material breach of procedure" or a breach that "presumably affected the award" and the requirement of a prejudice, simpliciter, sufficient or substantial, have one thing in common: they all operate to avoid the trivialization of judicial review in cases of minor violation of the procedure»*. Dicho fragmento es recogido en *Holding Tusculum, B.V. v. Louis Dreyfus, S.A.S.* ([2008] QCCS 5904).

745 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3177 (2d ed. 2014).

746 *Id.*

747 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2013, Rol 1971-2012.

748 *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA,* [2006] SGCA 41. La expresión, sin embargo, proviene de una decisión previa, de Nueva Zelanda, que no está reportada (*Downer Connect Ltd v. Pot Hole People Ltd*).

749 *Restatement (Second) U.S. Conflict of Laws* § 117 (1971).

(ii) Incumplimiento a reglas procedimentales de regulación convencional

Las partes tienen la libertad de diseñar el procedimiento arbitral; y pueden establecer diversas reglas que, a juicio de un tercero, pueden calificar de irrelevantes, redundantes, innecesarias, ineficientes, costosas, etcétera. Pues bien, en muchos casos el incumplimiento de alguna de estas reglas podría, a una primera vista, no significar una afectación material a las partes. Por ejemplo, si las partes establecen que debe haber cuatro audiencias para exponer sus posiciones, y el tribunal arbitral solo lleva a cabo tres, uno puede considerar que con tres audiencias es suficiente para garantizar el debido proceso y los derechos de las partes.

Sin embargo, el error en dicho razonamiento radica en que la materialidad es evaluada considerando la «importancia» de la regla en abstracto. En realidad, la materialidad debe evaluar la magnitud del incumplimiento con relación a la regla establecida por las partes. Así, si las partes establecen que la audiencia de alegatos debe tener una duración de 5 horas como mínimo, habrá una transgresión material si por ejemplo el tribunal programa y desarrolla una audiencia de solo 2 horas; por contraste, si la audiencia toma 4 horas y 55 minutos, la transgresión será inmaterial.

Es necesario tener presente que son las partes las que definen qué elementos, requisitos y etapas procedimentales tendrá el arbitraje. Para un tercero, la regla podría ser irrelevante; y, sin embargo, para las partes tales reglas *podrían ser muy relevantes*. Luego, el incumplimiento material a tales reglas, sea cual sea la opinión que uno pueda tener en cuanto a ellas, debe derivar en la anulación del laudo.

2.4.1.3. Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, al igual que virtualmente en todo el mundo, la opción escogida es la de discrecionalidad. A nivel normativo, ello se desprende de la redacción de las leyes de arbitraje, pues estas siguen el formato de la LMU: emplean el término «podrá».[750] Parece difícil afirmar que los jueces deban declarar la anulación del laudo sin calibrar la magnitud del vicio involucrado.

En síntesis, los jueces cuentan con discreción para declarar la anulación del laudo aun después de haber verificado la configuración del vicio. Esto deriva en que la infracción deba ser material: anomalías de consecuencias insignificantes no deben derivar en la anulación del laudo.[751]

2.4.2. Interpretación restrictiva

2.4.2.1. Marco general

Según el resultado que las normas persiguen, la interpretación de estas puede ser de forma declarativa; restrictiva; o extensiva. La lectura declarativa busca hacer coincidir el ámbito de la norma con la letra de esta; la lectura restrictiva pasa por asignar a la norma un ámbito acotado, de menor alcance; y la lectura extensiva busca que la norma pueda tener un alcance mayor incluso al que se desprende de la letra de la misma.[752]

---

750 España (art. 41.1 de la Ley 60/2003) («El laudo solo podrá ser anulado […]»).
Chile (art. 34(2) de la LACI) («El laudo arbitral solo podrá ser anulado […]»).
Colombia (art. 108 (solo para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012) («La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral […]»).
México (art. 1457 del C.Com.) («Los laudos arbitrales solo podrán ser anulados […]»).
Perú (art. 63.1 de la LAP) («El laudo solo podrá ser anulado […]»).

751 En Latinoamérica, se ha sostenido incluso que solo «violaciones de extrema gravedad» deberían derivar en la anulación del laudo (María Fernanda Vásquez Palma, *Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena,* 136 Vniversitas 1, 11 (2018)).

752 Antonio M. García Cuadrado, *El ordenamiento constitucional* 217 (2002).

La forma de interpretación puede variar según las intenciones y los principios que rigen a la norma bajo lectura. Por ejemplo, las normas que establecen delitos deben interpretarse de forma restrictiva.

Las causales de anulación de laudo podrían, entonces, leerse de forma declarativa, restrictiva o extensiva. ¿Cuál es la lectura correcta a la luz de los principios que rigen el arbitraje?

Bajo el principio de mínima intervención judicial, la lectura correcta de las causales de anulación es la restrictiva. Ya Hwang señaló que «courts should supervise with a light touch, but assist with a strong hand».[753] En efecto, en relación al artículo 34 de la LMU (sobre causales de anulación), diversas cortes consideran que dicha norma debe interpretarse de manera restrictiva pues ello preserva la autonomía del arbitraje y minimiza la intervención judicial.[754]

Así, las causales de anulación del laudo deberían interpretarse de forma tal que solo se apliquen a su ámbito estrictamente necesario. Una visión extensiva de las causales, dirigida a ampliar el ámbito de estas iría en contra de los principios que irradian la legislación arbitral.

2.4.2.2. Situación en Iberoamérica

La lectura restrictiva de las causales parece ser la posición adoptada en Iberoamérica.

En España, la academia postula que las causales de anulación deben interpretarse de manera restrictiva.[755]

En Chile, es razonable considerar que la interpretación restrictiva está enlazada al carácter taxativo de las causales de anulación. La jurisprudencia ha señalado que estas causales son «estrictas» y su carácter taxativo deriva en que «no permiten una interpretación extensiva o analógica».[756] La doctrina coincide.[757] Luego, la interpretación correcta de las causales debe ser la interpretación restrictiva.

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que «las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que, en todo caso, han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva».[758]

En México, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

> [L]a aplicación de las causas de nulidad es restrictiva, pues al prever que los laudos arbitrales «solo» pueden ser anulados por la actualización o comprobación de los supuestos jurídicos que ahí se indican, el legislador da noticia de que, efectivamente, tales causas de nulidad son limitativas, lo que implica que distinto supuesto o incluso alguno análogo a las dos fracciones

753 Michael Hwang, *Commercial courts and international arbitration—competitors or partners?,* 31(2) Arbitration Int'l 193, 194 (2015).

754 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3178-79 (2d ed. 2014).

755 José Garberí Llobregat, *El recurso de anulación en la Ley de Arbitraje (consecuencias prácticas de la interpretación restrictiva de sus normas reguladoras),* 3 Aranzadi civil: revista quincenal 113 (1997). Sin embargo, otros postulan que la interpretación no es restrictiva, sino que debe emplearse una «interpretación adecuada» (Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 809 (2014)).

756 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2013, Rol 1971-2012, fundamento décimo sexto.

757 María Fernanda Vásquez Palma, *Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible,* 38(2) Revista Chilena de Derecho 349, 354 (2011).

758 Corte Constitucional, Sentencia T-058/09, 2 de febrero de 2009, § 6.3. La sentencia es previa a la norma vigente, pero mantiene su validez considerando que la Ley 1563/2012 representa una mejora en comparación con su antecesora.

> del transcrito artículo 1457 del Código de Comercio, no puede ser considerado como causa o supuesto para decretar la nulidad.[759]

El mencionado órgano judicial deriva la restrictividad en la aplicación de las causales de su naturaleza taxativa. En esa línea, colige que los casos «análogos» a las causales no podrían ser invocados. Esto evidencia que la interpretación de las causales no puede ser extensiva.

En Perú, las cortes han reconocido que las causales «deben ser interpretadas de manera restrictiva».[760] La judicatura llega a dicha conclusión debido al carácter taxativo de las causales[761] y a la naturaleza excepcional[762] de la demanda de anulación.

2.4.3. Estándar de la prueba

2.4.3.1. Marco general

El estándar de la prueba no es una cuestión que competa exclusivamente a las partes, sino que también tiene un impacto en la labor de los juzgadores. Por ejemplo, el estándar de prueba penal (culpable más allá de toda duda razonable) deriva en que el juez deba solo declarar la culpabilidad en casos en que esté enteramente convencido de ello.

Ahora bien, las leyes de arbitraje no suelen establecer disposiciones específicas sobre estándar de la prueba en el proceso judicial de anulación de laudo. Por lo tanto, aplicarían las reglas generales procesales de estándar de prueba —las reglas comunes para juicios «civiles», por ejemplo— del país específico. Los jueces, naturalmente, también tienen cierto margen de discreción.[763]

Sin embargo, es viable ensayar una posición desde el arbitraje. Podría sostenerse que, bajo la presunción de validez del laudo,[764] los jueces deberían aplicar un estándar probatorio alto. Porque claro, si se debe dar por válido el laudo desde su emisión, los jueces deberían ser reticentes a declarar la invalidez del mismo, salvo acreditación contundente o exhaustiva en contrario

En realidad, esa respuesta nos parece incorrecta.

Es claro que bajo una posición pro arbitraje, la nulidad de un laudo es un evento no deseado y por tanto las reglas normativas deberían inclinarse a la protección de aquel. Sin embargo, esta lógica no puede ser aplicada de manera absoluta, pues se atenta contra la propia percepción de justicia de los usuarios del sistema.[765]

El estándar probatorio se enlaza al principio de igualdad procesal. Solo casos especiales justifican alterar dicho equilibrio, como los temas penales. La presunción de validez del laudo no justifica una

---

759 México, Corte Suprema, Amparo 71/2014, sentencia de 24 de marzo de 2017, § 246.

760 Lima, SSC2 361-2014, p. 6. En el mismo sentido, ver SSC2 326-2014, SSC2 170-2016, SSC2 35-2015, SSC1 242-2012 (voto en minoría), entre otras.

761 Lima, SSC2 326-2014, SSC2 170-2016, entre otras.

762 Lima, SSC1 242-2012 (voto en minoría), entre otras.

763 ¿Quién define qué es un estándar «alto» de prueba? No existen parámetros objetivos o numéricos al respecto; las nociones como estándar «alto» o «bajo» involucran un juicio subjetivo al respecto. El juez aplicará el estándar establecido por el marco normativo *según cómo lo entienda*.

764 Art. 35(1) de la LMU.

765 Juan Carlos Guerrero Valle, *El orden público y el arbitraje en el Derecho mexicano. Avance, retroceso o redefinición de límites y consecuencias - Amparo directo 71/2014,* 11(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 861, 861 (2018).

elevación del estándar de prueba. Dicha presunción deriva, sí, en que la carga de la prueba corresponda a la parte que pide la anulación.[766] Nada más.

Y es que, salvo una excepción —orden público—, el cuestionamiento a un laudo no cuenta con razón alguna para elevar el estándar probatorio. Dicha elevación sería asignar un trato preferente, *siempre,* a la parte que defiende la validez del laudo.

Al menos para el esquema de *trial de novo,* cuando dos partes se presentan ante un juez para discutir la validez o invalidez de un laudo, no existe ninguna razón para exigir al demandante que pruebe de manera exhaustiva o incluso más allá de toda duda que el laudo es inválido. Aun si los árbitros se pronunciaron sobre el tema primero y el juez le otorgase deferencia a tal pronunciamiento, ello no significa que se deba aplicar un estándar probatorio alto. La decisión arbitral que resolvió el vicio, desestimándolo, podría invocarse como una prueba para inclinar la balanza a favor de la validez del laudo, pero no puede justificar imponer un estándar probatorio alto.

El estándar a emplear deberá ser el estándar típico para los procesos judiciales civiles que aplique la sede. En países de tradición del *common law,* aplicaría el balance de probabilidades; mientras que en países de tradición del derecho civil se emplearía el estándar de libre valoración, íntima convicción, entre otros. Sin embargo, más allá de las etiquetas, los estándares empleados por el *common law* y el derecho civil son sustancialmente muy parecidos.[767] Más aun, estos pueden equipararse bajo la nominación de estándar de razonable convicción.[768] Tal estándar es el adoptado en los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.[769]

En cualquier caso, se reporta que al evaluar la causal de invalidez de convenio arbitral, la aproximación más probable en la mayoría de países es adoptar el estándar de balance de probabilidades.[770] Dicha noción podría, siguiendo los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional, reformularse al de estándar de razonable convicción. Sobre ello, si este estándar aplicase a la causal de invalidez del convenio arbitral, no parece haber razón —salvo una excepción— para que las restantes causales deban evaluarse bajo un estándar distinto.

El marco normativo de arbitraje establece un conjunto de causales taxativas, otorga discrecionalidad a los jueces para no anular el laudo cuando el vicio no sea material y dictamina una interpretación restrictiva de las causales. Tales temas, según vimos antes, tienen una justificación. Sin embargo, reiteramos, no parece haber una para imponer un estándar probatorio alto para demostrar la invalidez del laudo. La única excepción está en la causal de orden público.

2.4.3.2. La excepción: control judicial del orden público

Las cortes deben anular laudos por transgresión al orden público solo cuando dicha afectación está comprobada de manera sólida. El estándar probatorio en esta causal debe ser particularmente

766 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 902 (4th ed. 2014).

767 Moritz Brinkmann, *The Synthesis of Common and Civil Law Standard of Proof Formulae in the ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure,* 9(4) Uniform L. Rev. 876, 881-82 (2004).

768 *Id.* at 889-91; Athanassios V. Skontzos, *The burden and standard of proof in model international procedural law: dealing with the burden and standard of proof in international disputes*, 23(3-4) Uniform L. Rev. 569, 590-91 (2018).

769 Principio 21.2 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.

770 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3191 (2d ed. 2014).

elevado. Ello responde a la ambigüedad e imprecisión del propio concepto,[771] así como a la intervención sobre el fondo que este puede involucrar.[772]

Por un lado, no existe una noción delimitada de orden público. Existen muchas políticas, actividades y valores que pueden considerarse importantes, en las que no existe uniformidad sobre si constituyen cuestiones de orden público o no. Así, la ambigüedad del término implica que el margen de decisión de los jueces puede ser muy amplio.

Por otra parte, como veremos más adelante, la causal de respeto al orden público puede requerir la revisión del fondo de la controversia.[773] Esta es una situación no deseada por las partes. Las partes acuden a los árbitros para que estos decidan la disputa; los árbitros, no los jueces. Sobre ello, la intervención sobre el fondo debe hacerse solo cuando sea *estrictamente* necesaria.

En última instancia, una lectura amplia de esta causal puede poner en peligro a la propia institución del arbitraje. Y es que «excessive readiness to accept objections in the name of public policy may result in the same extreme position as the outright rejection of arbitration».[774] Si todo fuese cuestión de orden público, no habría espacio para el arbitraje.

En suma, al restringir la anulación del laudo por transgresión al orden público solo para casos sólidamente acreditados, se garantiza que esta causal no termine haciendo obsoleto al propio arbitraje.

3. PANORAMA ESTADÍSTICO

Para el tema de la anulación del laudo, la jurisprudencia de las cortes juega un rol esencial.[775] El valor del «contenido» de las sentencias se da por descontado: estas contribuyen a entender el alcance y sentido de las causales de anulación y en general de todos los aspectos vinculados a la impugnación de un laudo.

Ahora bien, la jurisprudencia también permite hacer un análisis *estadístico* del desarrollo de la institución de anulación del laudo. La información sobre «cifras» puede resultar muy útil a la hora de estudiar fenómenos específicos en las corrientes y tendencias en la impugnación de un laudo.[776]

En este apartado, haremos una recopilación y presentación de la situación a nivel estadístico de algunos países: Austria, Inglaterra, Suecia, Suiza, China y Perú.[777] En particular, información sobre el porcentaje de éxito de demandas de anulación y sobre la distribución de las demandas según las causales invocadas.

---

771 Ver 6.1.1. del capítulo IV.

772 Ver 6.3.1. del capítulo IV.

773 *Id.*

774 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 130 (2013).

775 En general, los pronunciamientos judiciales son uno de los «índices más expresivos para comprobar el verdadero perfeccionamiento del arbitraje privado» (Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 2 (2013)).

776 Por ejemplo, si en diversos países el promedio del porcentaje de éxito de una anulación es de 10% y en un país A tal porcentaje es de 40 %*, se podrían formular diversas hipótesis —a ser verificadas— sobre la situación del arbitraje en el país A: los jueces son muy proclives a anular laudos, los practicantes de arbitraje en el país A no tienen un conocimiento adecuado del arbitraje, entre otras razones.

* Para este ejemplo, presuponemos que todos estos países manejan un esquema muy similar de causales de anulación (p. ej. todos han adoptado la LMU).

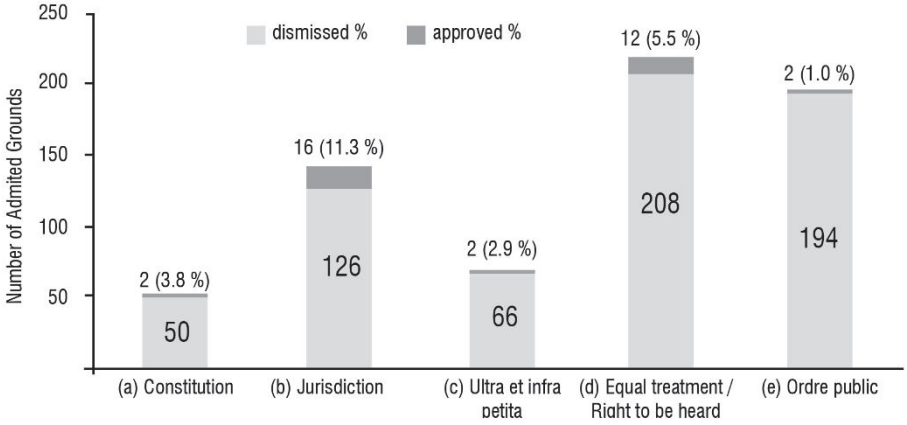
777 La información estadística, lamentablemente, es escasa. No hemos encontrado muchos estudios con estadísticas de la jurisprudencia sobre anulación del laudo. La dificultad de obtener el universo —o al menos una muestra confiable— de sentencias judiciales de un país definitivamente dificulta la proliferación de esta clase de trabajos.

En Austria, desde 2014 hasta junio de 2019 se reportaron 28 demandas de anulación de laudos. De esos 28 casos, solo una sentencia anuló (parcialmente) el laudo impugnado (3.6 %).[778]

Inglaterra cuenta con cifras sobre la impugnación de laudos sustentada en *serious irregularity*.[779] Desde 2015 a marzo de 2018 hubo un total de 112 casos judiciales resueltos por la *Commercial Court*, y solo en uno (0.89 %) la demanda fue exitosa.[780]

En Suecia, un juez reportó que la corte de apelaciones de Svea[781] recibió 114 demandas de anulación de laudo entre 2002 a 2007.[782] De esos casos, solo 33 tuvieron una sentencia sobre el fondo y de estos solo en 3 casos (9 %) se dispuso la anulación del laudo.[783]

En Suiza, un estudio de Dasser y Wójtowicz se reporta que entre 1989 a 2017 hubo un total de 438 sentencias de anulación que se pronuncian sobre el fondo.[784] En el 7.53 % (33) de los casos, se anuló el laudo; y en el 92.47 % (405) se desestimó la demanda.[785] Asimismo, el estudio desglosa los resultados en función a las causales de anulación de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza.



Elaboración de Dasser & Wójtowicz.[786]

778 Christian Aschauer & Matthias Neumayr, *The Role of the Austrian Supreme Court in setting aside and challenge proceedings,* 2019(2) b-Arbitra 331, 347-48 (2019).

779 Art. 68 de la *Arbitration Act.*

780 Commercial Court of England, *Commercial Court User's Group – Meeting Report (13 March 2018)*, https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/commercial-court-users-group-report.pdf

781 Una de las seis cortes de apelaciones de Suecia.

782 Roland Halvorsen, *Sweden,* in E. Gaillard (ed.), *The Review of International Arbitral Awards* 145, 148 (2010).

783 *Id.*

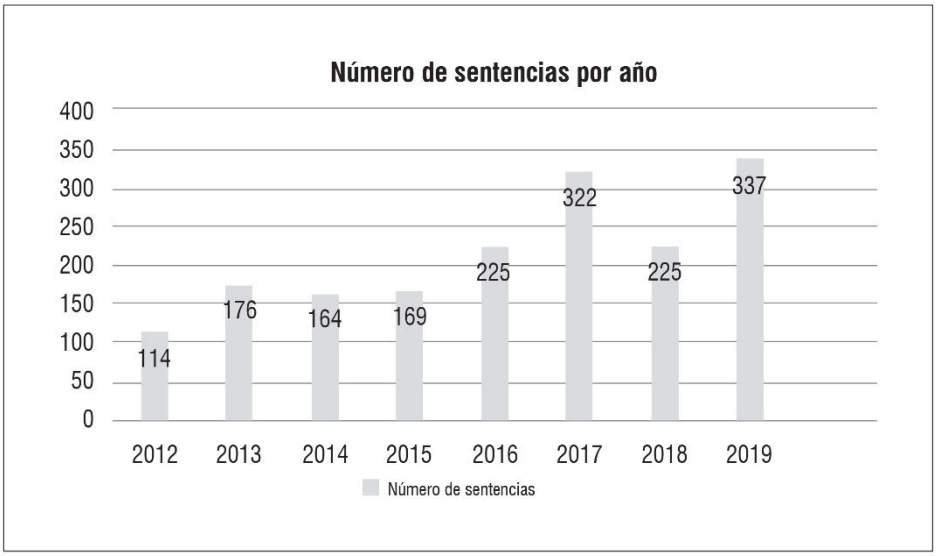
784 Felix Dasser & Piotr Wójtowicz, *Challenges of Swiss Arbitral Awards. Updated Statistical Data as of 2017,* 36(2) ASA Bull. 276, 278 (2018).

785 *Id.*

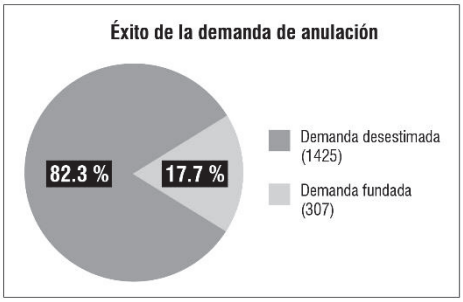
786 *Id.*

En China, se reporta que el 2016 hubo 2,437 sentencias judiciales de anulación de laudo.[787] De dicho total, el 10.5 % (256) anuló el laudo; el 85.7 % (2,088) desestimó la demanda de anulación; y el 3.8 % (93) dispuso la remisión del caso a los árbitros.[788]

En Lima, Perú, entre 2012 a 2019 hubo un total de 1732 sentencias judiciales de anulación de laudo.[789-790] Veamos el número de sentencias según año:



Asimismo, en Perú, el porcentaje de éxito de una demanda es de 17.7 %.



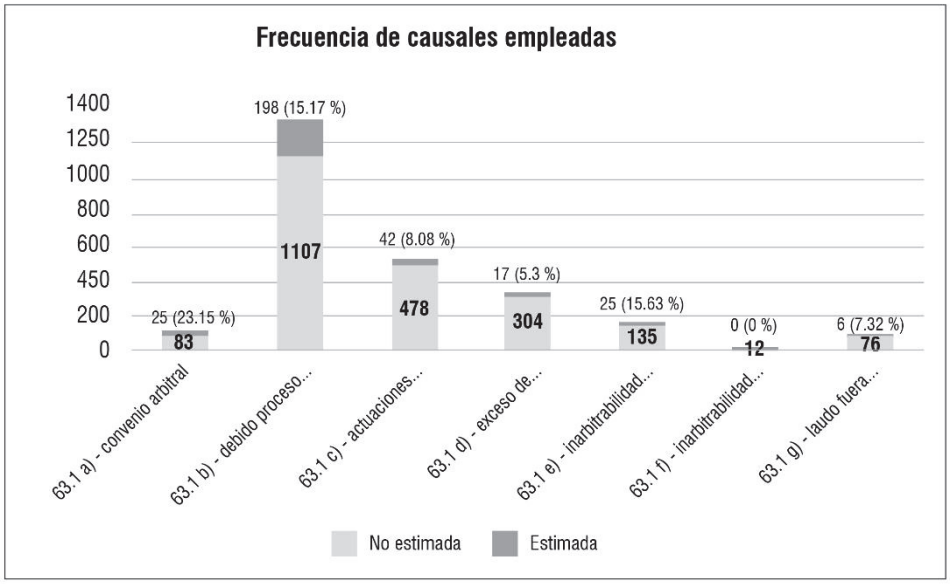
787 Song Lianbin, Hui Lin & Helena Hsi-Chia Chen, *Annual Review on Commercial Arbitration in China (2017)*, in *Commercial Dispute Resolution in China: An Annual Review and Preview (2017)* 1, 36 (2017).

788 *Id.*

789 Las sentencias han sido obtenidas de la página oficial del Poder Judicial de Perú (https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/comerciales.xhtml). En teoría —al menos para los años 2012 y siguientes—, el sistema contiene todo el universo de sentencias emitidas por las cortes de Lima, Perú.

790 Por sentencia judicial nos referimos a la decisión de la corte luego de haberse llevando la audiencia de alegatos entre las partes.

Las demandas de anulación y su porcentaje de éxito también pueden desglosarse en función a las causales de la LAP.



Las cifras de Perú son particularmente elevadas. El porcentaje de éxito de la demanda de anulación es largamente superior a las de los otros países glosados. Además, llama la atención la preponderancia de la causal de debido proceso; esto parecería responder al constante cuestionamiento a la motivación del laudo.[791] En Perú tal denuncia se encausa por la causal del debido proceso (y por la causal de incumplimiento a las reglas procedimentales de regulación convencional).

791 Gino Rivas Caso, *La motivación de las decisiones arbitrales* 239 (2017).

CAPÍTULO IV
ÁMBITO DEL CONTROL JUDICIAL
CAUSALES DE ANULACIÓN (LMU)

En el capítulo anterior, hicimos un mapeo general de las causales de anulación de la LMU, los principales ordenamientos de arbitraje y los ordenamientos de Iberoamérica. En este capítulo desarrollaremos *in extenso* las causales de anulación de la LMU.

Según referimos de manera previa, el esquema de causales de anulación de la LMU ha sido adoptado, de forma virtualmente íntegra, en las normas de arbitraje de diversos países de Iberoamérica.[792] Luego, el análisis y tratamiento de las causales de anulación de la LMU resulta extrapolable para dichos países. Naturalmente, existen algunas variaciones normativas, las que serán identificadas y tratadas.

Para el desarrollo de las causales, abordaremos tres aspectos centrales: fundamentos de la causal; estructura y contenido de la misma; y particularidades normativas en Iberoamérica (cuando las hubiere).

En adición a ello, y como *excurso,* analizaremos el control judicial sobre las decisiones arbitrales negativas sobre competencia. Es decir, casos en que el tribunal arbitral considera que no cuenta con jurisdicción y concluye el procedimiento sin respuesta sobre el fondo. Esto se debe a que en ciertos ordenamientos el cuestionamiento a tales decisiones se encausa a través del proceso de anulación de laudo.

1. VICIOS EN EL CONVENIO ARBITRAL - ARTÍCULO 34(2)(A)(I)

1.1. Fundamentos de la causal

El artículo 34(2)(a)(I) de la LMU dispone la anulación del laudo cuando alguna de las partes del convenio arbitral «estaba afectada por alguna incapacidad» o cuando el convenio arbitral «no es válido» bajo la ley que las partes escogieron para regular el mismo o, a falta de esta, bajo la ley de la sede del arbitraje.[793]

Esta causal tiene fundamento en la naturaleza esencial del consentimiento para acudir a arbitraje. Las partes acuden a arbitraje solo cuando así lo acuerdan. Si no hay consentimiento, un laudo arbitral no puede ser válido o eficaz.[794] Luego, la validez del laudo está sujeta a la validez del convenio arbitral.[795] En palabras de una corte de Perú: «en el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje».[796]

---

792 Ver 1.1.3. del capítulo III.

793 Las normas Iberoamericanas son muy similares, si no casi idénticas, a este artículo. Chile (art. 34(2)(a)(I) de la LACI), Colombia (art. 108.1.a (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012) y México (art. 1457.I(a) del C.Com.) adoptan una redacción muy similar.
España y Perú están un poco más alejadas de la redacción de la LMU. España omite la referencia a la falta de capacidad (art. 41.1.a) de la Ley 60/2003). En Perú, la redacción elimina el extremo de la falta de capacidad y señala que el laudo se anulará cuando el convenio arbitral sea «inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz» (art. 63.1.a), de la LAP).

794 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3188 (2d ed. 2014).

795 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1071 (2008).

796 Lima, SSC1 182-2017, p. 19.

Los dos extremos del artículo 34(2)(a)(I) de la LMU confirman tal fundamento, pues ambos cubren casos en los que no existe un acuerdo pleno y válido de voluntades entre las partes. No habrá acuerdo de arbitrar válido si una de las partes no contaba con la capacidad para suscribirlo o si el convenio sufre de cualquier otro vicio que frustra su validez.

1.2. Estructura y contenido

El artículo 34(2)(a)(I) tiene dos extremos distintos, falta de capacidad y convenio no válido. Sin embargo, ambos están estrechamente relacionados y pueden abordarse como uno solo.[797] La falta de capacidad para celebrar un contrato —el convenio arbitral lo es— suele significar la invalidez del mismo.[798]

El término clave, entonces, es el de *validez*. Esta, a su vez, podría desglosarse en dos dimensiones:

- Validez *formal* del convenio arbitral, relativa a los elementos de forma que debe cumplir el convenio.

- Validez *sustantiva* del convenio arbitral, que se refiere a los elementos estructurales necesarios para estar frente a un convenio arbitral carente de vicios.

El significado concreto de validez variará según la ley aplicable. El convenio arbitral es un negocio jurídico,[799] y por lo tanto su validez dependerá de las leyes que establezcan el régimen de validez para el convenio —sea este un régimen general para todos los negocios jurídicos o un régimen especial para el convenio arbitral—.

¿Qué ley gobierna la validez del convenio arbitral? La determinación de la ley que gobierna la validez del convenio se define por el acuerdo de las partes, y a falta de este, aplica la ley que gobierna el contrato base al cual el convenio arbitral está enlazado o la ley de la sede.[800-801]

Ahora bien, la existencia de la Convención de Nueva York genera cierta uniformidad en cuanto a la validez formal del convenio arbitral —para convenios arbitrales que derivan en un arbitraje internacional—. Por lo tanto, haremos un análisis dividido de la validez formal y la validez sustantiva del convenio arbitral.

1.2.1. Validez formal del convenio

En los países vinculados a la Convención de Nueva York, la validez formal convenio arbitral que establece un arbitraje internacional se rige bajo dos cuerpos normativos: la Convención de Nueva York, que puede calificar como componente fijo, y la ley que gobierna el convenio arbitral, que califica como componente variable.[802] Para los arbitrajes locales, la validez formal del convenio se regiría solo bajo las reglas de la ley que gobierna el convenio arbitral.

---

797 Igual, la redacción de la norma es acertada, por la necesaria distinción en la ley aplicable para los supuestos establecidos en la misma.

798 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.31, 81 (6th ed. 2015).

799 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 926 (4th ed. 2014). En estricto, el autor señala que el convenio arbitral es un «acto jurídico».

800 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 3.10, 158 (6th ed. 2015).

801 Ver 1.2.2.1.(A).

802 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 927 (4th ed. 2014).

1.2.1.1. Validez bajo la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York establece un régimen de validez sobre el convenio arbitral. Antes de desarrollar dicho régimen, es pertinente identificar las razones por las que el mismo solo aplica a convenios arbitrales que disponen un arbitraje internacional.

(A) Presupuesto necesario: ámbito de aplicación de la Convención

(i) Clases de convenios cubiertos por la Convención

El artículo II[803] de la Convención de Nueva York establece el deber de los países contratantes de reconocer y dar efectos a los convenios arbitrales. La norma, de manera expresa, no establece ninguna indicación sobre qué convenios arbitrales se encuentran bajo su órbita.

Para un ordenamiento nacional, los convenios arbitrales pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Convenio arbitral que dispone un arbitraje con sede en el extranjero.
- Convenio arbitral que dispone un arbitraje en la sede.
  - Convenio arbitral que dispone un arbitraje doméstico en la sede.
  - Convenio arbitral que dispone un arbitraje internacional en la sede.

Bajo una lectura literal, el artículo II cubre a todas las categorías glosadas. Sin embargo, esa lectura no es del todo acertada.

[a] Convenio arbitral que dispone un arbitraje en el extranjero

El artículo II sí cubre a los convenios arbitrales que disponen un arbitraje en el extranjero. A esta conclusión se llega si se aplica el artículo I(1) por analogía.[804] La Convención regula el otorgamiento de efectos a laudos arbitrales emitidos en el extranjero, y por tanto el artículo II al tratar convenios arbitrales debería incluir a los convenios arbitrales que disponen un arbitraje con sede en el extranjero.[805]

---

803 «Artículo II
1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluída en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluído un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

804 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 56 (1981).

805 Para este trabajo, tales supuestos no merecen mayor atención. Si el convenio arbitral establece un arbitraje con sede en el extranjero, las cortes locales no tendrán competencia alguna para anular el laudo. Sin embargo, para excepciones a esta regla, ver 4.1.1.2. del capítulo II.

[b] Convenio arbitral que dispone un arbitraje en el foro

El análisis es más complicado cuando el convenio arbitral dispone que el arbitraje se celebrará en el país contratante. La interpretación analógica del artículo II a la luz del artículo I no solo deja fuera a los convenios arbitrales que disponen un arbitraje con sede en el país contratante, sino que incluso parecería excluirlos.

No existe una única postura en torno al alcance del artículo II sobre convenios arbitrajes que establecen un arbitraje en el foro.[806] Sin embargo, la mejor lectura consiste en que los convenios arbitrales que derivan en un arbitraje internacional deben estar cubiertos por la Convención.

> An acceptable interpretation would be that these agreements [convenios sujetos a la Convención] are only those which have an international element. The reason for the limitation in this category of agreements is that the primary goal of the Convention is international commercial arbitration. If any agreement providing for arbitration in the forum's State were to fall under the Convention, quite a number of domestic arbitration laws would be upset as they lay down rules for the formal validity of the arbitration agreement and the referral to arbitration which are different from Article II of the Convention.[807]

En efecto, nada de la Convención de Nueva York permite sostener que esta tiene vocación de cubrir también a convenios arbitrales que derivarán en un arbitraje doméstico. A nivel internacional, es una posición asentada que la Convención no cubre a dichos convenios.[808]

(ii) La aplicación de la Convención en la etapa de anulación de laudo

El artículo II de la Convención de Nueva York regula el deber de los Estados contratantes de reconocer el convenio arbitral en la etapa previa al laudo arbitral. Luego, uno puede preguntarse si el régimen establecido por el artículo II también es aplicable a la etapa de anulación de laudos.

Al respecto, es sólido afirmar que el régimen del artículo II no se limita al control de las cortes en la etapa previa al laudo. Así, no habría sentido en imponer distintos requerimientos para la validez del laudo en la etapa previa al laudo y para la etapa de ejecución del laudo.[809] Y lo mismo sucede para la etapa de anulación del laudo.

Si la Convención cubre convenios arbitrales que disponen un arbitraje (internacional) en el foro, esto significa que podría haber un posterior control en la etapa de anulación de laudo, pues este proceso judicial se realiza en el foro. No habría lógica en que la causal de anulación por invalidez del convenio se analice bajo un régimen de validez que resulte contradictorio con el régimen aplicado en la etapa de control previa al laudo.

(B) El régimen de validez formal de la Convención

El artículo II.1 de la Convención de Nueva York impone el deber de reconocer los convenios arbitrales que consten por escrito. Es decir, se establece el requerimiento de forma escrita. Al respecto, dos son los aspectos centrales: la naturaleza del requerimiento, y el contenido del mismo.

---

806 Dorothee Schramm, Elliot Geisinger & Philippe Pinsolle, *Article II,* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 37, 42 (2010).

807 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 63 (1981).

808 ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* 23 (2011).

809 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 666 (2d ed. 2014).

(i) Naturaleza del requerimiento

El requerimiento de forma escrita puede verse como un piso mínimo (*minimum requirement*), que impide a la legislación doméstica establecer la validez de convenios que no cumplan con la forma escrita; o como un techo máximo (*maximum requirement*), que impide a la legislación doméstica añadir requerimientos en la forma, o como ambos.[810]

Por un lado, es sólido sostener que el requerimiento de la Convención es un techo máximo.[811] Es virtualmente imposible sostener que la Convención buscaba establecer un mínimo sobre el cual los Estados contratantes pudiesen desarrollar de forma libre requerimientos formales adicionales.

Por otro lado, la determinación de si el requerimiento de la Convención es *también* un mínimo es una cuestión mucho más discutida.[812] En nuestra opinión, y como ya se ha sostenido antes, el artículo VII[813] denota que la Convención establece un grado determinado de reglas y requerimientos para la ejecución de laudos extranjeros, pues reconoce a las partes la posibilidad de acogerse al derecho local si este es más favorable.[814] Si bien el artículo VII es una provisión para la ejecución de laudos arbitrales, a través de una interpretación analógica la lógica subyacente del mismo podría aplicarse a los convenios arbitrales.[815]

En cualquier caso, parece claro que el requerimiento de forma escrita de la Convención es un techo máximo. Esto significa que la ley no puede establecer que el convenio arbitral deba cumplir requerimientos de forma adicionales, como observar ciertos elementos de fuente o presentación del documento, estar en una escritura pública u otras figuras análogas, etcétera.[816] Y, por lo tanto, mucho menos podría anularse un laudo por el incumplimiento a tales elementos.[817]

(ii) Contenido del requerimiento

El convenio arbitral debe estar recogido en forma escrita. En líneas generales, la forma escrita consiste en que el convenio arbitral esté plasmado en *texto*. La Convención, sin embargo, no se detiene en una disposición tan general, pues el artículo II.2 establece que el acuerdo por escrito «shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams».

---

810 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 178 (1981).

811 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 178 (1981); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 617-18 (2d ed. 2014); Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 932 (4th ed. 2014); ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* 43 (2011).

812 A favor de que el requerimiento formal es un máximo y también un mínimo: Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 178 (1981); Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 932 (4th ed. 2014); entre otros.

A favor de que el requerimiento formal es solo un máximo: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 618-20 (2d ed. 2014); Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 614, 374-375 (1999); Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice* 208 (2001); entre otros.

813 «Artículo VII

1. 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 tratados del país donde dicha sentencia se invoque».

814 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 614, 374-375 (1999).

815 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 618-19 (2d ed. 2014).

816 ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* 43 (2011).

817 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3199 (2d ed. 2014).

El artículo II.2 reconoce en primer lugar que el acuerdo arbitral puede tomar forma de cláusula de un contrato (*arbitral clause in a contract*) o de acuerdo en documento independiente (*arbitration agreement*). Para ambos casos, la Convención establece dos supuestos que reflejan forma escrita: documento firmado por las partes; e intercambio de cartas o telegramas.

[a] Documento firmado por las partes

El supuesto más «clásico» —no necesariamente el más frecuente— del convenio arbitral, en cuanto a su forma, es que este obre en un documento firmado por las partes. Sea que el convenio tenga la forma de cláusula en un contrato o forma de documento independiente, si el documento está firmado, se cumple con el requerimiento formal.

Se sostiene que el convenio arbitral debe estar firmado por todas las partes involucradas.[818] Sin embargo, la asentada aceptación de la figura de partes no signatarias deriva en que la ausencia de alguna firma no necesariamente frustre la validez del convenio arbitral. Asimismo, las firmas tampoco deben coincidir necesariamente en el mismo «papel»; si la firma de una parte está en un documento y la firma de la contraparte está en otro documento, pero ambos documentos son idénticos, el requisito de firma también se cumple.[819]

[b] Intercambio de cartas o telegramas

La Convención también cubre supuestos de intercambio de documentos. En su letra, el artículo II se refiere a «cartas» y «telegramas», sin mencionar otras clases de documentos. Sin embargo, el artículo II.2 presenta una lista referencial, no exhaustiva.[820] Las cortes judiciales han tenido poca dificultad en interpretar tales expresiones a la luz de las nuevas tecnologías.[821] Luego, un intercambio de correos electrónicos o de otra clase de documentos puede satisfacer el requerimiento del artículo II.2.

Intercambio de documentos significa un cruce de documentos entre las partes. El intercambio puede hacerse sobre un mismo documento[822] o puede consistir en la circulación de distintos documentos. En cualquier caso, el requisito formal es que una parte envíe un documento —que contenga o se refiera al convenio— a la otra y que esta otra haga lo mismo.

Una vez más, el requerimiento formal de intercambio no debe interpretarse de manera rígida. Sí, el intercambio que tiene en mente la Convención se refiere a la oferta y aceptación;[823] sin embargo las objeciones relativas a que el cruce de documentos no evidencia consentimiento de las partes es una objeción relacionada a la validez sustantiva, no a la validez formal.[824]

---

818 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 677 (2d ed. 2014).

819 Dorothee Schramm, Elliot Geisinger & Philippe Pinsolle, *Article II,* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 37, 80 (2010).

820 UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session (19 June – 7 July 2006) (A/61/17),* Anexo II.

821 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 687-88 (2d ed. 2014).

822 Por ejemplo, A envía por correo postal un contrato a B para su firma. B firma el contrato y devuelve ese documento por correo postal a A.

823 Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 81 (2016).

824 Dorothee Schramm, Elliot Geisinger & Philippe Pinsolle, *Article II,* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 37, 81-82 (2010).

1.2.1.2. LMU y normas de Iberoamérica

(A) LMU

(i) Artículo 7, opción I

En una de sus opciones, La LMU también establece la forma escrita como requerimiento de validez formal del convenio arbitral. Sin embargo, ha adoptado una visión más abierta que la de la Convención en cuanto al requerimiento escrito.[825] El artículo 7, opción I,[826] establece que el acuerdo es por escrito «cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma», sea que se haya celebrado de manera oral, por conductas o de cualquier otra manera. No existe mención a documento firmado por las partes o a intercambio de documentos. Así, el requerimiento de acuerdo por escrito es *redefinido* para incluir convenios constituidos por forma oral o tácita.[827] La forma escrita pasa a asumir una suerte de rol probatorio.

La perspectiva de la LMU armoniza con las prácticas mercantiles. Y es que un convenio arbitral puede celebrarse de distintas maneras; incluyendo dinámicas en las que confluyen actuaciones escritas, orales y de conductas tácitas.[828]

> Agreements may be established through conduct or tacit acceptance. Merchants are not as concerned with the details of contract drafting as lawyers are. They are focused on the efficacy of their dealings with each other. Especially the following types of arbitration clauses are relied upon in international trade: clauses in standard conditions; clauses forming direct or indirect part of a bill of lading or charter party; and clauses that parties deem to be part of the contract through incorporation by reference.[829]

Asimismo, el artículo 7, opción I, establece ciertas premisas dirigidas a expandir el conjunto de supuestos en los que surge un convenio arbitral. El artículo 7(4) hace una definición abierta de la noción de comunicación electrónica. El artículo 7(5) establece que el intercambio de una demanda

---

825 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.16, 76 (6th ed. 2015).

826 Opción I.
«Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje.
1) 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 contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
3) 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.
4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada 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 intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado 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 la otra.
6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

827 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 699 (2d ed. 2014).

828 Para una perspectiva detallada de supuestos en los que existe una manifestación oral o tácita, ver Toby Thomas Landau, *The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When «Written» Means «Oral»,* in A. J van den Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 19 (2003).

829 Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 78 (2016).

y una contestación constituyen un convenio arbitral por escrito si no hubo objeción a la existencia del convenio arbitral. Y el artículo 7(6) reconoce que los convenios arbitrales pueden estar incorporados *por referencia* —documento que se remite a otro documento (p. ej. cláusulas generales de contratación de una empresa) que contiene un convenio arbitral—.

(ii) Artículo 7, opción II

El artículo 7, opción II,[830] representa una propuesta más heterodoxa: el convenio arbitral carece de requerimientos formales.[831] Por lo tanto, la forma en que se constituyó el convenio arbitral sería irrelevante en el análisis de su validez.

(B) Normas en Iberoamérica

Iberoamérica sigue en líneas generales la estela de la LMU y establece que el convenio arbitral debe observar la forma escrita. Sin embargo, algunos países tienden hacía una noción de forma escrita amplia.[832]

(i) España

El artículo 9[833] de la Ley 60/2003 se inspira parcialmente en el artículo 7 de la LMU (versión original, previa a las modificaciones de 2006). La norma española adopta una noción flexible de forma escrita al permitir cualquier medio que «deje constancia del acuerdo»; y así podría decirse que el requisito asume una función probatoria.[834]

Más aún, la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 señala que la «voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma». Así, no habría límites ni restricciones a las formas (escrita, oral, conductas tácticas, etcétera) mediante las que el convenio

---

830 Opción II.
«Artículo 7.- Definición del acuerdo de arbitraje
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».

831 Howard M. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus, Edda Kristjansdottir & Thomas W. Walsh, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* 31 (2015).

832 Alejandro Follonier-Ayala, *La formación del convenio arbitral internacional en américa Latina y en Suiza,* 5 Lima Arbitration 110, 116 (2013).

833 «Artículo 9.- Forma y contenido del convenio arbitral.
1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.
2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.
3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.
Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que estas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.
5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.
6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

834 Fernando Rodríguez Prieto, *Ley de Arbitraje, Artículo 9 [Forma y contenido del convenio arbitral],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 157, 176 (2014). El autor se limita a glosar tal postura.

arbitral puede celebrarse. En efecto, es sólido sostener que el único requisito «formal» de la norma española es verificar la intención de las partes,[835] cuestión que pertenece a la dimensión sustantiva de la validez.

(ii) Chile

El artículo 7[836] de la LACI se inspira fielmente en la LMU; en específico, en la versión inicial de la LMU (sin las modificaciones de 2006). Al respecto, se sostiene que la LACI busca la «desformalización» del acuerdo arbitral y dar mayor relevancia a la voluntad de las partes que a la forma que dicha voluntad siguió.[837]

Sin embargo, la norma chilena parece adoptar el concepto de forma escrita como documento firmado o intercambio de documentos —los que, en cualquier caso, podrían adoptar formatos electrónicos—. Es decir, la forma escrita no tiene solo función probatoria, sino que efectivamente el convenio arbitral debe estar consignado por escrito.[838]

(iii) Colombia

El artículo 69[839] (para arbitrajes internacionales) de la Ley 1563/2012 sigue de manera fiel el artículo 7, opción I, de la LMU. Es sólido sostener que en Colombia el requerimiento de forma escrita se limita a cumplir un rol probatorio.

---

835 Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* § 8.17., 102 (2019).

836 «Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje
1) 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 contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2) 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, 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 la 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».

837 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 27 (2d ed. 2016).

838 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 260 (1989). Los autores hacen un análisis del artículo 7 de la LMU (versión original), pero dicho análisis puede replicarse al artículo 7 de la LACI dada su virtual identidad con el mencionado artículo 7 de la LMU (versión original).

839 «Artículo 69.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje. El "acuerdo de arbitraje" es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.
El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito:
a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
b) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se entenderá cumplido con una comunicación electrónica si la información contenida 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, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
c) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté contenido 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 la otra.
d) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

(iv) México

El artículo 1423[840] del Código de Comercio se inspira en el artículo 7 de la LMU, en su versión original (sin las modificaciones de 2006). Luego, en México el requerimiento de forma escrita no parece asumir solo una función probatoria.[841] Más aun, bajo el Código de Comercio, los convenios arbitrales celebrados mediante conductas tácitas estarían excluidos,[842] y lo mismo sucedería con los convenios constituidos mediante forma oral.

(v) Perú

El artículo 13[843] de la LAP sigue el esquema del artículo 7, opción I, de la LMU. Luego, se considera que la formalidad escrita tiene solo un rol probatorio.[844]

1.2.2. Validez sustantiva del convenio

Un análisis adecuado de la validez sustantiva del convenio pasa primero por establecer las reglas de determinación del derecho aplicable para definir la validez sustantiva. Según expusimos antes, los requerimientos o elementos de validez pueden variar en función a la ley aplicable en el caso concreto.

Empero, aun cuando los requerimientos de validez sustantiva son variables, es posible desarrollar supuestos comunes de invalidez del convenio arbitral. Al respecto, la Convención de Nueva York establece ciertas pautas generales para el concepto de validez sustantiva. Dichas pautas permiten clasificar, a grandes rasgos, los supuestos de invalidez.

---

840 «Artículo 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil 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 la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

841 Francisco González de Cossío, *National report for Mexico (2018 through 2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 7 (Supplement 105, 2019).

842 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 215 (4th ed. 2014).

843 «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.
1. El convenio arbitral 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 de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada 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 intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado 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 la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano».

844 Carlos A. Soto Coaguila, *Comentario al artículo 13,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 148, 168 (2011).

Además, resulta pertinente hacer un desarrollo de la validez bajo la tradición del derecho civil. La razón es simple: es la tradición de los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica.

En suma, abordaremos tres temas: la ley aplicable, la clasificación y desarrollo de los supuestos de invalidez, y la noción de validez sustantiva desde la tradición del derecho civil.

1.2.2.1. Ley aplicable

La causal bajo análisis hace expresa referencia a dos supuestos: incapacidad de una parte que suscribe e invalidez del convenio. En estricto, ambos supuestos inciden sobre la validez del convenio arbitral; sin embargo, la determinación de la ley aplicable no es la misma para ambos supuestos.

(A) Ley aplicable al convenio arbitral

Para el arbitraje internacional, las reglas para la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral son establecidas por la Convención de Nueva York —para los países vinculados a esta— y la ley de la sede.

El artículo V(1)(a) de la Convención establece que la ejecución del laudo extranjero podrá ser rechazada si el convenio arbitral «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». Esta regla de elección de derecho aplicable también debe observarse en procesos judiciales de anulación.[845] En esa línea, el artículo 34(2)(a)(I) de la LMU refleja fielmente al artículo V(1)(a) de la Convención y establece la misma regla de elección de derecho aplicable.

En Iberoamérica, Chile, Colombia y México han optado por el esquema de la Convención y de la LMU. Por otro lado, España y Perú han establecido una regla de elección de derecho aplicable más abierta.

El artículo 9.6 de la Ley 60/2003 de España y el artículo 13.7 de la Ley de Arbitraje peruana establecen una regla de elección de derecho aplicable consistente en opciones alternativas. Ambas normas establecen, para el arbitraje internacional, que el convenio será válido si cumple con lo establecido en ley elegida por las partes para el convenio, en la ley que rige sobre el fondo de la controversia *o* en la ley del foro.

El aspecto esencial es el conector de alternatividad.[846]

Las normas de España y Perú establecen tres puntos de conexión en un sistema de aplicación alternativa.[847] En esencia, basta que el convenio arbitral sea válido bajo una de las opciones establecidas. Si el convenio arbitral es inválido bajo una de las opciones, pero no lo es bajo otra de ellas, el laudo no debe ser anulado.

---

845 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3200 (2d ed. 2014).

846 Otro aspecto muy importante es que ambas normas, la española y la peruana, emplean la frase «normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral». Esto permite afirmar que las partes pueden escoger normas no nacionales (Fernando Rodríguez Prieto, *Ley de Arbitraje, Artículo 9 [Forma y contenido del convenio arbitral],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 157, 176 (2014); Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* § 8.31., 111 (2019)).

847 Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* § 8.31., 110 (2019). El autor se refiere a la norma española pero el razonamiento es aplicable también a la norma peruana.

(B) Ley aplicable a la capacidad de las partes

La ley aplicable a la capacidad de las partes no necesariamente será la misma que la que rige sobre el convenio arbitral. Ahora bien, el artículo 34(2)(a)(I) de la LMU no establece ninguna regla de elección de derecho aplicable para este tema. El tema puede resultar complejo debido a la presencia de elementos de conexión para la determinación de la ley aplicable, como la nacionalidad, lugar de domicilio, entre otros.[848] En la práctica, sin embargo, las cuestiones de discusión sobre capacidad y su ley aplicable surgen de manera escasa;[849] esto podría deberse a que las consecuencias de la aplicación de una norma en vez de otra son raramente relevantes.[850]

1.2.2.2. Invalidez - Clasificación

(A) El esquema de la Convención de Nueva York y de la LMU

La estructura y contenido, ya dijimos antes, de la noción de invalidez variará según el derecho aplicable. Sin embargo, la Convención de Nueva York y la LMU permiten establecer formas de clasificar los supuestos de invalidez.

La Convención de Nueva York proporciona una base para la clasificación de la invalidez sustantiva. El artículo II(3) establece el deber de los Estados de derivar a arbitraje a las partes salvo que el convenio sea *nulo, ineficaz o inaplicable*. Si bien la validez sustantiva del convenio se rige bajo el derecho aplicable, el artículo II(3) de la Convención establece una regla internacional sobre validez sustantiva.[851-852]

Sea como fuere, es sólido sostener que las nociones de nulidad, ineficacia e inaplicabilidad conllevan y contienen supuestos de invalidez del convenio arbitral.[853] Por cierto, bajo la Convención, el ámbito de estos conceptos es amplio, y ello tiene sentido pues la Convención se aplica a una diversidad de ordenamientos jurídicos,[854] cada uno con sus propias y peculiares reglas sobre validez sustantiva de contratos.

Plantear una interpretación restrictiva de las nociones de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad *de la Convención* resultaría, por cierto, errado. Esto se evidencia en la noción de *anulabilidad* —que existe en las tradiciones de derecho civil y de *common law*—. Una lectura rígida del artículo II(3) permitiría afirmar que los convenios arbitrales «anulables» están fuera de los supuestos de invalidez.[855] Sin embargo, las cortes denotan que dentro de la noción de nulidad incluyen supuestos que son usualmente considerados propios de situaciones de anulabilidad (como la intimidación y la violencia).[856]

---

848 Klaus Peter Berger, *Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 301, 330 (2007).

849 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.33, 81 (6th ed. 2015).

850 Klaus Peter Berger, *Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 301, 330 (2007).

851 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3206 (2d ed. 2014); C. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa & Ludovica Marvasi, *International arbitration agreements,* in C. F. Emanuele & M. Molfa, *Selected issues in International Arbitration* 40 (2014).

852 No existe una sola posición en cuanto al ámbito de aplicación del artículo II(3). Por ejemplo, se sostiene que el artículo II no resulta aplicable al evaluar la validez del convenio arbitral en la fase de ejecución de laudo extranjero (Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 177 (2016)).

853 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 155 (1981).

854 *Id.*

855 En realidad, esta lectura tiene diversos errores. Sin embargo, la empleamos solo para ilustrar nuestro punto.

856 R. Doak Bishop, Wade M. Coriell & Marcelo Medina Campos, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 275, 276, note 2 (2008).

Por su lado, la LMU sigue la estela de la Convención y establece en su artículo 8(1)[857] el deber de las cortes de reconocer un convenio salvo que sea «nulo, ineficaz o de ejecución imposible».[858] En Iberoamérica, algunos países han adoptado de forma fiel tal redacción.[859] Sea como fuere, esto confirma que la noción de invalidez puede construirse a través de los conceptos de nulidad, ineficacia e inaplicabilidad.

(B) Nulidad, ineficacia e inaplicabilidad

Según vimos, la Convención de Nueva York y la LMU emplean los conceptos de nulidad, ineficacia e inaplicabilidad. Estos conceptos pueden servir de categorías base para la clasificación del conjunto de casos de invalidez.

A continuación, una breve definición de los tres conceptos.

(i) Nulidad

La nulidad significa que el convenio arbitral adolece de un vicio en su propia estructura. Así, se caracteriza porque el defecto está presente desde la celebración del convenio arbitral.[860] Un convenio arbitral puede calificar de nulo por vicios ubicados en el consentimiento, en la representación o en la capacidad para contratar.[861] Además, la nulidad también podría darse en casos de imposibilidad e ilegalidad.[862]

(ii) Ineficacia

La ineficacia se refiere a casos en los que el convenio arbitral deja de emitir efectos.[863] Esto es, casos en los que el convenio no es *intrínsicamente* defectuoso, sino que un hecho sobreviniente impacta en el convenio y deriva en que este ya no emita efectos.[864]

---

857 «Artículo 8.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal
1) El tribunal al que 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, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

858 Existe una divergencia entre la Convención y la LMU al comparar sus versiones en español. La Convención habla de «inaplicable», mientras que la LMU alude a «ejecución imposible». Sin embargo, parece adecuado tratarlas como sinónimos idénticos pues las versiones en inglés de la Convención y la LMU aluden, ambas, a la misma expresión («*incapable of being performed*»).

859 Chile (art. 8(1) de la LACI) y México (art. 1424 del C.Com.) adoptan la regla y emplean los términos de «nulo, ineficaz o de ejecución imposible»). Por contraste, España, Colombia y Perú usan otra redacción.

860 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 156 (1981).

861 R. Doak Bishop, Wade M. Coriell & Marcelo Medina Campos, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 275, 293 (2008).

862 Michael Pryles, *Chapter 3: When Is an Arbitration Agreement Waived? (Third Kaplan Lecture, 9 December 2009),* in Hong Kong International Arbitration Centre (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan* 79, 86 (2018).

863 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 158 (1981).

864 Carolyn B. Lamm & Jeremy K. Sharpe, *Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 297, 300-01 (2008).

La noción de ineficacia cubre casos de cosa juzgada —el convenio arbitral se vuelve ineficaz en cuanto a controversias ya resueltas—,[865] *waiver*,[866] casos de imposibilidad (sobreviniente), entre otros.

(iii) Inaplicabilidad

Un convenio arbitral es inaplicable cuando el mismo no puede ser activado o puesto en marcha.[867] Los términos específicos acordados para dicho arbitraje no pueden realizarse incluso si las partes intentasen cumplir con ellos: «The agreement only becomes incapable of performance in my view if the circumstances are such that it could no longer be performed. even if both parties were ready, able and willing to perform it».[868]

La inaplicabilidad se produce pese a que el convenio arbitral denota que las partes decidieron someterse a arbitraje. Defectos en la construcción de los términos específicos —redacción del convenio— pueden derivar en que el convenio arbitral sea inconsistente o incierto en su materialización, lo que deriva en que el convenio arbitral sea inaplicable.[869] Precisamente, aquí encajan los convenios arbitrales patológicos.[870]

Asimismo, ciertos factores sobrevinientes pueden derivar en que el convenio arbitral sea inaplicable. Por ejemplo, la entidad encargada de hacer la designación del árbitro rehúsa cumplir con dicho encargo.[871]

1.2.2.3. Invalidez - Supuestos comunes

La invalidez, según vimos, puede clasificarse bajo las categorías de nulidad, ineficacia e inaplicabilidad. Tales categorías abarcan distintos supuestos, y algunos de estos encajan en más de una de aquellas. Todo esto puede ilustrarse de la siguiente manera.

865 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 158 (1981).

866 Michael Pryles, *Chapter 3: When Is an Arbitration Agreement Waived? (Third Kaplan Lecture, 9 December 2009),* in Hong Kong International Arbitration Centre (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan* 79, 81 (2018); Carolyn B. Lamm & Jeremy K. Sharpe, *Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 297, 313-19 (2008).

867 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 158 (1981).

868 *Paczy v. Haendler & Natermann GmbH* [1981] 1 Lloyd's Rep. 302, 307.

869 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.197, 135 (6th ed. 2015).

870 Stefan Kröll, *The 'incapable of being performed exception in Article II(3) of the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 323, 330 (2008).

871 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 159 (1981).

A continuación, un análisis de los supuestos comunes glosados.[872]

(A) Capacidad de las partes

Para que un convenio arbitral sea válido, es necesario que las partes hayan tenido la *capacidad* para suscribirlo. Capacidad se refiere a la aptitud para actuar.[873] En otras palabras, capacidad es la facultad de poder celebrar un convenio arbitral.

Los problemas en la capacidad pueden evaluarse según si la parte es una persona natural, una persona jurídica o un Estado o entidad pública.

(i) Personas naturales

Por regla general, una persona natural cuenta con la capacidad para contratar. Sin embargo, existen ciertas condiciones mentales o físicas —o de otros tipos— que hacen que la persona carezca de la aptitud para actuar y vincularse contractualmente.[874] A nivel global, cuestiones como la minoría de edad o la discapacidad de una parte pueden derivar en la nulidad del laudo arbitral.[875]

(ii) Personas jurídicas

La noción de persona jurídica conlleva, virtualmente en todo el mundo, la capacidad de contratar. Sin embargo, no es inusual que la propia corporación establezca restricciones a su ámbito de contratación. En estos casos, la validez del convenio arbitral deberá determinarse en función a si las partes actuaron con buena fe y/o incurrieron en actos propios. Por ejemplo, si la contraparte fue informada de que la empresa no podía celebrar convenios arbitrales, pero igual celebra tal acuerdo, y además la empresa repudia el convenio inmediatamente después de su celebración, el acuerdo arbitral podría considerarse inválido.

Asimismo, la ley que rige sobre la persona jurídica podría impedir que una empresa celebre ciertos contratos, incluyendo cláusulas arbitrales. El caso icónico es el de la insolvencia.[876] Una empresa considerada insolvente bajo la ley que la rige podría estar impedida de celebrar cualquier clase de nuevo contrato (incluyendo convenios arbitrales); la insolvencia, por cierto, debería ubicarse en el momento en que se celebró el convenio arbitral.[877]

---

872 Un supuesto que se omite de este análisis es el de la falta de recursos económicos. Primero, existe debate sobre si la falta de recursos económicos puede volver inoperativo al convenio arbitral —voces importantes como van den Berg consideran que no (Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 159-60 (1981))—. Pero, además, el tema virtualmente nunca podría ser invocado para anular un laudo por la causal de vicios en el convenio arbitral.* Bajo el argumento de insolvencia, una parte sostiene que el convenio arbitral es inválido porque no tiene los recursos suficientes para afrontar un arbitraje. Sin embargo, en un proceso judicial de anulación de laudo, ya existe un laudo. Por fuerza, la insolvencia no fue un impedimento para el desarrollo del arbitraje pues existe un laudo.

* Una cuestión distinta es la insolvencia como situación que impide celebrar convenios arbitrales (ver 1.2.2.3.(A)(II)). Otra cuestión distinta es que la insolvencia pueda derivar en una afectación al debido proceso (ver 2.2.1.3.(A)(I)).

873 Patricia Nacimiento, *Article V(1)(a),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 205, 218 (2010).

874 Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* 449-50 (4th ed. 2019).

875 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 727 (2d ed. 2014).

876 Simon Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* 209-14 (2014). El autor hace un análisis de la incapacidad por insolvencia como fundamento para oponerse a la ejecución del laudo extranjero bajo el artículo V(1)(a) de la Convención; sin embargo, el razonamiento es aplicable para el análisis del artículo 34(2)(a)(I) de la LMU.

877 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 142 (2012); Simon Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* 214 (2014).

Para finalizar, la capacidad no debe confundirse con la representación. Si bien son cuestiones cercanas,[878] la representación parte de la base de que la persona sí cuenta con capacidad. La persona tiene la aptitud para contratar, pero en el caso existe una anomalía en cuanto al representante que celebró el convenio.

(iiii) Estados o entidades públicas

No es inusual que las entidades públicas de un país estén prohibidas de llevar sus disputas a arbitraje.[879] Estas prohibiciones pueden encontrarse en disposiciones legales e incluso constitucionales.[880] En ese sentido, si la entidad estatal carecía de habilitación legal para someterse a arbitraje, el eventual laudo podría ser anulado.

Claramente, es insatisfactorio que un Estado invoque *su* derecho para alegar la invalidez de un convenio que suscribió.[881] Dicha conducta va contra los principios de buena fe, actos propios y/o *estoppel,*[882] por lo que en principio una incapacidad de la entidad en función a sus normas no debería derivar en la anulación del laudo.

Naturalmente, podrán existir casos excepcionales en los que la incapacidad de la entidad estatal para suscribir el convenio justifique la anulación del laudo. Casos en los que la actuación estatal careciese de mala fe, pues la contraparte tenía pleno conocimiento de la incapacidad del Estado; y tampoco hubiese actuación posterior de la entidad estatal que permitiese inferir que el contrato ha sido «validado» por el Estado.

Un ejemplo: la Constitución de un Estado establece que ciertas entidades públicas militares pueden celebrar contratos específicos —que involucran la seguridad nacional— solo si el parlamento lo autoriza mediante ley. La empresa privada que negocia con la entidad pública militar ha sido debidamente informada de la disposición constitucional glosada. En un caso así, si se celebra el contrato sin la ley habilitante y luego de la celebración el Estado denuncia inmediatamente el mismo, toma acciones dirigidas a repudiar el contrato —p. ej. inicia un procedimiento sancionador contra el funcionario que firmó el contrato— y no realiza actuación alguna que permita inferir que reconoce el contrato, podría haber un caso sólido de incapacidad de la entidad estatal.

(B) Representación

No es inusual que las personas actúen a través de representantes. Más aun, para las personas jurídicas, la manifestación de voluntad a través de un representante no es una cuestión de elección, es una cuestión de necesidad.

(i) Ley aplicable

La ley aplicable al apoderamiento no necesariamente coincidirá con la ley que rige el convenio arbitral o el contrato material. Así:

> Whether or not there is a valid agency with respect to the representative is not to be determined by reference to the proper law of the contract between the two principals, but by

878 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 734 (2d ed. 2014); Patricia Nacimiento, *Article V(1)(a),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 205, 219 (2010).
879 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.37, 83 (6th ed. 2015).
880 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 727-28 (2d ed. 2014).
881 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.39, 84 (6th ed. 2015).
882 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 733 (2d ed. 2014).

> reference to the law that determines the relationship between the alleged representative and the principal sought to be bound.[883]

Para las personas naturales, las reglas de elección de derecho aplicable para las cuestiones de capacidad son aplicables por extensión a las cuestiones de representación.[884] Para las personas jurídicas, la ley aplicable suele ser la *lex societatis* (la ley bajo la cual se organiza la empresa).

(ii) Supuestos comunes

Aun cuando los defectos en la representación y sus consecuencias puedan variar de país a país, la práctica evidencia ciertos supuestos comunes de representación defectuosa. Es usual que exista un vicio de representación cuando el representante actúa pese a que su apoderamiento estaba vencido, cuando sus facultades no eran suficientes para celebrar un convenio arbitral, o cuando su actuación representa un conflicto de intereses (p. ej. un contrato celebrado entre el representante en nombre propio y el representante en nombre del representado).

Asimismo, es necesario tener en cuenta el principio de *apparent authority.*[885] Aun cuando la actuación del representante adolezca de algún defecto, si la contraparte actuó de manera diligente y con buena fe, y el representado evidencia su conformidad con el contrato (p. ej. realiza actos de ejecución), las cortes suelen considerar que hubo una ratificación o validación del contrato.[886] Por ejemplo, ningún vicio en la representación debería afectar el convenio si es que el representado asegura directamente a la contraparte que el representante está autorizado para celebrar la operación. El caso *Telenor* ilustra esto:

> Storm, by its words and its deeds, invested Valeriy Nilov with apparent authority to sign the 2004 Shareholders Agreement on behalf of Storm. The evidence is clear: Storm's communications to Telenor as to Nilov's authority were unambiguous. Storm told Telenor that Nilov was duly authorized to sign the document. Telenor relied upon that representation and would not have signed the Agreement without it. Finally, Telenor's reliance was reasonable under the circumstances. The Tribunal concludes that, when he signed the 2004 Shareholders Agreement, Valeriy Nilov was acting with apparent authority, and when he signed that document, he bound Storm to the terms and conditions of that Agreement.[887]

Para finalizar, el ámbito de análisis se restringe a la celebración del convenio arbitral. La indebida representación en el procedimiento arbitral se sujetaría a una causal distinta (causal de debido proceso).[888]

---

883 Caso ICC 14617, Laudo parcial sobre jurisdicción, § 50 (Disponible en 38 Y'book Commercial Arbitration 111 (2013)).

884 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 632 (2d ed. 2014).

885 Principios Translex, principio II.4.
«N.º II.4 - Agency by estoppel / apparent authority
Where the conduct of the principal causes the third party reasonably and in good faith to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent ("agency by estoppel", "Anscheinsvollmacht")».

886 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 734-35 (2d ed. 2014).

887 *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC,* laudo final de 2 de julio de 2007 (Disponible en *Arbitrator Intelligence Materials,* http://www.kluwerarbitration.com)

888 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 276 (1981). En el marco de la ejecución de laudos extranjeros bajo la Convención de Nueva York, el autor considera que los vicios de representación en el procedimiento arbitral se evaluarían bajo el artículo V(1)(b). El análisis es aplicable a la anulación de laudos, dicho tema se evaluaría bajo el artículo 34(2)(a)(II) de la LMU (debido proceso).

(C) Imposibilidad e ilegalidad

Un convenio arbitral puede ser inválido debido a la imposibilidad o ilegalidad en el hecho de intentar materializarlo.

Por un lado, la ilegalidad se refiere a casos en los que acordar someter la controversia a árbitros es ilegal. Es decir, el convenio arbitral es inválido si va contra una norma legal imperativa.[889] Esto, a nuestro juicio, se produce cuando el convenio arbitral pretende ser empleado para abordar controversias no susceptibles de arbitraje. El convenio arbitral es inválido para tales controversias. En estricto, un convenio arbitral es *ineficaz* para resolver disputas no arbitrables.[890-891]

Asimismo, dentro de la ilegalidad se cubren los casos en los que el convenio arbitral viola el orden público. Parece difícil que un convenio arbitral atente contra el orden público, pues este se limita a someter controversias a arbitraje. Incluso, sobre la violación al orden público se ha dicho que «nunca podrá surgir de la cláusula contractual que le atribuye jurisdicción a los árbitros sino, eventualmente, de lo que resuelvan en el laudo».[892] Sin embargo, no podemos descartar que, en algunos casos, el convenio sí materialice tal afectación. Por ejemplo, un convenio arbitral que materializa reglas de discriminación en la elección de árbitros fundadas en racismo.

Por otro lado, la imposibilidad se refiere a casos en los que el convenio arbitral, sea en su integridad o en alguno de sus términos específicos, es incapaz de ejecutarse. Por ejemplo, A y B celebran un contrato que incluye una cláusula arbitral. Si B fallece, A no podrá activar el convenio arbitral para iniciar un arbitraje contra B.[893]

La imposibilidad puede ser originaria o sobreviniente. En algunos casos, el convenio arbitral adolecerá de imposibilidad desde su origen. Por ejemplo, el convenio arbitral establece que la entidad X será la única que podrá administrar el arbitraje, pues las partes no confían en ninguna otra. Si dicha entidad, al momento de celebrarse el convenio, ya había dejado de existir, la imposibilidad es originaria.

La imposibilidad sobreviniente se produce cuando algún factor enlazado al convenio o a los términos específicos de este se vuelve imposible de cumplir. Por ejemplo, la cláusula arbitral establece que el árbitro será el sujeto F, reputado árbitro. Si F fallece, se produciría una imposibilidad en el cumplimiento del término específico sobre la designación del árbitro.

Es necesario resaltar que la imposibilidad no deriva automáticamente en la invalidez del convenio arbitral. Es usual que ante problemas de imposibilidad las cortes recurran a la interpretación para lograr que el convenio arbitral sea válido y surta efectos.[894]

Para finalizar este punto, los convenios con problemas de imposibilidad son usualmente tratados bajo la noción de convenios arbitrales patológicos, que se desarrolla líneas abajo. Precisamente,

---

889 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1070 (2008).

890 *Tomolugen Holdings Ltd and another v. Silica Investors Ltd and other,* [2015] SGCA 57, § 74. Para ser precisos, la *High Court* de Singapur considera que la inarbitrabilidad de la controversia deriva en que el convenio sea ineficaz *(inoperative)* o inaplicable *(incapable of being performed*).

891 Sin embargo, se ha sostenido que la noción de «nulidad» incluye cuestiones sobre inarbitrabilidad (Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 304 (1989). En cualquier caso, de aceptarse que se trata de un caso de nulidad, esta por fuerza tendría que ser solo parcial cuando el convenio cubra también cuestiones que sí son susceptibles de arbitraje.

892 Roque J. Caivano, *Arbitrabilidad y Orden público,* 12 Foro Jurídico 62, 78 (2013).

893 Para simplificar el ejemplo, en este caso suponemos que B no tiene heredero alguno.

894 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 891 (2d ed. 2014).

el análisis e interpretación de convenios arbitrales con problemas de imposibilidad se hará dentro de tal tema.[895]

(D) Consentimiento

(i) Marco general y delimitación

Sin consentimiento no puede haber cláusula arbitral. El consentimiento consiste en la voluntad común de las partes de someter sus disputas ante árbitros.[896] Luego, la ausencia o los defectos en el consentimiento pueden frustrar un convenio arbitral, y derivar en la anulación del laudo emitido al amparo de dicho convenio.

Los problemas en el consentimiento pueden desglosarse en tres bloques: convenios patológicos, distorsiones en la voluntad y ausencia de consentimiento de otros sujetos.

Convenios patológicos. El convenio adolece de problemas en cuanto a la existencia del consentimiento de someterse a arbitraje o a la identificación de los términos específicos de dicho sometimiento.

Distorsiones en la voluntad.[897] Casos en los que la voluntad de alguna de las partes está distorsionada. Aquí encajarían los supuestos de error, engaño y violencia.[898] En la misma línea, también encajan figuras como la lesión o la *unconscionability*. Por ejemplo, en *Uber v. Heller,*[899] la Corte Suprema de Canadá declaró inválida una cláusula arbiral por *unconscionability*. Para dicha corte, la cláusula se celebró entre dos partes en posiciones desiguales y resultaba indebidamente injusta.[900]

Naturalmente, para determinar qué nociones y supuestos de distorsión a la voluntad son aplicables al caso concreto será necesario recurrir a la ley aplicable al convenio.

Vale notar que la distorsión en la voluntad debe recaer en el convenio arbitral. Cuestiones sobre distorsión en la voluntad para la suscripción del contrato principal no invalidan necesariamente al convenio dado el principio de separabilidad,[901] es necesario que esa distorsión haya incidido en la voluntad de someterse a arbitraje.

Ausencia de consentimiento de otros sujetos. Para que el tribunal arbitral determine quiénes son partes en el arbitraje, debe primero establecer quiénes han dado su *consentimiento* al convenio arbitral.[902] En esa línea, un convenio arbitral válido y eficaz entre A y B, sujetos que suscribieron el convenio, puede calificar de *inaplicable* en cuanto a C, si C es un tercero ajeno al convenio arbitral.[903]

---

895 Ver 1.2.2.3.(D)(v)[e].

896 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 471, 253 (1999).

897 Las distorsiones en la voluntad, bajo la tradición del derecho civil, son brevemente abordadas en 1.2.3.(B). En cualquier caso, cuestiones de dicha clase raramente surgen en la práctica.

898 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 471, 253 (1999). Los autores desglosan las cuestiones de consentimiento en existencia de consentimiento y validez de consentimiento (por validez, se refieren precisamente a cuestiones de error, dolo o violencia).

899 *Uber Technologies Inc. v. Heller,* [2020] SCC 16.

900 *Uber Technologies Inc. v. Heller,* [2020] SCC 16, §§93-99.

901 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 846-55 (2d ed. 2014).

902 Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue – A comparative Study* 6 (2d ed., 2020).

903 En la tradición de derecho civil, esta inaplicabilidad equivaldría a ineficacia del convenio en cuanto al tercero. Ver 1.2.3.(C).

Luego, si un sujeto es incorporado al arbitraje pese a que no consintió el mismo, podrá pedir la anulación del laudo bajo la causal de nulidad de convenio arbitral. El fundamento de esto está en que los efectos de *res judicata* de un laudo no deben alcanzar a terceros.[904]

Dada su prevalencia, aquí nos enfocaremos en los convenios patológicos.

(ii) Concepto de convenio patológico

Los defectos en el consentimiento pueden abordarse a través de la noción de *convenio patológico*. Esta expresión, acuñada por Eisemann, se refiere a convenios arbitrales que, bajo su redacción, no pueden cumplir con sus funciones esenciales.[905] Un convenio patológico es aquel que contiene defectos que generarán una disrupción en el desarrollo del arbitraje.[906] El convenio arbitral no podrá activar un arbitraje de manera exitosa.

La noción de convenio patológico se enfoca en dos factores: la presencia del consentimiento, y la claridad y especificidad necesaria del acuerdo para que este pueda dar origen a un arbitraje.[907]

[a] La presencia del consentimiento

Si no hay consentimiento, la propia existencia de un convenio arbitral se pone en entredicho. Es *vital* que exista un acuerdo de las partes de someterse a arbitraje.

En específico, y siguiendo el esquema de Eisemann, el convenio debe producirse consecuencias obligatorias, debe excluir la intervención de las cortes sobre el fondo de las controversias y debe empoderar a los árbitros para resolver las disputas entre las partes.[908] La omisión de alguno de estos elementos deriva en que, en puridad, no exista consentimiento de someterse obligatoriamente a arbitraje.

Un ejemplo: una cláusula arbitral que establece que cualquier disputa deberá ser resuelta ante «árbitros», quienes emitirán una decisión final *que podrá ser tomada en cuenta por las partes* en un procedimiento de negociación entre ellas. Aquí, no existe voluntad de someterse a arbitraje, sino a un mecanismo distinto (una suerte de *mini trial*).

Si no hay consentimiento de someterse obligatoriamente a arbitraje, el convenio arbitral simplemente no existe. El acuerdo de las partes deberá ser considerado como cualquier cosa pero no como un convenio arbitral.

---

904 Maximilian Pika, *Third-Party Effects of Arbitral Awards: Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Effects* § 281, 150 (2019). El autor hace referencia al artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, pero el razonamiento es extendible al artículo 34(2)(a)(i) de la LMU.

905 Para Eisemann, hay cuatro funciones esenciales: (i) producir consecuencias mandatorias para las partes; (ii) la exclusión de la intervención de las cortes judiciales en cuanto a la controversia, al menos hasta la emisión del laudo; (iii) el empoderamiento a los árbitros para resolver las disputas que surjan entre las partes; y (iv) permitir la realización de un procedimiento bajo las mejores condiciones de eficiencia para la emisión de un laudo susceptible de ejecución judicial (Frédéric Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, 53 Revista Brasileira de Arbitragem 162, 163-64 (2017 [1974])).

906 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 484, 262 (1999).

907 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 142 (2012). En el *Digest,* el convenio arbitral patológico es aquel que carece de la necesaria claridad o especificidad, o que contradice otras cláusulas de resolución de controversias establecidas en el mismo contrato base.

908 Frédéric Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, 53 Revista Brasileira de Arbitragem 162, 163-64 (2017 [1974]).

[b] Identificación, claridad y suficiencia de los términos específicos del convenio

El consentimiento de las partes de someterse a arbitraje requiere cierto grado de certeza.[909] El núcleo del convenio arbitral es el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje; sin embargo, no es inusual que el convenio aborde cuestiones conexas como la composición del tribunal, el procedimiento arbitral, la sede del arbitraje, etcétera. En algunos casos, los defectos en la construcción de estos términos podrían frustrar la validez del convenio arbitral.[910]

Ahora bien, un convenio patológico *podría* frustrar el arbitraje. La presencia de defectos o imperfecciones no hace de forma automática que el convenio sea inutilizable.[911] En muchos casos, las imperfecciones pueden ser vistas como reparables.[912] Al respecto:

> A defect in an arbitration clause does not necessarily negate the agreement thereby constituted. It depends on the nature or the substance of the defect, or whether the defect is curable. The concept of a pathological clause fulfils a descriptive function rather than a prescriptive function and labelling or describing a clause as «pathological» does not automatically invalidate it as an agreement.[913]

(iii) Métodos de interpretación del convenio

¿Quién determina si existe consentimiento y si los términos específicos del convenio arbitral adolecen de defectos? La respuesta es variada, pues diversa son las etapas en las que la validez del convenio puede ser evaluado.[914] Naturalmente, en un proceso judicial de anulación, si se invoca la causal de validez de convenio los jueces analizarán el mismo.

Analizar el convenio significa interpretarlo. Y la interpretación del contrato, en sí misma, es un tema que usualmente los ordenamientos regulan. Ahora bien, no es viable hacer un análisis del diseño de principios y reglas para la interpretación del contrato en cada país. Sin embargo, podemos abordar algunos principios con amplio reconocimiento o aceptación a nivel internacional.

Por un lado, hay ciertos principios que son aplicables al convenio arbitral sin mayor problema: principio de interpretación a la luz de la buena fe, principio de interpretación *contra proferentem* y el principio de interpretación *favor contractus*.[915]

Por otro lado, ciertos principios podrían no aplicar o solo aplicar de manera «parcial». Así, el principio de *favor iurisdictionis arbitri* solo podría aplicarse de manera «parcial». Asimismo, el principio de interpretación restrictiva no es aplicable.

---

909 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* 262 (1999).

910 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 764-65 (2d ed. 2014).

911 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 484, 263 (1999).

912 Gary B. Born, Matteo Angelini & Carina Alcoberro Llivina, *Rethinking «Pathological» Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements,* in S. Tung et al. (eds.), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* 35, 37 (2019). Los autores sostienen que la propia noción de *pathological clause* debe ser superada.

913 *Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd*, [2009] SGCA 24, § 38.

914 Las cortes pueden evaluar la validez al resolver pedidos para ejecutar el convenio arbitral, para ejecutar un laudo extranjero o para anular un laudo emitido en la sede. Asimismo, los árbitros evaluarán el convenio para definir si cuentan con competencia.

915 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 476, 256 (1999).

[a] Principios de interpretación de buena fe, *contra proferentem* y *favor contractus*

(α) Principio de interpretación de buena fe. Bajo el principio de buena fe, el contrato debe interpretarse a la luz de la verdadera intención de las partes.[916] La intención común de las partes debe prevalecer por sobre un análisis literal del texto del documento.[917]

El principio de interpretación de buena fe permite evaluar la conducta de las partes después de la celebración del contrato para determinar cuál era la intención de estas al suscribirlo. Así, una de las partes podría haber reconocido mediante sus actos la existencia y validez de un convenio arbitral, por lo que su posterior negativa fundada en supuestos vicios del convenio debería ser desestimada.[918]

(β) Principio de interpretación *contra proferentem.* Es muy sólido sostener que si los términos de un contrato fueron redactados, por una parte, se deberá preferir la interpretación que resulte contraria a la posición de dicha parte. La parte que redactó el contrato deberá asumir el riesgo de que la redacción no sea clara o precisa.[919] El principio es aplicable para el análisis de términos ambiguos y del ámbito de aplicación del convenio arbitral.[920]

(γ) Principio de interpretación *favor contractus.* Bajo el principio de interpretación *favor contractus,* se debe preferir a aquella interpretación que da como resultado que el contrato emane efectos frente a cualquier otra que niegue ello.[921] El fundamento es que cuando las partes plasman palabras en el contrato es sólido considerar que lo hacen para que estas tengan algún efecto. «It is to be expected that when drafting their contract parties do not use words to no purpose».[922]

El principio de interpretación *favor contractus* es de especial utilidad porque a través de este se pueden superar cláusulas patológicas.[923] Este principio contribuye a colegir que el convenio arbitral existe.[924] Asimismo, permite «salvar» el convenio arbitral en aquellos casos en que el consentimiento está presente, pero existen defectos en cuanto a la identificación, claridad o suficiencia de los términos específicos. Al respecto:

> [W]here the parties have evinced a clear intention to settle any dispute by arbitration, the court should give effect to such intention, even if certain aspects of the agreement may be ambiguous, inconsistent, incomplete or lacking in certain particulars […] so long as the arbitration can be carried out without prejudice to the rights of either party and so long as

---

916 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, artículo 4.1.
«Article 4.1 (Intention of the parties)
(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.
(2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances».

917 Daniel Girsberger & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* § 284, 68 (3d ed. 2016).

918 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 477, 258 (1999).

919 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, artículo 4.6.
«Article 4.6 (Contra proferentem rule)
If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred».

920 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 479, 260 (1999).

921 En estricto, el principio irradia al conjunto del contrato y también a cada una de sus cláusulas. Por un lado, se debe preferir la interpretación que otorgue efectos al contrato como conjunto frente a cualquier otra que niegue ello. Por otro lado, se debe preferir la interpretación que reconozca efectos a todas las cláusulas y términos contractuales frente a cualquier otra que niegue efectos a alguna de aquellas.

922 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, comentario al artículo 4.5.

923 James Jacob Spigelman, *The Centrality of Contractual Interpretation: A Comparative Perspective,* 81(3) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 234, 246 (2015).

924 STSJ Madrid 13/2017, de 21 de febrero de 2017, fundamento segundo.

> giving effect to such intention does not result in an arbitration that is not within the contemplation of either party.[925]

En cualquier caso, la interpretación *favor contractus* no puede justificar un arbitraje realizado bajo reglas o disposiciones que transgreden los términos bajo los cuales las partes decidieron someterse a arbitraje. Y es que en algunos casos se puede encontrar que las partes acordaron someterse a arbitraje *siempre que este se realice de una manera específica*. Si la única manera de «salvar» el convenio arbitral pasa por que el arbitraje se deba realizar de una manera ajena y contraria a la que las partes esperaban, ese convenio en realidad será insalvable y por tanto inválido.

[b] Principio de *favor iurisdictionis arbitri* (aplicación parcial)

Bajo el principio de *favor iurisdictionis arbitri,* la interpretación del acuerdo debe hacerse de forma tal que se favorezca la configuración de un convenio arbitral. Se trata de una interpretación extensiva, que es el lado inverso de una interpretación restrictiva.[926] Así:

> Inroads of favor arbitri in the field of jurisdiction of arbitral tribunals were made at the expense of another principle, the principle that the primary jurisdiction lies with the State courts, and arbitration ousts State courts from their jurisdiction. One originally felt that those who choose arbitration should do so very clearly and expressly in their arbitration clause (hence, the old «in writing» requirements), and knowing what they are doing (and thus the archaic requirement that arbitration clauses would be valid only if entered into in limine litis). With time, however, the form requirements for an arbitration clause to be valid were significantly liberalized.[927]

El principio de *favor iurisdictionis arbitri* está presente en instrumentos internacionales (Convención de Nueva York, LMU) y en diversas leyes nacionales. Sin embargo, es necesario delimitar su aplicación en la interpretación de un convenio arbitral.

Según expusimos, el análisis de un convenio arbitral puede desglosarse en dos partes: primero, la presencia de consentimiento de someterse a arbitraje; y segundo, en caso de existir tal consentimiento, la identificación, claridad y suficiencia de los términos específicos del convenio. Así:

> Arbitrators or judges must adopt a two step analysis: the first question is whether the parties wanted arbitration and at the same time waived the jurisdiction of the ordinary courts; secondly (and only when the first question has been answered in the affirmative), if the arbitration clause is unclear as to the governing arbitral institution, as to the appointment of arbitrators, as to the seat of the arbitration, etcétera […].[928]

Consideramos que el principio de *favor iurisdictionis arbitri* solo aplica a la segunda parte.[929] En efecto, al analizar una cláusula el punto de partida *no puede ser que en principio la misma es un convenio arbitral.* No existe ninguna razón para presumir que la cláusula es un convenio arbitral. Una cláusula de resolución de controversias debe leerse desde un punto de partida objetivo: la cláusula puede

---

925 *Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd*, [2009] SGCA 24, § 31.

926 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 481, 261 (1999).

927 Pierre A. Karrer & C. Kälin-Nauer, *Is there a Favor Iurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland,* 13(3) J. of Int'l Arbitration 31, 31 (1996).

928 Aldo Frignani, *Drafting Arbitration Agreements,* 24(4) Arbitration Int'l 561, 568 (2008).

929 Daniel Girsberger & Pascal J. Ruch, *Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 123, 130-31 (2011).

ser un convenio arbitral, un acuerdo sobre determinación de las cortes judiciales que resolverán futuras controversias, un acuerdo para aplicar mecanismos amistosos de solución de controversias (negociación, mediación), etcétera. «A mere allegation that an arbitration agreement exists will not raise a presumption that the allegation is well-founded by virtue of a supposed principle of *favorem validitatis*».[930]

Así, solo si se concluye que la cláusula contiene un sometimiento de las partes a arbitraje, se podrá aplicar el principio de *favor iurisdictionis arbitri.*[931] Si las partes decidieron someterse a arbitraje, el acuerdo deberá interpretarse a la luz de lograr que el convenio pueda servir de base suficiente y completa para el desarrollo de un procedimiento arbitral y la consiguiente emisión de un laudo. En palabras de una corte estadounidense: «Although there is a presumption favoring liberal construction of arbitration clauses […], that presumption is not applicable to the threshold determination whether a party has agreed to arbitrate».[932]

[c] Principio de interpretación restrictiva (inaplicable)

Bajo el principio de interpretación restrictiva, una cláusula arbitral debe ser abordada de manera rígida. El fundamento es que el arbitraje es una excepción al principio general de que las cortes judiciales son quienes resuelven controversias.[933] Por ello, el sujeto que interpreta la cláusula debe ser «reticente» a otorgarle efectos a menos que su existencia y ámbito de aplicación sea patente. Es decir, debe ser evidente que las partes deseaban excluir la intervención de las cortes judiciales para resolver la controversia.

Una interpretación restrictiva del convenio arbitral deriva, entre otras cosas, en exigir que la voluntad de someterse a arbitraje deba interpretarse de manera «particularmente estricta, restrictiva y rigurosa».[934] En la actualidad, esta postura parece derivar de las cortes constitucionales, las que entienden el convenio arbitral como una renuncia a derechos fundamentales, y por ello exigen que tal renuncia sea *inequívoca*. Así:

> Nada impide a los justiciables renunciar a su derecho a las cortes en favor del arbitraje, a condición de que dicha renuncia sea libre, lícita e inequívoca. El derecho a las cortes en efecto reviste una gran importancia para una sociedad democrática como para que una persona pierda dicho beneficio por el mero hecho de suscribir un acuerdo parajudicial.[935]

---

930 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 481, 261-62 (1999).

931 Podría argumentarse que este planteamiento resulta en el fondo problemático pues ante casos en que la voluntad existe, pero los términos específicos son defectuosos, las cortes podrían evitar aplicar el principio de *favor iurisdictionis arbitri* señalando que *no hay consentimiento.* Dicho argumento, sin embargo, debe desestimarse. Dada la presencia del principio de interpretación *favor contractus,* las cortes no podrán evadir el deber de otorgar un sentido y efectos al acuerdo de las partes.

932 *Blaustein v. Huete,* n.º 09-31078 (5th Cir. 2010).

933 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 480, 260 (1999).

934 Miguel Gómez Jene, *El convenio arbitral: statu quo,* 9(2) Cuadernos de Derecho Transnacional 7, 11 (2017).

935 ECtHR, *Suda v. République Tchèque,* aplicación 1643/06, decisión de 28 de octubre de 2010, § 48.
Traducción libre al español.
Texto original:
«Rien n'empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d'un arbitrage, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque. Le droit à un tribunal revêt en effet une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire».

En esa línea, en España el Tribunal Constitucional entiende que la renuncia a acceder a las cortes judiciales debe ser «*explícita, clara, terminante e inequívoca*».[936] Por su lado, los Tribunales Superiores de Justicia españoles han adoptado tales requerimientos.[937-938]

Sea como fuere, consideramos que si algo debe hacerse con la interpretación restrictiva, es descartarla. El requerimiento de voluntad «inequívoca» debería, en nuestra opinión, entenderse de la siguiente manera: la voluntad de someterse a arbitraje debe ser tan inequívoca como la voluntad para realizar cualquier otra transacción comercial. Es necesario «desacralizar» el derecho de acceso a las cortes judiciales con relación a controversias *comerciales* e interpretar una cláusula de solución de controversias desde un punto de partida neutro.

(iv) Pasos para el análisis de validez

Según señalamos en los apartados anteriores, el análisis de validez de un convenio arbitral puede desglosarse en dos partes: primero, la presencia del consentimiento; y segundo, la identificación, suficiencia y claridad de los términos específicos. Para ilustrar esto, se puede seguir el siguiente orden de preguntas:

- ¿Existe consentimiento de *someterse* a arbitraje? (Es decir, determinar si las partes se obligaron a recurrir a arbitraje para la solución de sus controversias).

- Si hay consentimiento de someterse a arbitraje, ¿Bajo qué términos específicos se produce el sometimiento?

- ¿Los términos específicos adolecen de problemas (imprecisión, contradicción, etcétera)?

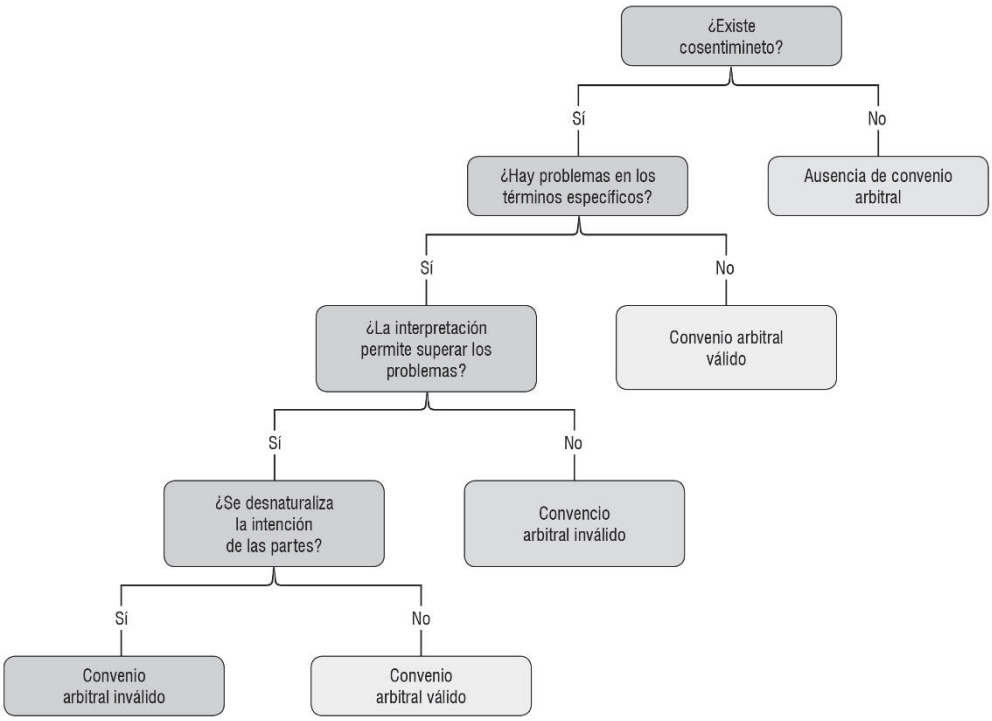
- Si hay problemas, ¿estos problemas hacen impracticable la voluntad de someterse a arbitraje?

Esto puede ilustrarse de la siguiente manera:

936 Sentencia TCE 1/2018, de 11 de enero de 2018; Sentencia TCE 136/2010, de 2 de diciembre de 2010; Sentencia TCE 65/2009, de 9 de marzo de 2009.

937 STSJ Madrid 28/2019, de 12 de septiembre de 2019; Auto TSJ País Vasco 22/2018, de 7 de noviembre de 2018; STSJ Madrid 75/2016, de 13 de diciembre de 2016; STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre de 2015.

938 Todo esto, pese a que la Ley 60/2003 omite la expresión de «voluntad inequívoca» (el art. 9.1 señala que el convenio «deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje […]»). Dicha expresión sí era empleada por la ley anterior, Ley 36/1988 (art. 5). En cualquier caso, la jurisprudencia española no ha ignorado tal hecho (por ejemplo, la Auto TSJ País Vasco 22/2018, de 7 de noviembre de 2018, señala sobre la voluntad inequívoca que «este término no lo ha incorporado la LA 2003, pero es exigida por la jurisprudencia nacional y europea»).



(v) Supuestos comunes

El universo de convenios arbitrales patológicos puede considerarse infinito. Sin perjuicio de ello, a continuación, un breve análisis de los supuestos más comunes.

Es pertinente reiterar que la condición patológica del convenio no lo hace automáticamente inválido. En muchos casos, el convenio arbitral podría ser «rescatado» vía interpretación, según los criterios expuestos líneas arriba.

[a] Problemas en la estipulación de sometimiento a arbitraje

Eisemann señaló que un elemento esencial del convenio es que obligue a las partes a seguir la vía arbitral.[939] Luego, un convenio arbitral que c arezca de esa obligatoriedad será patológico. En efecto, según expusimos antes, la primera fase del análisis de un convenio debe centrarse en determinar si las partes acordaron *someter* a arbitraje sus disputas.

En esencia, los problemas en la estipulación del sometimiento a arbitraje se producen cuando existe ambigüedad en cuanto a si las partes están *obligadas* a seguir la vía arbitral o si por el contrario

939 Frédéric Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, 53 Revista Brasileira de Arbitragem 162, 163 (2017 [1974]).

esta vía es solo opcional.[940] Resaltamos que esta imprecisión es de especial importancia: está en discusión la voluntad de las partes de acudir a arbitraje. Así: «debe distinguirse la ambigüedad en el carácter obligatorio del deber de arbitrar, de otro tipo de ambigüedades. Las primeras son mortales, las segundas pueden ser rescatadas».[941]

El carácter «opcional» de la cláusula arbitral, sin embargo, debe evaluarse con cuidado. En realidad, todas las cláusulas arbitrales pueden considerarse «opcionales» en el sentido de que ante una controversia una parte puede decidir recurrir a arbitraje o simplemente no hacer nada.[942] Así, es común que el texto de un convenio arbitral aluda a que las partes «pueden» recurrir a arbitraje.[943]

Asimismo, el empleo de *condicionales* en la redacción tampoco significa que la cláusula no contenga una sumisión obligatoria de las partes a arbitraje. Cláusulas del estilo «*arbitration, if any, in* [ciudad]» («arbitraje, si hubiese alguno, en [ciudad]»), «*arbitration, if required, in* [ciudad]» («arbitraje, si fuese requerido, en [ciudad]» o «*arbitration to be settled in* [ciudad]» («arbitraje a ser establecido en [ciudad]») no son inusuales y constituyen acuerdos mandatorios.[944] En estos casos, la mejor aproximación es considerar que la condicional debe interpretarse en el sentido de que la cláusula se activará si es que surgiese una controversia.[945-946]

En realidad, el carácter opcional se desprende de una redacción «débil» en cuanto al papel del arbitraje como medio de solución de controversias. Esto puede darse a través de cláusulas que establecen esquemas de alternatividad: cláusulas que permiten a las partes acudir a arbitraje *o* a un proceso judicial (u otro medio de solución de disputas). Veamos un caso real:

> In the event of disputes concerning any aspect of the Agreement, including claim of breach, remedy shall first be sought by communication between the parties. If such communication fails to resolve the dispute then the parties agree in advance to have the dispute submitted to binding arbitration through The American Arbitration Association or to any other U.S. court. The prevailing party shall be entitled to attorney's fees and costs. The arbitration may be entered as a judgement in any court of competent jurisdiction. The arbitration shall be conducted based upon the Rules and Regulations of the International Chamber of Commerce (ICC 500).[947-948]

La Corte Suprema Federal de Suiza consideró que la cláusula no establecía una formulación suficientemente clara de exclusión de las cortes judiciales, pues se trataba en realidad de un acuerdo de sumisión alternativa a arbitraje o a las cortes judiciales de Estados Unidos.[949] En esa línea, consideramos que dicha cláusula puede razonablemente interpretarse como un acuerdo de resolver la disputa en Estados Unidos, sea mediante arbitraje o mediante litigio judicial. Luego, no existe voluntad de someterse obligatoriamente a arbitraje.

---

940 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 788-89 (2d ed. 2014).

941 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 299 (4th ed. 2014).

942 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 789 (2d ed. 2014).

943 Sin embargo, ello no significa que las partes tengan la libertad de recurrir a las cortes judiciales para resolver la disputa.

944 Morten Frank, *Arbitration 'if any' or 'to be settled': A pathological yet curable agreement to arbitrate?,* 37(4) ASA Bull. 891, 900 (2019). El autor hace la afirmación en función al derecho inglés y al derecho estadounidense.

945 *Mangistaumunaigaz Oil Production Association v. United World Trade Inc.*, [1995] 1 Lloyd's Law Rep. 617, 621.

946 En los casos de cláusulas escalonadas de solución de controversias, la mejor interpretación de una condicional consiste en considerar que precisamente el derecho a iniciar un arbitraje recién podrá ejercerse una vez cumplidos los escalones anteriores (*WSG Nimbus Pte Ltd v. Board of Control for Cricket in Sri Lanka,* [2002] SGHC 104, § 21).

947 Cláusula citada en Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_279/2010, sentencia del 25 de octubre de 2010.

948 La cláusula, por cierto, llevaba el término de «arbitration» en su encabezado.

949 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_279/2010, sentencia del 25 de octubre de 2010, § 3.2.

Para finalizar, a nuestro juicio, si no se colige que existe una obligación de las partes de acudir a arbitraje, estamos ante un supuesto de *inexistencia* de convenio arbitral. Un convenio patológico de este tipo es un acuerdo (o cláusula) de solución de controversias, pero no califica como un convenio arbitral. Existe un acuerdo, sí, pero este no es un convenio arbitral.

[b] Sometimiento a arbitraje inconsistente con otros términos contractuales

En algunos casos, el sometimiento a arbitraje puede contradecir otras declaraciones contractuales de las partes. Así, la cláusula resultaría patológica pues la misma contendría una expresión *equívoca* de la voluntad de las partes en cuanto a su sometimiento a arbitraje.[950]

A nuestro juicio, aquí podemos manejar dos tipos de casos distintos:

Convenio arbitral que contradice frontalmente otra cláusula de solución de controversias. La jurisprudencia denota diversos casos en los que un contrato contiene una cláusula arbitral y otra cláusula de sometimiento a cortes nacionales. En estos casos, la interpretación puede conciliar el problema: a la luz del principio de *favor contractus,* y en la búsqueda de dar un sentido a todas las cláusulas, se puede considerar que la corte nacional elegida tiene un rol subsidiario, como corte de supervisión sobre o asistencia al arbitraje.

En *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.,* el caso involucraba un contrato que tenía una cláusula arbitral y una cláusula sobre «*language and law*» que establecía jurisdicción exclusiva para las cortes inglesas.[951] En dicho caso, las cláusulas fueron conciliadas de forma tal que la cláusula de sometimiento a la judicatura nacional se refería a la determinación de la *lex arbitri*.[952] Así:

> The plaintiffs submit that one is driven to read cll. 13 and 14 as hopelessly inconsistent and accordingly insofar as those clauses provide for dispute resolution they must fall to the ground. That is a drastic and very unattractive result. It involves the total failure of the agreed method of dispute resolution in an international commercial contract.
>
> […].
>
> Fortunately, there is a simple and straight forward answer to the suggestion that cll. 13 and 14 are inconsistent. - Clause 13 is a self-contained agreement providing for the resolution of disputes by arbitration. Clause 14 specifies the lex arbitri, the curial law or the law governing the arbitration, which will apply to this particular arbitration.[953]

---

950 José Carlos Fernández Rozas, *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino,* in E. Picand (ed.), *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* 697, 710 (2006).

951 «13. SETTLEMENT OF DISPUTES If any dispute or difference shall arise between the parties hereto concerning the construction of this Agreement or the rights or liabilities of either party hereunder the parties shall strive to settle the same amicably but if they are unable to do so the dispute or difference shall be adjudicated upon under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more Arbitrators appointed in accordance with those Rules.
14. LANGUAGE AND LAW This Agreement, is written in the English language and shall be interpreted according to English law. The courts of England shall have exclusive jurisdiction over it to which jurisdiction the parties hereby submit».

952 Sin embargo, en dicho caso la corte también consideró que una cláusula distinta, la *hardship clause,* establecía que el árbitro podría modificar los términos del contrato ([1991] 2 Lloyd's L. Rep. 127, 129). Dicha cláusula jugó un rol importante en la decisión de la judicatura.

953 [1991] 2 Lloyd's L. Rep. 127, 129.

En la misma línea, en *P. T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited*,[954] el contrato estipulaba que se regía bajo las leyes de Singapur y establecía por un lado un convenio arbitral bajo reglas ICC[955] y por otro una cláusula de sometimiento a las cortes judiciales.[956] La *High Court* de Singapur interpretó que las cortes intervenían no sobre el fondo de la controversia, sino para el control del arbitraje.[957]

La casuística puede generar infinidad de supuestos distintos; por ejemplo, las cláusulas contradictorias podrían estar en documentos celebrados en momentos distintos. Así, en *Interserve Industrial Services Ltd v. ZRE Katowice SA*,[958] el conflicto se daba entre una cláusula arbitral ubicada en contratos base y un *settlement* posterior que resolvía ciertas disputas sobre *interim payments* (pagos anticipados/parciales) de dichos contratos base pero que a la vez establecía una cláusula de resolución judicial de disputas.[959]

La discusión consistía en si, luego del *settlement,* los *interim payments* debían discutirse en sede judicial o en arbitraje. La *High Court* de Inglaterra «reconcilió» ambas cláusulas, declarando que ambas tenían valor, y que la cláusula del *settlement* solo regulaba la *lex arbitri* de la cláusula arbitral.[960]

Convenio arbitral que resulta indirecta o parcialmente inconsistente con otras cláusulas. Es decir, casos en los que el convenio arbitral es menoscabado por otras disposiciones que no lo neutralizan total o directamente.

En el caso *Inversiones 225 S.A. v. Desarrollos del Sol C.A.,* un contrato contenía por un lado una cláusula arbitral y por otro una cláusula que, en cierto supuesto, permitía a una parte «[d]ar por terminado el presente contrato de forma unilateral y sin que esté obligada a recurrir al procedimiento arbitral […]».[961] Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela concluyó que no había una voluntad inequívoca de someterse a arbitraje, y que la cláusula arbitral era opcional.[962-963]

La inconsistencia podría, en algunos casos, derivar en un convenio arbitral que no es nulo —a la luz de la separabilidad del convenio arbitral— pero sí ineficaz porque otras disposiciones contractuales lo contrarrestan y frustran sus efectos.

---

954 [2009] SGHC 13.

955 «15 ARBITRATION
All disputes under this Agreement shall be submitted for resolution by arbitration pursuant to the Rules of conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce in effect as of the date any dispute arose».

956 «22 GOVERNING LAW AND JURISDICTION
22.1 This Agreement shall be governed and construed in accordance with the laws of The Republic of Singapore.
22.2 Each of the parties to this Agreement agrees for the exclusive benefit of the others (sic) that the courts of The Republic of Singapore shall have jurisdiction to hear and determine any suit, action or proceedings and to settle any disputes which may arise out of or in connection with any Governing Document (respectively "Proceedings" and "Disputes") and, for such purposes irrevocably submits to the jurisdiction of such courts».

957 [2009] SGHC 13, § 46-50.

958 [2012] EWHC 3205 (TCC).

959 «8. This agreement is governed by and construed in accordance with the laws of England and Wales and the courts of England and Wales shall have exclusive jurisdiction in respect of any dispute arising under this agreement».

960 [2012] EWHC 3205 (TCC).
«39. […] I read clause 67 of the subcontract as providing a self-contained regime providing for the resolution of disputes; and clause 8 of the December agreement as providing for the *lex arbitri*, or curial law, governing any arbitration brought under clause 67. As such, I find there is no inconsistency between the two clauses, and both are valid and binding».

961 Cláusula citada en Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia del 5 de mayo de 2005.

962 Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia del 5 de mayo de 2005.

963 Este caso también podría, entonces, calificar como un convenio que no obliga a acudir a arbitraje. Al final, las categorías presentadas no resultan excluyentes: ciertos supuestos podrían calificar en más de una.

[c] Términos específicos del convenio inconsistentes entre sí

En algunos casos, el convenio arbitral puede presentar términos específicos que se contrapongan o cancelen, lo que puede representar un problema para su ejecución. Por ejemplo, una cláusula que establezca que el arbitraje será resuelto por árbitro único, para luego decir que «el tribunal arbitral, compuesto por tres árbitros, deberá expedir el laudo en un plazo de […]».

Si la contradicción radica solo en los términos específicos del convenio, eso significa que la voluntad de someterse a arbitraje está fuera de discusión. Luego, para la mayoría de los casos, la cláusula deberá ser interpretada para superar el *impasse* generado por la contradicción entre términos.

En específico, si pese a efectuar un ejercicio de interpretación no es posible inclinarse hacia alguno de los extremos que colisionan entre sí, a nuestro criterio una posible manera de abordar tal contradicción es considerar que los términos que colisionan entre sí se cancelan mutuamente. En el ejemplo anterior, si una cláusula es contradictoria en cuanto al número de árbitros, se puede considerar que tales extremos se anulan mutuamente y por lo tanto aplican las reglas consignadas en el reglamento aplicable —si las partes hubiesen establecido alguno— o en la *lex arbitri*.

[d] Convenios arbitrales incompletos

Por convenio arbitral incompleto, nos referimos a casos en los que existe sometimiento de las partes a arbitraje, y sin perjuicio de ello el convenio arbitral podría ser escueto y no contar con reglas que resulten importantes para la materialización del mismo.

Por un lado, aquí encajan las *blank clauses*. Las cláusulas en blanco son aquellas que no contienen indicaciones sobre la determinación de la sede del arbitraje o de la composición del tribunal arbitral.[964] Sin embargo, es sólido considerar que una cláusula en blanco, si bien no recomendable, no resulta necesariamente inválida.

Por ejemplo, en *Lucky-Goldstar International (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Engineering Ltd* la cláusula arbitral establecía lo siguiente:

> Any dispute or difference arising out of or relating to this contract, or the breach thereof which cannot be settled amicably without under delay by the interested parties shall be arbitrated in the third country, under the rules of the third country and in accordance with the rules of procedure of the International Commercial Arbitration Association. The award shall be final and binding upon both parties.[965]

El concepto de *third country* no está determinado. Es evidente que hubiese sido ideal que las partes estableciesen el significado de *third country* o la manera para definir el mismo. Sin embargo, la *High Court* de Hong Kong consideró que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje era perfectamente clara.[966] La judicatura coligió que la noción de *third country* se refería a un país distinto a Hong Kong (ambas partes eran compañías hongkonesas), y que tal país sería determinado por la

964 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 486, 266 (1999); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 767 (2d ed. 2014).

965 Cláusula citada en [1993] 1 HKC 404, 405.

966 [1993] 1 HKC 404, 407.

parte que inicie el arbitraje.[967] Es decir, vía interpretación, la corte consideró que la cláusula otorgaba el derecho a la parte que inicia el arbitraje a elegir la sede del mismo, siempre que tal sede calificase como un tercer país.[968]

Por otro lado, en algunos casos la cláusula arbitral puede establecer provisiones sobre la sede del arbitraje, la composición del tribunal arbitral o sobre cualquier otro tema, y sin embargo tales provisiones pueden ser incompletas. Por ejemplo, una cláusula señala que «el arbitraje será ad hoc y el tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros. Todos los árbitros serán elegidos por un académico experto en derecho de arbitraje». En este caso no parece que la cláusula sea una *blank clause:* existen reglas específicas sobre cómo serán elegidos los árbitros. Sin embargo, la materialización de dichas reglas sí puede resultar problemática.

¿Cómo determinar quién es el sujeto que asumirá el rol de elegir a los árbitros? A diferencia del caso *Lucky-Goldstar*, en este caso no parece sólido sostener que la parte que inicia el arbitraje puede elegir al «académico experto en derecho de arbitraje»: ello otorgaría una ventaja material a una de las partes. La disposición, por sí misma, parecería concebir solo una salida: que las partes se pongan de acuerdo en la determinación de tal persona.[969] La falta de tal acuerdo impediría que la cláusula pueda surtir efectos.

Precisamente, un tipo de cláusulas patológicas radica en aquellas que requieren de un acuerdo complementario de las partes para ser materializadas.[970] Por ejemplo, si las partes pactan que el arbitraje será administrado por una entidad *a ser elegida por las partes*, dicho convenio está reconociendo expresamente que existe un aspecto pendiente, que las partes deberán negociar y definir en algún momento.

En la práctica, los convenios arbitrales con provisiones incompletas pueden darse en relaciones contractuales complejas, que requieran de reglas específicas y en los que alguna omisión en el desarrollo de tales reglas haga inviable materializar el efecto deseado. Por ejemplo, la redacción de convenios arbitrales en casos multiparte debe ser muy cuidadosa en cuanto al método de elección de los árbitros.[971] Si la redacción no es adecuada, las reglas establecidas para la designación podrían verse superadas por la realidad del caso y derivar en que el arbitraje se vea frustrado.

[e] Términos específicos de difícil o imposible materialización

En algunos casos, las reglas específicas del convenio serán difíciles o imposibles de materializar. En estos casos, la solución podría requerir levantar o alterar la regla específica que es difícil o imposible de cumplir. Sin embargo, primero será necesario definir si la regla era esencial para las partes; es decir, si las partes no proyectaron ni hubieran aceptado un arbitraje sin dicha regla específica.

967 *Id.*

968 Gary B. Born, Matteo Angelini & Carina Alcoberro Llivina, *Rethinking «Pathological» Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements,* in S. Tung et al. (eds.), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* 35, 39 (2019).

969 No es inusual que las leyes de arbitraje establezcan reglas supletorias aplicables para la elección de árbitros. Sin embargo, no parece suceder lo mismo para la designación del sujeto encargado de elegir a los árbitros.

970 Frédéric Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, 53 Revista Brasileira de Arbitragem 162, 180 (2017 [1974]).

971 Ricardo Ugarte & Thomas Bevilacqua, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions,* 27(1) J. of Int'l Arbitration 9 (2010); entre otros.

Dicha interpretación puede tener distintos puntos de partida:

- Presunción de no esencialidad. El juzgador presume que la regla específica era un elemento accesorio, por lo que puede ser curada o adaptada vía interpretación. Es decir:

> [A] presumption that the parties' fundamental agreement is to arbitrate and that, absent a contrary showing, their choice of a particular institution, arbitrator, or appointing authority is an ancillary component of that agreement which, if inoperable, can be cured by the court or arbitral tribunal.[972]

  En Estados Unidos, para cuestiones sobre la designación del árbitro, el artículo 5[973] de la FAA establece esta presunción.

- Punto de partida neutro. El juzgador no presume nada sobre la esencial del término específico al interpretar el convenio arbitral.

- Presunción de esencialidad. El juzgador presume que todas las reglas específicas son esenciales, por lo que ningún arbitraje podrá activarse de manera válida si tales reglas no se cumplen.

Claramente, la presunción de esencialidad debe ser descartada, pues va contra distintos principios de interpretación de contratos y contra el principio de interpretación de *favor iurisdictionis arbitri.*

A nuestro criterio, la mejor opción es adoptar el punto de partida neutro. No parece justificado que, para todos los casos, se aplique una presunción de no esencialidad. Además, la presencia del principio de *favor iurisdictionis arbitri* implicará que aun si se parte de un punto inicial neutro igual se deberá buscar dar efecto al convenio arbitral.

A continuación, un análisis de casos de términos específicos de difícil materialización y de imposible materialización.

Términos específicos de difícil materialización. El convenio arbitral podría establecer algunas reglas que se enlazan a aspectos esenciales para el inicio del arbitraje pero que podrían ser difíciles de materializar. Estos términos de difícil materialización pueden recaer en la composición del tribunal arbitral o en la administración del arbitraje, entre otros puntos.

Las reglas de composición del tribunal arbitral pueden resultar difíciles de materializar. Esto puede darse cuando las partes establecen demasiados requisitos para el eventual árbitro, cuando designan a un sujeto la elección de los árbitros y aquel rehúsa cumplir tal labor, o cuando eligen al árbitro desde el convenio y este eventualmente rechaza la nominación.

---

972 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 873 (2d ed. 2014).

973 «Section 5. Appointment of arbitrators or umpire. If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator».

Los requisitos muy rigurosos para el potencial árbitro pueden significar una reducción de los potenciales candidatos para dicho puesto. Por ejemplo, un convenio podría establecer que el árbitro deberá ser experto en un tema específico —por ejemplo: patentes de químicos farmacéuticos— y deberá manejar los idiomas alemán, inglés e italiano. Es muy probable que sean pocos los que pueden cumplir con tales requerimientos.[974]

El problema de una cláusula como aquella es que podría ser virtualmente inviable encontrar un árbitro que cumpla con todos los requerimientos establecidos por las partes. Luego, el convenio arbitral se quedaría «estancado» hasta que se cumpla con el término específico. La interpretación de un convenio no parece servir para solucionar el *impasse:* la única forma de «salvar» el convenio sería suprimir el término específico problemático, pero en realidad no existe fundamento alguno para lograr ello.

Si las partes establecieron requisitos exigentes o difíciles de cumplir, es razonable considerar que las partes solo consideraron aceptable someterse a arbitraje si tales requisitos eran cumplidos. Luego, inaplicar tales requisitos sería llevar a las partes a un arbitraje *que no contemplaban en ningún escenario*.

La misma lógica aplica en casos en que las partes determinan en el convenio a la persona que deberá escoger a los árbitros o administrar el arbitraje, y sin embargo esta persona rehúsa realizar la tarea para la que fue escogida; o casos en los que las partes establecen en el convenio arbitral quién será el árbitro de su controversia, y sin embargo este rechaza el encargo. En estos casos, la interpretación no podría permitir que sea otro sujeto el árbitro o el encargado de la designación, según el caso.

En un caso ante la judicatura suiza, el convenio arbitral establecía un arbitraje administrado por la ICC y en el que el presidente del tribunal arbitral iba a ser designado por el director general de la Organización Mundial de la Salud.[975] El mencionado funcionario rehusó realizar tal designación, por lo que la ICC realizó la designación del presidente. La Corte Suprema Federal consideró que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje se hubiese mantenido aun si hubiesen sabido que el director general iba a rehusar realizar la designación.[976] Sobre ello, dado que las partes pactaron sujetarse a las Reglas ICC, la designación de la ICC era válida.[977]

El caso, en nuestra opinión, es discutible. Pero más allá de ello, el mismo sirve para ilustrar otros casos más desafiantes. ¿Cuál sería la respuesta si la cláusula arbitral hubiese establecido un arbitraje *ad hoc*? A nuestro criterio, no sería irrazonable considerar que en ese escenario la cláusula no podría materializarse. Podría argumentarse que para las partes era esencial que el director general de la Organización Mundial de la Salud eligiese al presidente del tribunal arbitral, por lo que si este rehúsa designar al presidente, la composición del tribunal arbitral quedaría estancada. La ausencia de un reglamento al cual acogerse produce una suerte de callejón sin salida.

En suma, no es irrazonable considerar que la reticencia del sujeto encargado de realizar la designación convierta al convenio arbitral en *ineficaz* y con ello las partes no tengan más remedio que litigar ante las cortes judiciales.[978]

---

974 Frédéric Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, 53 Revista Brasileira de Arbitragem 162, 168 (2017 [1974]). El autor emplea la expresión de *oiseau rare* (ave rara).

975 Suiza, Corte Suprema Federal, sentencia del 16 de abril de 1984 (Disponible en 1986(4) Revue de l'Arbitrage 596 (1986)).

976 *Id.*

977 *Id.*

978 Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts* 128 (3d ed. 2010).

Asimismo, si las partes establecen en el convenio que el árbitro será una persona específica y esta rehúsa asumir el encargo, es a nuestro juicio discutible alegar que el arbitraje debe avanzar mediante la designación de otro sujeto como árbitro. Será necesario analizar todos los elementos del caso concreto, pero es sólido considerar que las partes aceptaron someterse a arbitraje *bajo la condición de que la persona ya elegida sea la única que puede resolver el caso.*

Por otro lado, la materialización del arbitraje puede complicarse cuando las partes establecen un arbitraje institucional, pero bajo reglas que la institución podría no aceptar. Esto puede suceder cuando se requiere a una entidad A administrar el arbitraje bajo las reglas de la entidad B. Es indiscutible que ninguna entidad está obligada a administrar un caso bajo reglas distintas a las suyas. Luego, el rechazo de la entidad a administrar el arbitraje podría generar problemas en cuanto al inicio del arbitraje.

Antes que nada, vale precisar que los problemas surgen si la entidad encargada de administrar el arbitraje rechaza hacerlo. Si la entidad acepta el encargo, no debería haber fundamento para sostener que la cláusula es inválida. En *Insigma,* caso en el que se pactó un arbitraje administrado por la SIAC, pero bajo el Reglamento de la ICC, la judicatura de Singapur señaló lo siguiente:

> Thus, the administering or supervising authority and the procedural rules adopted for the arbitration do not have to be of the same institution as long as the choices made do not result in significant inconsistency. In my view, the present case is not one where reference to two different sets of arbitration rules may lead to inconsistencies rendering the arbitration inoperative. Here, only the ICC rules have been designated, and the SIAC as administering body has confirmed that it would be able to follow the ICC rules, substituting the appropriate corresponding actors to perform the functions of the ICC Secretariat, Secretary General, and Court.[979]

Ahora bien, en un caso suizo ya glosado antes,[980] las partes establecieron que el arbitraje sería administrado por la AAA y se regiría bajo el reglamento de la ICC. En dicho caso, una de las partes intentó iniciar un arbitraje ante la AAA, sin embargo, dicha entidad rechazó administrar el caso pues la referencia al reglamento de la ICC era incompatible con un arbitraje administrado por la AAA.[981]

Si la entidad designada rechaza administrar el arbitraje, se genera un *impasse*. Dicho término específico del convenio no podrá materializarse.[982] El convenio deberá ser interpretado a efectos de determinar si era esencial para las partes que dicha entidad asumiese la administración del arbitraje. Por ejemplo, en el caso suizo comentado, se sostiene que podría interpretarse que las partes buscaban dar prioridad a la AAA como entidad administradora.[983]

---

979 *Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd*, [2009] SGHC 134, § 28.

980 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_279/2010, sentencia del 25 de octubre de 2010, § 3.2 (Disponible en http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1418).

981 Daniel Girsberger & Pascal J. Ruch, *Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 123, 124 (2011).

982 Debemos notar, sin embargo, que no estamos frente a una imposibilidad. No puede descartarse que a futuro la entidad cambie de parecer y acepte administrar el caso; esa posibilidad descarta que se esté frente a un supuesto de imposibilidad.

983 Daniel Girsberger & Pascal J. Ruch, *Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 123, 133 (2011).

Términos específicos de imposible materialización. En algunos casos, cierta regla específica establecida por las partes será *imposible* de cumplir. Al igual que en los casos de difícil materialización, la regla específica imposible puede recaer en la designación de los árbitros, la administración del arbitraje, entre otros.

A nuestro criterio, los convenios con términos específicos de imposible materialización suelen ser más «salvables» que aquellos con términos de difícil materialización. Es más fuerte justificar el alejamiento o adaptación de una regla específica cuando esta es imposible que cuando esta es difícil de cumplir (la regla puede ser difícil de cumplir, *pero teóricamente puede cumplirse*).

Si el convenio arbitral fija quién será el árbitro de las eventuales controversias y dicha persona muere, claramente es imposible lograr cumplir con tal término específico del convenio. Por lo tanto, la cláusula deberá interpretarse para determinar la esencialidad de dicho término.

En estos casos, la ausencia o presencia de una presunción de esencialidad o no esencialidad puede ser relevante. Por ejemplo, la jurisprudencia estadounidense contiene varios casos de aplicación de la presunción de no esencialidad establecida en la FAA.[984] Así, en *Stinson v. America's. Home Place, Inc.,* una corte estadounidense consideró que:

> Although the arbitrator specified in Stinson's contract with AHP is not now available to resolve their dispute, there is no indication that the choice of that particular arbitrator was central to the arbitration clause. In such cases, § 5 [de la FAA] dictates that the court choose another arbitrator and enforce the arbitration clause.[985]

A nuestro juicio, si dejamos de lado la regla de presunción de no esencialidad, el fallecimiento del árbitro escogido por las partes en el convenio podría hacer inválido a este. Según expusimos antes, es sólido considerar que si las partes pactaron someter sus controversias ante cierto árbitro, la voluntad de estas no era exclusivamente someterse a arbitraje, sino someterse a un arbitraje que tuviese a cierta persona como juzgador.

Una situación cercana es el sometimiento a una institución arbitral que deja de existir. En estos casos, será necesario evaluar cuán esencial era para las partes que dicha institución administre el caso. Naturalmente, una presunción de esencialidad o de no esencialidad puede inclinar el resultado para un lado o para otro.

Además, también deberá considerarse si alguna otra entidad puede asumir idóneamente el encargo. Así, si la entidad que dejó de existir tiene una «sucesora» natural —p. ej. la entidad se disuelve para dar paso a una nueva—, es más sólido sostener que la intención de las partes no se ve transgredida por someter el arbitraje a la administración de la entidad sucesora. En esa línea, la redacción del convenio puede contribuir a considerar que las partes admitirían un arbitraje en el que intervenga una entidad distinta a la establecida en el convenio, pero sucesora de aquella.[986]

---

984 *Warren v. American Home Place*, 718 So. 2d 45 (1998); *Stinson v. America's. Home Place, Inc.*, 108 F. Supp. 2d 1278 (2000); entre otros.

985 108 F. Supp. 2d 1278, 1285 (2000).

986 *Dalimpex Ltd. v. Janicki,* [2003] 64 Ontario Reports (3d) 737. El caso, vale notar, se refería a una entidad que administraba el arbitraje y que también iba a ser la encargada de resolver el caso. La cláusula arbitral señala lo siguiente: «Any disputes which may arise in connection with interpretation or execution of this Agreement will be settled by the College of Arbitrators /Arbitration Court/ at the Polish Chamber of Foreign Trade in Warsaw. Decision of this College will be final and binding for both parties. Competence of any state courts is absolutely excluded».

Ahora bien, los términos específicos de imposible materialización pueden clasificarse según si la imposibilidad es sobreviniente u originaria. Los casos glosados anteriormente son todos de imposibilidad sobreviniente.

Cuando la imposibilidad es originaria, la interpretación dirigida a mantener válida la cláusula es un poco más fácil. Es sólido considerar que las partes no pactaron un arbitraje con la intención de que sea imposible de materializar.

Aquí encajan casos en los que el convenio arbitral hace referencias a personas, reglamentos o entidades inexistentes. Si el convenio establece que el arbitraje será administrado por la Cámara X y tal cámara no existe y nunca existió, es claro que tal término específico del convenio no puede cumplirse y nunca pudo haberse cumplido.

En estos casos, la interpretación puede consistir en no asignar valor al término específico que adolece de imposibilidad originaria. En el ya citado caso de *Lucky-Goldstar International (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Engineering Ltd,*[987] la cláusula arbitral establecía que el arbitraje sería administrado por y bajo las reglas de la *International Commercial Arbitration Association.* Al respecto, la judicatura consideró que:

> As to the reference to the nonexistent arbitration institution and rules, I believe that the correct approach is simply to ignore it. I can give no effect to it and I reject all reference to it so as to be able to give effect to the clear intention of the parties.
>
> I further reject Mr Whitehead's submission that both parties only agreed to arbitrate if it was to be under the-se nonexistent rules. I fail to see how it can be argued that either party could have placed any importance on a nonexistent set of rules.[988]

(E) Cosa juzgada

Si una disputa ya cuenta con una decisión con calidad de cosa juzgada, entonces el convenio arbitral será ineficaz en cuanto a esa disputa ya resuelta.[989] En estos casos, la invalidez del convenio arbitral será casi siempre parcial,[990] pues el convenio será válido y vinculante para cualquier otra disputa distinta a la ya resuelta.

El fundamento es simple: un convenio arbitral es un medio para solucionar disputas. El convenio no puede funcionar si, de entrada, la controversia no existe. Así, «a claim that is finally determined by a court or tribunal is extinguished and no subsequent tribunal has jurisdiction to determine that claim».[991] Si existe una decisión firme sobre ciertas pretensiones, estas pretensiones no son temas controvertidos, son temas resueltos. *No hay conflicto*. Un convenio arbitral no puede activarse para resolver una disputa cuando, en realidad, la disputa ya fue resuelta y por tanto ha dejado de existir.

---

987 [1993] 1 HKC 404.

988 [1993] 1 HKC 404, 408.

989 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 158 (1981).

990 El convenio arbitral sería totalmente inválido si su ámbito de aplicación estuviese restringido a una sola controversia y esta ya estuviese resuelta.

991 Audley William Sheppard, *Chapter 8. Res Judicata and Estoppel,* in B. Cremades Sanz Pastor & Julian D. M. Lew, *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* 219, 231 (2005). El autor glosa la posición, no la comparte.

Para finalizar, y sin perjuicio de lo expuesto, si un laudo transgrede la cosa juzgada, tal vicio puede ser denunciado a través de la causal de afectación al orden público.[992]

(F) *Waiver*

El convenio arbitral puede tornarse ineficaz y por tanto ser inválido debido al *waiver* de las partes.[993] Ciertas actuaciones de las partes pueden convalidar la ineficacia del convenio arbitral para ciertas controversias. Existen, a nuestro juicio, dos supuestos principales: la aquiescencia de las partes a seguir una vía judicial y la invocación incorrecta del convenio arbitral.

La *aquiescencia* a litigar ante cortes estatales puede volver ineficaz al convenio arbitral. Si pese a existir un convenio arbitral una parte inicia un proceso judicial y la otra no rechaza la competencia de las cortes judiciales, estas asumirán competencia para resolver la disputa.

Naturalmente, es necesario definir qué conducta de la parte demandada en el proceso judicial configura el *waiver*. Parece claro que no cualquier conducta de la parte demandada dentro del proceso judicial representa una renuncia a la cláusula arbitral. Por ejemplo, que el demandado conteste la demanda judicial alegando que el proceso judicial debe concluir pues existe una cláusula arbitral en ningún lugar del mundo califica como *waiver*.

Al respecto, el artículo 8(1)[994] de la LMU establece que las cortes judiciales deberán remitir a las partes a arbitraje si cualquiera de ellas invoca la cláusula arbitral hasta antes de presentar su primer escrito sobre el fondo de la controversia. La regla de la LMU constituye un estándar objetivo y razonable.[995]

La *invocación incorrecta* del convenio arbitral también puede tornarlo ineficaz. En específico, el incumplimiento de los plazos establecidos en el convenio para iniciar un arbitraje puede derivar en la ineficacia del convenio.[996] Por ejemplo, las partes pueden establecer que la parte interesada deberá iniciar el arbitraje en un plazo de 2 meses desde que acaecen los hechos objeto de controversia.

Ahora bien, la validez, naturaleza y efectos de un pacto convencional que establece un plazo límite para iniciar un arbitraje variará según la ley aplicable que regule dicho convenio. En específico, el plazo límite podría tener un impacto en la eficacia del convenio arbitral o en la existencia de los derechos enlazados al fondo de la controversia (caducidad, prescripción).[997]

Para determinar qué efectos específicos tiene el establecimiento de un plazo límite, será necesario interpretar la cláusula en cada caso concreto. Sin perjuicio de ello, se puede dar una presentación

---

992 Ver 6.2.2.3.

993 Michael Pryles, *Chapter 3: When Is an Arbitration Agreement Waived? (Third Kaplan Lecture, 9 December 2009),* in Hong Kong International Arbitration Centre (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan* 79, 81 (2018); Carolyn B. Lamm & Jeremy K. Sharpe, *Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 297, 313-19 (2008).

994 «Artículo 8.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal
1) El tribunal al que 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, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

995 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 873 (2d ed. 2014).

996 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 159 (1981); Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.202, 137-38 (6th ed. 2015).

997 Yasin Alperen Karaşahin, *Contractual Time Limits to Commence Arbitration*, 37(2) J. of Int'l Arbitration 209, 237 (2020).

general de los factores requeridos para que la transgresión del plazo límite derive en la ineficacia del convenio.

Así, es sólido sostener que el convenio arbitral no se torna ineficaz por el solo hecho de que la parte demandante haya iniciado el arbitraje fuera del plazo establecido. Una parte no puede usar su propia equivocación para su beneficio.[998] Luego, sería necesario que la contraparte haga valer la limitación en el plazo y por tanto rechace la competencia de los árbitros para los reclamos que no fueron levantados a tiempo.

1.2.3. Invalidez bajo la tradición del del derecho civil

Bajo la tradición del derecho civil, existen tres juicios de valor en torno a un negocio jurídico: su existencia, su validez y su eficacia.[999-1000] La existencia versa sobre la propia presencia del negocio. La validez implica que el negocio es conforme con lo establecido por el ordenamiento jurídico. La eficacia se refiere a que el negocio despliegue sus efectos.

En esa línea, pueden darse negocios válidos pero ineficaces y también negocios inválidos pero eficaces —que es precisamente el caso del negocio anulable—.

Estas categorías pueden aplicarse sobre el convenio arbitral. Más aun, si el país es de tradición de derecho civil, entonces parece lógico que el convenio arbitral sea evaluado bajo los juicios de valor propios para cualquier negocio jurídico (el convenio arbitral *es* un negocio jurídico).

En ese sentido, puede darse (A) la inexistencia del convenio; (B) la existencia de un convenio que sin embargo tiene algún defecto que lo hace inválido; y (C) la existencia de un convenio válido pero que no surte efectos (convenio ineficaz en sentido estricto). Estos casos, según ya expresamos, encuadran dentro del ámbito de control de la causal.[1001] En última instancia, si el convenio no existe, es inválido o es ineficaz, entonces el laudo arbitral derivado de aquel es inválido.

(A) Inexistencia del convenio

Sin manifestación de voluntad no hay negocio jurídico.[1002] Luego, si no hubo manifestación de generar un convenio, el mismo no existirá. Así, la inexistencia se enfoca en el aspecto más esencial del *negocio* jurídico: la intención exteriorizada de hacer nacer el mismo.

Por ejemplo, si el contrato cuenta con firmas falsificadas, dicho contrato y el convenio arbitral insertado dentro del mismo adolecerán de inexistencia. El documento que contiene dicho contrato y el convenio arbitral podría, bajo una revisión superficial, contar con todos los elementos necesarios para la validez y eficacia del negocio jurídico. Sin embargo, el mismo es solo un documento sin valor alguno, pues de aquel no emana manifestación alguna.[1003]

---

998 Carolyn B. Lamm & Jeremy K. Sharpe, *Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 297, 316 (2008).

999 Leysser León, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos* 37 (2019).

1000 No procede, por contraste, aplicar las nociones de nulidad procesal desarrolladas por el derecho procesal civil. El ámbito de aplicación de dichos conceptos recae en los actos jurídicos procesales. El conveno arbitral no califica dentro de dicha categoría.

1001 Para los países que adoptaron la tradición del derecho civil.

1002 Leysser León, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos* 39 (2019).

1003 Es necesario tener presente que para el artículo 7 (opción I) de la LMU el convenio arbitral puede surgir en un cruce de demanda y contestación sin que las partes rechacen la existencia del convenio (ese es el término precisamente empleado

(B) Convenio inválido

En cuanto a la existencia de un convenio que adolece de un defecto de validez, hay dos supuestos específicos: convenio arbitral nulo y convenio arbitral anulable. Aquí dejamos el nivel de existencia y pasamos al nivel de validez. El negocio jurídico sí existe, pero no es válido. En esa línea, nulidad y anulabilidad son supuestos de invalidez de negocio jurídico.[1004]

Por un lado, es nulo el convenio arbitral que no observe los requerimientos del ordenamiento jurídico para su validez. Es decir, el convenio arbitral, en tanto negocio jurídico, debe ceñirse a las disposiciones de validez establecidas para todo negocio jurídico.[1005]

Las causales de nulidad varían de ordenamiento en ordenamiento; sin embargo, podemos mencionar algunas que pueden considerarse universales:

- Es nulo el negocio jurídico que tiene un objeto indeterminable o imposible. Por ejemplo, la indeterminabilidad puede referirse a casos en que existen vacíos en el negocio jurídico que impiden la materialización de la operación buscada por las partes. Precisamente, aquí encuadran diversos supuestos de convenios arbitrales patológicos.

- Es nulo el negocio jurídico que persigue un fin ilícito. En cuanto al convenio arbitral, habría un fin ilícito cuando dicho convenio se dirija a cubrir controversias de materias no susceptibles de ser arbitradas.[1006] Naturalmente, la inarbitrabilidad tiene una causal específica, por lo que dicho tema no tiene que dilucidarse al amparo de la causal bajo análisis.

- Otra causal común de nulidad es que el negocio jurídico atente contra el orden público.[1007]

Un aspecto adicional a considerar: el principio de separabilidad. La nulidad del convenio arbitral debe hacerse considerando la separabilidad del mismo frente al contrato base subyacente.[1008] El contrato base puede ser nulo, pero eso no deriva de manera automática en la nulidad del convenio arbitral.

Por otro lado, el convenio arbitral es anulable cuando adolece de algún vicio que determina su invalidez pero igual produce efectos mientras dicha invalidez no sea declarada (declaración que tiene efectos retroactivos).[1009] Es común que la anulabilidad cubra supuestos de *vicios* de la voluntad (error, dolo, violencia), voluntad restringida (p. ej. menores de edad) y casos de simulación.

---

por la norma). Por lo tanto, aun cuando pudiera, inicialmente, no existir convenio arbitral alguno, su existencia estaría acreditada en el mencionado cruce de demanda y contestación (en caso no se cuestione la existencia del convenio).

1004 Leysser León, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos* 82-87 (2019).

1005 En Perú, la jurisprudencia reconoce expresamente ello (Lima, SSC2 123-2013, p. 13; SSC2 285-2013 y 272-2013 [acumulados], p. 20).

1006 Juan Luis Avendaño Valdez, *Comentario al artículo 63,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 692, 708 (2011).

1007 Ver 1.2.2.3.(C).

1008 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3191 (2d ed. 2014).

1009 Werner Flume, *El Negocio Jurídico* 654 (José María Miquel González & Esther Gómez Calle trans., Fundación Cultural del Notariado 1998).

(C) Convenio ineficaz

Por convenio ineficaz, nos referimos aquí a supuestos de negocio jurídico válido pero que no produce efectos (total o parcialmente) y podría que nunca llegue a producirlos. Aquí hay dos supuestos centrales: los negocios jurídicos con elementos accidentales y la ineficacia del negocio jurídico frente a terceros.

Por un lado, los negocios jurídicos con elementos accidentales son aquellos que contienen ciertos elementos que provienen de la voluntad de las partes (las partes acuerdan insertarlos) pero que no son indispensables para la validez del negocio jurídico. Aquí encajan el plazo y la condición, que se configuran como requisitos de eficacia del negocio jurídico.[1010]

Sí, es inusual hablar de convenios arbitrales sujetos a plazo o a condición. No obstante, es legalmente posible diseñar convenios sujetos a dichas modalidades.

- Un convenio arbitral puede sujetarse a plazo, que puede ser resolutorio o suspensivo.
    - El convenio arbitral sometido a plazo resolutorio solo desplegará efectos por un lapso de tiempo. Así, finalizado el plazo, ninguna de las partes por su propia cuenta podría iniciar un arbitraje, tendrá que recorrer la vía judicial.
    - El convenio arbitral sometido a plazo suspensivo no surtirá efectos hasta que concluya el plazo fijado por las partes. En tanto dicho plazo no culmine, las partes no podrían recurrir al convenio arbitral y por lo tanto deberían acudir a la vía judicial —no obstante, podrían esperar a que concluya el plazo suspensivo para poder iniciar un arbitraje—.
- Un convenio arbitral puede sujetarse a condición. Al igual que el caso anterior, la condición puede ser resolutoria o suspensiva.[1011]
    - El convenio arbitral sometido a condición resolutoria será eficaz mientras la condición no se verifique.
    - El convenio arbitral sometido a condición suspensiva no desplegará efectos mientras la condición no se realice.

La competencia para resolver cuestiones sobre el plazo o la condición recae primero en el tribunal arbitral. Después, cualquiera de las partes podría demandar la anulación del laudo para que la judicatura se pronuncie al respecto, invocando como argumento que el convenio arbitral es ineficaz.[1012]

1010 Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* 709 (15th ed., 2002).

1011 Bajo la tradición del *common law,* estas podrían traducirse a *condition subsequent* y *condition precedent*. Sin embargo, la definición de tales nociones no coincide completamente con la definición de condición resolutoria y condición suspensiva.

1012 Es importante notar que algunas cláusulas arbitrales pueden establecer requisitos o eventos que deben cumplirse para que la demanda arbitral se presente. Estos no son casos de competencia del arbitral, sino de admisibilidad de la demanda. Así, «*Objections of inadmissibility routinely arise in circumstances where a valid arbitration agreement binds the parties and covers the claim presented, and yet the respondent insists that there is an impediment to bringing the claim, such as its alleged prematurity* […]» (Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 82 (2013)).
Algunas cuestiones de admisibilidad bien podrían asimilarse a supuestos de plazo o condición. Sin embargo, mientras no se haya establecido que el convenio arbitral está sujeto a dicho plazo o a dicha condición, las cuestiones de admisibilidad deberán tratarse como tales, sin asimilar su tratamiento al del negocio jurídico modal. Esta precisión es importante puesto que la competencia de los árbitros sobre cuestiones de admisibilidad es exclusiva.

Por otro lado, el negocio jurídico es ineficaz frente a terceros. El negocio jurídico vincula a las partes del mismo, pero no puede oponerse a sujetos ajenos al mismo. Por ejemplo, por regla general un contrato de compraventa entre A y B que establece obligaciones para C no es oponible a este.[1013]

En esa línea, el convenio arbitral celebrado entre dos sujetos no puede vincular a otros ajenos. Si arrendatario y subarrendatario se someten a arbitraje, esto no hace que automáticamente el propietario esté obligado a seguir dicha vía. Para el tercero *ajeno* al convenio arbitral, este será ineficaz.

Este tema es particularmente importante dada la figura de las *partes no signatarias*. Parte no signataria es aquel sujeto que integra la relación material en la que se enmarca la controversia, aun cuando no hubiese suscrito ningún contrato. En otros términos, el sujeto que no firmó el contrato, pero que en realidad es parte del mismo.[1014]

Esta parte no signataria —calificada así por el tribunal arbitral— podría considerarse, en realidad, un tercero ajeno a la controversia y al vínculo contractual en que aquella se enmarca. Por lo tanto, en dicha condición de tercero ajeno, dicho sujeto no debería haber sido incorporado al arbitraje. Pues bien, el tercero contará con la oportunidad de *cuestionar* la decisión arbitral por vía de la anulación del laudo.

Precisamente, consideramos que el tercero podría demandar la anulación del laudo invocando la causal bajo análisis, alegando que el convenio arbitral es ineficaz, pero no enteramente ineficaz, sino solo *en torno a él*. Es decir, el convenio arbitral le es inoponible y por tanto el laudo es nulo.[1015]

Luego, la corte judicial evaluaría si la decisión arbitral sobre la incorporación del tercero como parte signataria es o no correcta. Esto armoniza con el fundamento de la causal: revisar las decisiones del tribunal arbitral sobre su competencia. En efecto, la tarea de la corte consistiría en definir si los árbitros tenían también competencia sobre el sujeto incorporado como parte no signataria.

Para finalizar, un último caso que merece comentario es el del *falsus procurator*. Es decir, un sujeto que actúa como representante, pero nunca tuvo poderes; contaba con poderes anteriormente, pero a la fecha de la celebración del negocio ya no; o si bien cuenta con poderes, estos no alcanzan para suscribir el negocio celebrado (en este caso, el convenio arbitral).[1016]

La actuación del *falsus procurator* tiene incidencia en el negocio jurídico celebrado. Es indiscutible que si, por ejemplo, un convenio arbitral es celebrado por un representante con poderes vencidos o que no está autorizado para suscribir tal contrato, entonces dicho convenio carece de una

---

1013 Estamos, naturalmente, simplificando. C podría estar vinculado y efectivamente formar parte del contrato aun cuando no hubiese firmado el mismo.

1014 Cristián Conejero & René Irra, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado,* 5 Lima Arbitration 56, 59-60 (2013).

1015 En estricto, si el convenio arbitral es ineficaz frente a terceros, la consecuencia para el laudo es su ineficacia frente al tercero, sin que ello afecte su validez y eficacia para con las partes. Sin embargo, la consecuencia de una demanda de anulación del laudo exitosa es que el laudo sea declarado nulo. Esto no puede ser alterado; sin embargo, parece razonable considerar que el tercero —que en este caso fue incorporado al arbitraje como parte no signataria, pero considera que no lo debió ser— solo podría solicitar la anulación del laudo en los extremos en que se emiten mandatos contra aquel. En términos más precisos, los mandatos (declarativos, constitutivos o de condena) del laudo deberían dividirse en dos grupos: aquellos que recaen directamente en el tercero, y aquellos que no. Los primeros deben ser declarados nulos, pero los segundos se mantendrían válidos, más ineficaces en cuanto al tercero. Así, todo lo resuelto en el laudo es inoponible al tercero, y aquellos mandatos que expresamente se dirigen contra él deben ser declarados nulos.

1016 Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* 827-29 (15th ed., 2002).

manifestación plena de voluntad. Ahora bien, la consecuencia legal de la actuación del *falsus procurator* no es uniforme en los países de derecho civil. En España, la sanción es la nulidad;[1017] en Perú, la ineficacia;[1018] y esto puede ir variando en otros países.

1.3. Particularidades normativas en Iberoamérica

Las leyes de arbitraje de España y Perú han realizado algunas adaptaciones materiales sobre la redacción empleada por la LMU. La norma española dice lo siguiente:

> «Artículo 41.- Motivos
>
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido».

Por su parte, la norma peruana tiene la siguiente redacción:

> «Artículo 63.- Causales de anulación
>
> 1. El laudo solo 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».

Ambas normas citadas contienen la misma idea de fondo que la causal de la LMU, pues cubren casos de convenios arbitrales con anomalías. Sin embargo, existen tres variaciones materiales:

- Supresión de la referencia a las reglas de elección de derecho aplicable.
- Supresión de la referencia a la capacidad de las partes que celebraron el convenio arbitral.
- Inclusión de términos adicionales a «no validez» (el único empleado por la LMU). La Ley 60/2003 de España alude también a inexistencia; y la LAP de Perú adiciona los términos de inexistencia, nulidad, anulabilidad e ineficacia.

Primero, las reglas de elección de derecho aplicable para la validez del convenio arbitral están establecidas en otros artículos (artículo 9.6 de la Ley 60/2003 y artículo 13.7 de la LAP).[1019]

1017 Art. 1259 del Código Civil de España.
«Artículo 1259.-
Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.
El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

1018 Art. 161 del Código Civil de Perú.
«Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros.
También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

1019 Ver 1.2.2.1.

Segundo, las normas omiten la alusión a la capacidad de las partes. Dicha omisión no debería interpretarse en el sentido de que los defectos en la capacidad no afecten la validez del convenio arbitral. La capacidad de las partes es un requisito que aplica aun si no existiese provisión expresa que lo estableciese.[1020]

Tercero, las normas adicionan términos propios del derecho civil.

- En España, se interpreta que la referencia a inexistencia e invalidez significa que «será aplicable la doctrina general sobre la existencia, nulidad y anulabilidad de los contratos».[1021]

- En Perú, la referencia a diversas categorías del derecho civil corrobora que se aplica sobre el convenio arbitral las reglas de validez del negocio jurídico. Más aun, se considera que el legislador quiso cubrir diversas situaciones, «desde la más grave que es la inexistencia del convenio hasta situaciones más simples o menos trascendentes como es la ineficacia».[1022]

En la práctica, la redacción empleada por las normas de España y Perú podría resultar inaplicable cuando las partes hubiesen establecido una ley aplicable para el convenio distinta o ajena a la tradición del derecho civil. Para dichos casos, las cortes deberían partir del término de «invalidez» y analizar el convenio en función al derecho que le resulte aplicable.

2. AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO ARBITRAL - ARTÍCULO 34(2)(A)(II)

2.1. Fundamentos de la causal

El artículo 34(2)(a)(ii) de la LMU dispone la anulación del laudo cuando alguna de las partes no fue adecuadamente notificada sobre la designación de un árbitro o sobre alguna otra actuación arbitral; o cuando la parte no pudo hacer valer sus derechos por cualquier otra razón.[1023]

Esta causal se fundamenta en la *justicia procedimental,* que constituye un elemento esencial para la correcta resolución de disputas. En el arbitraje, la justicia procedimental se materializa en el debido proceso arbitral.

2.1.1. Justicia procedimental

La justicia procedimental es un conjunto necesario de reglas y principios para la decisión correcta en actividades sociales como la resolución de disputas (dinámicas conflictivas)[1024] y actividades similares, como las dinámicas competitivas.[1025] En realidad, la justicia procedimental aplica a

---

1020 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3204 (2d ed. 2014). El autor habla sobre la LMU, pero el razonamiento es extensivo a cualquier cuerpo normativo.

1021 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 815 (2014).

1022 Juan Luis Avendaño Valdez, *Comentario al artículo 63,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 692, 695 (2011).

1023 Las normas iberoamericanas son muy similares, si no casi idénticas, a este artículo. España (art. 41.1.b) de la Ley 60/2003), Chile (art. 34(2)(a)(II) de la LACI), Colombia (art. 108.1.b (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1457.I(b) del C.Com) y Perú (art. 63.1.b) de la LAP) adoptan una redacción muy similar.

1024 Thomas C. Grey, *Procedural fairness and substantive rights,* 18 Nomos 182, 184 (1977).

1025 Andrew Denny, *Procedural fairness in competitions,* 8(4) Judicial Rev. 228, 228-34 (2003).

cualquier dinámica de adjudicación de recursos, de ahí que la misma pase por cubrir desde los problemas familiares[1026] hasta las políticas públicas.[1027]

Si nos enfocamos en conflictos y actividades competitivas, encontraremos que la justicia procedimental no se manifiesta solo en el ámbito legal, sino que cubre otros escenarios. La justicia procedimental se manifiesta en distintos contextos[1028] y, por lo tanto, es objeto de estudio por varias disciplinas. Veamos ejemplos:

- Conflictos
  - Conflicto legal: una demanda judicial de indemnización.
  - Conflicto fuera del ámbito legal: la decisión de un padre que resuelve un problema entre los hijos menores de edad.
- Competencias
  - Competencia legal: una licitación pública para la construcción de una obra.
  - Competencia fuera del ámbito legal: el otorgamiento de un premio al estudiante con las mejores notas en un colegio.

En todos estos casos, la *legitimidad* de la decisión requiere que la misma haya observado criterios de justicia procedimental. En última instancia, la justicia procedimental tiene un fundamento psicológico: la noción de moral de las personas inclina a estas por buscar que el procedimiento establecido observe reglas y principios que lo hagan justo.[1029]

2.1.2. Debido proceso arbitral

En el campo legal, la justicia procedimental se manifiesta bajo la etiqueta de *debido proceso*.[1030] Este puede definirse como la expresión de la justicia procedimental en mecanismos que abordan asuntos de relevancia jurídica. Ahora bien, el concepto de debido proceso no es unívoco ni uniforme para todo el campo legal.[1031] Es necesario hacer una delimitación del concepto a la luz del contexto específico que es estudiado.

En el arbitraje, la noción a tratar sería la de debido proceso *arbitral*.[1032]

1026 Thomas C. Grey, *Procedural fairness and substantive rights,* 18 Nomos 182, 182 (1977).

1027 Cass R. Sunstein, *Two Conceptions of Procedural Fairness,* 73(2) Social Research 619, 619-646 (2006).

1028 D. Ramona Bobocel & Leanne Gosse, *Procedural Justice: A Historical Review and Critical Analysis*, in R. S. Cropanzano & M. L. Ambrose (eds.), *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace* 51, 51 (2015).

1029 Edith Barrett-Howard & Tom R. Tyler, *Procedural Justice as a Criterion in Allocation Decisions,* 50(2) J. of Personality and Social Psychology 296, 296-304 (1975).

1030 Sin embargo, se trata de una manifestación particular, pues puede incluir elementos que son ajenos a la justicia procedimental, como lo es el debido proceso sustantivo del *common law* (Thomas C. Grey, *Procedural fairness and substantive rights,* 18 Nomos 182, 182 (1977)).

1031 R. A. Macdonald, *A Theory of Procedural Fairness,* 1 Windsor Y'book of Access to Just. 3, 4 (1981).

1032 Un prominente académico considera que dicha nominación no es adecuada pues podría permitir la inserción del estándar del debido proceso judicial al arbitraje (Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2163 (2d ed. 2014)). Sin embargo, la expresión de debido proceso arbitral es ampliamente utilizada en el medio y nos parece que la misma es válida en tanto hace la especificación del contexto al que se vincula (debido proceso *arbitral*).

El debido proceso arbitral es el conjunto de reglas y principios que garantizan la justicia en el procedimiento arbitral. Es, por definición, de naturaleza *imperativa*. Dicho conjunto de disposiciones debe observarse siempre, pues lo contrario implicaría una frustración en el desarrollo y los fines del mecanismo al que está engarzado (arbitraje).

Los fundamentos de dicha figura y de su naturaleza imperativa son diversos. Primero, en tanto manifestación de la justicia procedimental, le es aplicable el fundamento general que sustenta la existencia de dicho concepto base: la legitimidad.

Un esquema procedimental justo es indispensable para la *legitimidad* de cualquier mecanismo de solución de controversias, incluyendo naturalmente al arbitraje.[1033] Si las partes no perciben al mecanismo con justo, tratarán de evitarlo o, en caso de verse forzados a seguir el mismo (como en casos de *mandatory arbitration*), rechazarán el resultado que arroje este.

En segundo lugar, la observación del debido proceso arbitral asegura la *aceptación* de la decisión por las cortes judiciales. Para que el laudo sea ejecutable, el arbitraje deberá observar estándares mínimos de justicia procedimental.[1034]

Tercero, el arbitraje representa una renuncia al acceso a las cortes nacionales. ¿Un Estado permitiría una renuncia total al acceso a la justicia? Dado que en la mayoría de países el derecho de acceso a la justicia es un derecho constitucional, parece inviable que un Estado autorizase tal renuncia absoluta. Un Estado puede autorizar a las partes a renunciar a acceder a la justicia de las cortes para que estas acudan a arbitraje, pero siempre que este último también represente un mecanismo de administración de justicia. Luego, el arbitraje deberá observar también reglas de justicia procedimental.

Finalmente, el debido proceso arbitral *no* es igual al debido proceso judicial. Esto se evidencia fácilmente en diversos aspectos, como la pluralidad de instancias —el que no puede ser imperativo en el arbitraje dado que el laudo es virtualmente siempre final e inapelable—. Esta verdad ya es reconocida en diversos países.[1035] Naturalmente, la construcción del debido proceso arbitral puede considerar el desarrollo dogmático de su par judicial.[1036]

2.2. Estructura y contenido

El artículo bajo análisis menciona dos supuestos, uno concreto, relativo a los defectos de notificación y otro genérico, relativo a la imposibilidad de hacer valer derechos.[1037] En ambos casos, lo que se protege es el debido proceso arbitral. La causal del artículo 34(2)(a)(II) es entendida usualmente como la violación al debido proceso.[1038]

1033 Lucy Reed, *Ab(use) of due process: sword vs shield,* 33(3) Arbitration Int'l 361, 365 (2017).

1034 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 1-2 (2010).

1035 Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld & Dietmar Czernich, *Chapter 1: General Report,* in F. Ferrari, F. J. Rosenfeld & D. Czernich (eds.), *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration* 1, 8 (2020).

1036 Así, se ha señalado que «muchas instituciones procesales deberían ser estudiadas en el arbitraje, incluso eventualmente para descartarlas pero con conocimiento de causa, sin la soberbia de algunos defensores del arbitraje que parten de cero como si el proceso no tuviese siglos de investigación que lo respalden» (Mario Reggiardo, *Una revisión funcional al recurso de anulación en Perú*, 1 Forseti 145, 159-160 (2014)). En efecto, «a lot could be learned about fair arbitration by further analysis of fair trial» (Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 206 (2010)).

1037 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 817 (2014).

1038 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 145 (2012).

Ahora bien, el debido proceso arbitral no va a ser el mismo en cada país. Sin embargo, es posible trabajar sobre aspectos del debido proceso de alcance global y de carácter transnacional. En específico, principios que sustenten la justicia procedimental en todo el mundo. Estos principios son generales dada su naturaleza *irresistible*. Es virtualmente imposible que alguien pueda rechazar su relevancia. Tienen una fuerza intuitiva,[1039] pues basta una lectura simple para admitirlos como principios de naturaleza fundamental.

En esa línea, resulta ilustrativo el artículo 18 de la LMU:

> «Artículo 18.- Trato equitativo de las partes
>
> Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

La norma glosada alude a dos conceptos distintos: igualdad y plena oportunidad para hacer valer derechos. Y en efecto, es viable construir toda la estructura del debido proceso arbitral a la luz de tales dos conceptos base.[1040] Desde un punto de vista dogmático, tales conceptos son distinguibles.[1041] La manera en que se califica si hubo una transgresión a tales conceptos denota ello:

> From a dogmatic point of view, the two legal concepts need to be distinguished. The principle of equal treatment is a comparative concept. It requires that the same procedural rules apply to both parties. However, the examination of a possible violation of the right to be heard does not include a comparison. Rather, the analysis is limited to the procedural rights of the party that invokes a violation. The court examines whether the arbitral tribunal has respected a procedural minimum standard.[1042]

Sin embargo, y solo para efectos de una mejor esquematización, desglosaremos la noción de debido proceso arbitral en tres elementos centrales: igualdad; imparcialidad e independencia; y oportunidad razonable para presentar una posición. El desarrollo de dichos elementos permitirá, a la vez, abordar los supuestos de transgresión a los mismos.

1039 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 15 (2013).

1040 Las nociones de debida notificación (*due notice*), imparcialidad, independencia, igualdad de armas, defensa, etcétera, encajan dentro de los conceptos de igualdad y/o de oportunidad razonable para hacer valer derechos. No parece que exista otra expresión o vocablo relacionado a debido proceso arbitral que no se derive de los mencionados dos conceptos base.

1041 Pierre A. Karrer, *Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?,* in G. Asken *et al.* (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner* 429, 432 (2005).

1042 Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* 217 (2015).

2.2.1. Debido proceso arbitral. Principios generales

2.2.1.1. Igualdad

(A) Marco general

La noción de justicia procedimental en el arbitraje parte desde el principio universal de la igualdad, reconocido en instrumentos internacionales,[1043] distintas leyes de Europa[1044] y Latinoamérica,[1045] y diversos reglamentos.[1046] Este es una fuente del esquema de justicia procedimental en el arbitraje y por tanto irradia a los principios de imparcialidad e independencia y de oportunidad para presentar una posición. En esa línea, «el primer principio que debe regir en todo procedimiento arbitral es el de trato igualitario para las partes».[1047]

El principio de igualdad deriva en el derecho fundamental de los ciudadanos a ser considerados y tratados como iguales. Este derecho fundamental tiene eficacia vertical y horizontal (*Drittwirkung*), pues cubre relaciones particular-Estado y particular-particular. En todo procedimiento privado los sujetos deben recibir un trato equitativo. Y el arbitraje no es la excepción a ello.

En el arbitraje, el principio de igualdad hace que las partes reciban un tratamiento equitativo en el procedimiento. Todos los elementos, sujetos y dinámicas involucradas en el procedimiento deben asignar posiciones equivalentes a las partes.[1048] Por contraste, un desbalance en ese equilibrio frustraría el procedimiento. Un laudo derivado de un arbitraje sin igualdad no puede calificar como una decisión justa.

El principio de igualdad cubre todo el procedimiento arbitral, sin excepción. A continuación, un desarrollo de los principales aspectos en los que recae.

(B) Ámbito de aplicación del principio (lista referencial)

(i) La composición del tribunal arbitral

La composición del tribunal arbitral es un aspecto esencial para el arbitraje. La idea de resolver disputas mediante arbitraje se fundamenta en la especial confianza de las partes en los juzgadores escogidos.[1049] Las partes *consienten* que su controversia sea resuelta por dichos juzgadores.

Las partes acuerdan ir a arbitraje, y también está en su esfera de dominio definir cómo se elegirán a los árbitros.[1050] Sin embargo, la voluntad de las partes no es absoluta, pues el mecanismo de elección de los árbitros debe cumplir con estándares del debido proceso arbitral. En específico, el principio de igualdad garantiza que la nominación de árbitros se realice mediante un esquema

---

1043 Art. 18 de la LMU; principio 3 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.

1044 Alemania (§ 1042(1) del ZPO), España (art. 24.1 de la Ley 60/2003), Francia (art. 1510 (para arbitraje internacional) del *Code de procédure civile*), Inglaterra (art. 33(1)(a) de la *Arbitration Act*).

1045 Chile (art. 18 de la LACI), Colombia (art. 58 (para arbitraje nacional) y art. 91 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012) México (art. 1434 del C.Com.), Perú (art. 34 de la LAP).

1046 R-22 y R-32 del Reglamento de la AAA, art. 22 de las Reglas ICC, art. 14.4 del Reglamento de la LCIA, art. 17 de las Reglas UNCITRAL.

1047 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 606 (4th ed. 2014).

1048 Por contraste, otras relaciones en el procedimiento arbitral no observarán el principio de igualdad procesal Por ejemplos, la relación entre las partes y los árbitros, o la relación entre los árbitros y el secretario arbitral.

1049 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 1 (2013).

1050 No puede descartarse que algún ordenamiento pueda establecer que los árbitros serán siempre escogidos por algún medio establecido *ex ante* por la ley (p. ej. la judicatura escoge a los árbitros).

equitativo para los involucrados. Así, «the fairness of the mechanism of constituting the panel is also an independent due process requirement».[1051] De ahí que, por ejemplo, el convenio arbitral no podría permitir que solo una de las partes elija al tribunal arbitral. En palabras de una corte española:

> […] el nombramiento se confía en exclusiva a una sola de las partes, la asociación. Nada tendríamos que oponer al procedimiento de nombramiento de árbitro, en la forma estipulada, para la resolución de controversias entre los asociados, pero sí cuando se trata de la resolución de controversias entre los asociados y la asociación, porque en este caso, el nombramiento del árbitro se confía a la junta rectora de una sola de las partes, la asociación, que se sitúa en evidente situación de predominio, con un árbitro nombrado exclusivamente por ella, con carácter temporal, y dependiente de la misma, cuando se trata de resolución de controversias en que dicha asociación sea parte. El desequilibrio no ha sido corregido y, por ello, concurre causa de nulidad del laudo dictado.[1052]

A continuación, una clasificación general de los métodos de elección de árbitros y la observancia del principio de igualdad en los mismos.

Sistemas de elección directa. Las partes pueden elegir, ellas mismas, a los árbitros. Aquí, para que el principio de igualdad se respete, las partes deben tener la misma oportunidad para manifestar su voluntad y esta debe tener un valor equitativo para todas las partes. Esto puede darse de diversas maneras.

- Elección conjunta. Las partes establecen que se requiere la conformidad de todas ellas para la elección de un árbitro. Por ejemplo, casos de árbitro único elegido de común acuerdo.

  Aquí, la voluntad de las partes tiene la misma relevancia, pues basta que una parte esté inconforme para que la elección no se produzca. Luego, la elección conjunta respeta el principio de igualdad.

- Elección unilateral. Las partes acuerdan que bastará la voluntad de una sola parte para la elección de un árbitro.

  Aquí, la voluntad de las partes tendrá la misma relevancia si cada una de ellas tiene igual atribución unilateral. En términos simples, cada parte tiene derecho a elegir a un árbitro. Por ejemplo, en un panel de tres árbitros, el demandante elige por su cuenta a un árbitro, y el demandado hace lo mismo. Por el contrario, si el demandante puede elegir a dos árbitros y el demandado solo a uno, se viola el principio de igualdad.

  La igualdad en la elección unilateral puede ser difícil de determinar en casos de arbitraje multiparte. Cada parte, demandante y demandada, tiene derecho a elegir un árbitro; el problema acaece cuando una parte está conformada por varios sujetos. Surge una suerte de tensión entre el debido proceso, por un lado, y el derecho de cada parte a elegir a su árbitro.[1053] No parece que haya igualdad cuando la parte plurisubjetiva no se logra poner de acuerdo en la designación del árbitro, lo que deriva en que deba

---

1051 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 109 (2010).

1052 SAP Madrid 685/2007, de 14 de diciembre de 2007 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 803 (2013)).

1053 Cristián Conejero Roos, *Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches*, in A. J. Van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* 411, 431-32 (2009).

«forzársele» a hacerlo bajo sanción de designación indirecta (p. ej. la institución arbitral hace la elección).

El tema se puede complicar aun más. ¿Cómo se define quiénes conforman la parte demandante y quiénes la parte demandada? En algunos casos los sujetos que conforman la parte demandada podrían tener posiciones e intereses disímiles, al punto de que no resultase justo que estén englobadas como una sola parte. Es decir, casos de arbitraje *multipolar,* en los que los diversos intereses no pueden agruparse en la clásica dicotomía de un lado demandante y un lado demandado.[1054]

Así, en un arbitraje con sede en Francia, BKMI y Siemens, codemandadas, alegaban que Dutco, el demandante, tenía dos pretensiones distintas, una contra cada codemandada. Las codemandadas escogieron a un árbitro, pero bajo protesta. Para aquellas, lo correcto era generar dos arbitrajes separados: uno entre Dutco y BKMI y otro entre Dutco y Siemens. La *Cour de Cassation,* en decisión del 7 de enero de 1992, declaró nulo el laudo al considerar que la igualdad en la elección de árbitros era una cuestión de orden público.[1055]

Ahora bien, la equidad se evalúa en función a la *oportunidad* de manifestar la voluntad. El principio de igualdad se respeta si cada parte tuvo la posibilidad de manifestar su postura (y esta tiene igual valor para cada parte), más allá de si la manifestó o no. En efecto, en un caso, la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Alemana) validó la designación de un árbitro único realizada por solo una parte. En dicho caso, la corte señaló que las partes tenían iguales derechos de nominación, por lo que inicialmente no hubo «dominación» de una parte sobre la otra. Así, dicha corte precisó que el desbalance que derivó en la elección de un árbitro único hecha por solo una parte se debía a la inacción de la otra.[1056-1057]

Esto, precisamente, justifica los supuestos de designación residual ante la inactividad de una parte. En casos de elección unilateral, si una parte no ejerce su derecho a elegir al árbitro, la elección de ese árbitro puede recaer en un sujeto distinto, de conformidad con las reglas que rijan el arbitraje. De ahí que el artículo 11(3)(a) de la LMU señala que la judicatura respectiva se encargará de la designación residual en tal escenario.[1058] En estos casos, el resultado final sería que un árbitro ha sido escogido por una parte, otro ha sido escogido por un tercero ajeno a las partes, y el presidente fue fijado de común acuerdo por los dos mencionados árbitros.

Sistemas de elección indirecta (por remisión). Las partes pueden delegar la elección de uno o más árbitros a otros sujetos o programas.

- Remisión a programa de elección. Por programa, nos referimos a cualquier herramienta autónoma con la capacidad de arrojar un resultado. Así:

1054 Nathalie Voser, *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties*, in A. J. Van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* 343, 344 (2009).

1055 *Cour de Cassation*, decisión de 7 de enero de 1992 (Resumen en 18 Y'book Commercial Arbitration 140, 140-42 (1993)).

1056 *Bundesgerichtshof,* decisión de 15 de mayo de 1986 (Resumen en 12 Y'Book Commercial Arbitration 489, 489-91 (1986)).

1057 El caso tiene más detalles. El arbitraje se regía bajo la *Arbitration Act* de 1950, de Inglaterra, y el artículo 7 regulaba un supuesto en el que cada parte escogía un árbitro y estos dos árbitros escogidos elegían al presidente del tribunal. Sobre ello, bajo el artículo 7(b), si una parte no cumplía con efectuar su designación, la otra parte podía «convertir» al árbitro que escogió en un árbitro único («the party who has not appointed an arbitrator may appoint that arbitrator to act as sole arbitrator in the reference and his award shall be binding on both parties as if he had been appointed by consent»).

1058 La regla ha sido seguida en Iberoamérica. España (art. 15.2.b) de la Ley 60/2003), Chile (art. 11(3)(a) de la LACI), Colombia (art. 73.5 de la Ley 1563/2012) y México (art. 1427.III del C.Com.) encargan a las cortes judiciales la designación residual. Perú (art. 23.d) de la LAP) encarga tal designación a la Cámara de Comercio pertinente.

- Programa de elección aleatoria. Las partes acuerdan que sea el azar el que determine a los árbitros. La suerte trata a todos por igual,[1059] por lo que esta respeta el principio de igualdad.

  Naturalmente, el principio de igualdad podría verse afectado si es que las probabilidades no son equitativas. Por ejemplo, una elección al azar entre un número de potenciales árbitros en la que el sujeto preferido por una parte tiene el doble de posibilidades que los de más de ser elegido.

- Programa de elección meritocrática. Las partes «licitan» los puestos de árbitros, otorgando puntaje según el cumplimiento de parámetros objetivos. El programa arrojará un resultado fundado en una fórmula que las partes definieron *ex ante*, pero estas no podrán intervenir en la ejecución del programa, por lo que este respetará el principio de igualdad.

  En esa línea, el principio de igualdad se verá afectado si una de las partes puede interferir durante la ejecución del programa (p. ej. recalibrando puntajes de candidatos específicos).

- Remisión a otros sujetos. Las partes pueden encargar o consentir que terceros designen de uno o más árbitros. Así, la elección de las partes es indirecta. La remisión es un supuesto bastante común: cuando el demandante y el demandado eligen cada una a un árbitro y encargan a estos dos árbitros elegir al presidente, este último está siendo designado de forma indirecta, por remisión.

  No habrá afectación al principio de igualdad cuando exista acuerdo entre las partes para la elección del tercero. Por otro lado, en aquellos casos en que haya desbalance en la relevancia de la voluntad de las partes, la afectación al principio de igualdad podría o no resultar insignificante. Por ejemplo, el convenio establece que la empresa demandante puede elegir qué entidad designará a todos los árbitros. Si dicha parte encarga a su sociedad matriz la designación, la transgresión a la igualdad es patente. Si por el contrario dicha parte encarga a la ICC la designación de los árbitros, entonces la afectación al principio de igualdad resulta inocua.

  En cualquier caso, los terceros encargados de la elección de los árbitros deberán también observar los deberes de imparcialidad e independencia.[1060]

(ii) Imparcialidad e independencia

La justicia procedimental involucra que todos los componentes del procedimiento garanticen un esquema equitativo a las partes. Para el caso de las personas, el principio de igualdad deriva en los principios de imparcialidad e independencia.[1061]

1059 La frase es ilustrativa. Verificadas ciertas condiciones, la suerte *puede* asignar un trato equitativo a todos los participantes (p. ej. un juego de lotería en que cada persona tiene la misma probabilidad de ganar).

1060 Ver 2.2.1.2.(C).

1061 Ver 2.2.1.2.

(iii) Unidad de información

Cada parte debe manejar la misma información sobre el procedimiento arbitral. Luego, el «expediente» del arbitraje es único, por lo que todas las actuaciones arbitrales deben ser de común conocimiento para las partes.

Esto aterriza en la prohibición de comunicación *ex parte* con el tribunal arbitral sobre cuestiones de fondo y sobre cualquier otra cuestión relevante. Que una parte pueda presentar argumentos a los árbitros sin que la otra parte pueda conocerlos representa un atentado al principio de igualdad. Se trata, por tanto, de una cuestión de justicia procedimental.[1062]

Esta restricción es bastante fuerte y responde a los múltiples principios involucrados aquí. En efecto, que una parte pueda *alegar* a solas ante los árbitros distorsiona el principio de igualdad, pues la contraparte no tuvo igual oportunidad; el principio de defensa, pues la contraparte no tiene cómo responder; y a el principio de imparcialidad del tribunal arbitral, pues que este permita a una parte alegar a solas es una inclinación arbitraria.

Luego, aun en un caso «pequeño» como una llamada telefónica de una parte al árbitro único para reiterarle que debe enfocarse en evaluar cierta prueba, se estaría ante una afectación grave a los mencionados principios. El solo hecho de que exista una comunicación *ex parte* sobre el fondo, más allá del contenido concreto de la misma, lesiona el debido proceso arbitral.

Sea como fuere, la prohibición de comunicación *ex parte* no parece ser absoluta. Puede haber excepciones para cuestiones de trámite o de poca relevancia, como temas logísticos o de programación (p. ej. audiencias).[1063] Así, parece razonable considerar válido el acuerdo de las partes que permite a cada una comunicarse a solas con los árbitros para cuestiones de trámite. De ahí que, en principio, el debido proceso arbitral deriva en la prohibición de comunicaciones *ex parte* en cuanto a cuestiones de fondo y a toda cuestión relevante (p. ej. jurisdicción, decisión sobre emisión de laudos parciales o no, etcétera.

(iv) Las oportunidades para argumentar y probar

El principio de equidad se extiende también sobre la presentación de argumentos y de pruebas.[1064] En específico, la intersección de la igualdad y el principio de oportunidad razonable para presentar una posición deriva en el principio de igualdad de armas.

Bajo tal principio, las partes deben tener las mismas oportunidades para probar su caso.[1065] Esto significa que ambas deben contar con los mismos derechos (p. ej. ambas partes deben tener derecho a ofrecer pruebas), las mismas plataformas (p. ej. si una parte puede hacer una presentación oral, la otra también debe tener una oportunidad para hacer lo mismo) y con períodos o plazos que reflejen un trato equitativo (p. ej. el período de tiempo para argumentar oralmente debe ser, en esencia, el mismo para ambas partes).

1062 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2227 (2d ed. 2014). Más adelante Born precisará que esta prohibición puede ser levantada por las partes, y que estas podrían concebir un esquema que permita ciertas comunicaciones *ex parte*.

1063 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2228 (2d ed. 2014).

1064 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 98 (2012).

1065 Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld & Dietmar Czernich, *Chapter 1: General Report,* in F. Ferrari, F. J. Rosenfeld & D. Czernich (eds.), *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration* 1, 30 (2020).

(v) Otros deberes, cargas y responsabilidades

La igualdad de las partes no se limita solo en cuanto a sus derechos (u otras situaciones de ventaja). Las partes deben ser tratadas por igual en todos los aspectos, y ello incluye también a los deberes, cargas y responsabilidades que pueden ser asignados a las partes durante el procedimiento arbitral.

(C) Límites

El principio de igualdad no es absoluto (ningún principio lo es). Este principio, si bien de naturaleza fundamental, no puede ser aplicado de forma extrema. Por lo tanto, no todo desbalance entre las partes significa una afectación al debido proceso arbitral.

Además, el principio debe aceptar la realidad: «[t]here is no way to put the parties in an identical procedural situation».[1066] En efecto, no podemos concebir un procedimiento arbitral en el que las partes hayan participado *milimétricamente* de la misma manera. En esa línea, la diferencia entre las posiciones de las partes hace imposible un trato idéntico y, en muchos casos, ello será irrelevante.[1067]

Para determinar la igualdad en el trato será necesario considerar de forma detallada las posiciones de las partes y el procedimiento arbitral en su integridad.[1068] Así, el principio de igualdad se dirige a que las partes tengan, *en sustancia,* los mismos derechos, atribuciones, cargas y obligaciones. No parece necesario que siempre haya equidad absoluta en términos «cuantitativos».[1069] Por lo tanto, los desbalances que se generen por la efectiva realización de tales elementos (derechos, atribuciones, cargas, obligaciones) o por las circunstancias del caso no violarán necesariamente el principio de igualdad.

En suma, el principio de igualdad no se dirige a garantizar un trato idéntico absoluto.

2.2.1.2. Imparcialidad e independencia

Los principios de imparcialidad e independencia hacen que los sujetos involucrados en el arbitraje, distintos a las partes, deban comportarse de manera objetiva en la tramitación del procedimiento arbitral. Son principios de carácter universal, reconocidos de manera directa o indirecta[1070] en instrumentos internacionales,[1071] en leyes de Europa[1072] y Latinoamérica[1073] y reglamentos.[1074]

La imparcialidad es un subprincipio del principio de igualdad. La imparcialidad como manifestación de la igualdad (*equality as impartiality*) es una idea ya tratada en el campo de filosofía del derecho y teoría de la justicia.[1075] En nuestro campo, la equidad entre las partes no solo hace

1066 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 190 (2010).
1067 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2173 (2d ed. 2014).
1068 *Id.*
1069 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 21-18, 527 (2003).
1070 El reconocimiento en algunos casos es indirecto; a través de reglas sobre recusación del árbitro por cuestiones relativas a la imparcialidad o independencia, y reglas que establecen el deber de declaración.
1071 Art. 12 de la LMU; Norma general (1) de las Directrices IBA; principio 1 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.
1072 Alemania (§ 1035 y § 1036 del ZPO), España (art. 17.1 de la Ley 60/2003), Francia (art. 1456 del *Code de procédure civile*), Inglaterra (arts. 1(a) y 33(1)(a) de la *Arbitration Act*).
1073 Chile (art. 12 de la LACI), Colombia (arts. 1 y 15 (para arbitraje nacional) y art. 75 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1428 del C.Com.), Perú (art. 28.1 de la LAP).
1074 R-18 del Reglamento de la AAA, art. 11.1 de las Reglas ICC, art. 5.3 del Reglamento de la LCIA, arts. 11 y 12 de las Reglas UNCITRAL.
1075 Amartya Sen, *Inequality reexamined* 16 (1992); entre otros.

que las reglas y disposiciones sobre el procedimiento asignen un trato igualitario, sino también que las personas que participen en el procedimiento se comporten de forma tal que dicho principio se garantice.

Por su lado, como veremos, la independencia cumple un rol funcional, pues contribuye a garantizar la existencia de imparcialidad.

Ahora bien, los términos de imparcialidad e independencia, aun cuando constituyen nociones entrelazadas, deben ser diferenciados.[1076] Luego, es adecuado hacer un análisis separado de ambas nociones. Por otro lado, tanto la imparcialidad como la independencia recaen no solo sobre los árbitros, sino también sobre los restantes sujetos distintos a las partes (o a sus dependientes). En tal sentido, analizaremos la imparcialidad de los árbitros, la independencia de los árbitros, y la independencia e imparcialidad de los restantes sujetos.

(A) Imparcialidad

(i) Definición

La imparcialidad es un criterio *subjetivo,* que apunta al estado mental del árbitro.[1077] En esencia, ser imparcial es mantener una visión objetiva, sin que existan factores subjetivos o preconcepciones que puedan alterar el juicio sobre el caso. En ese sentido:

> Judges must not allow their judgement to be influenced by personal bias or prejudice, nor harbour preconceptions about the particular case before them, nor act in ways that improperly promote the interests of one of the parties to the detriment of the other.[1078]

(ii) Contenido

La imparcialidad se refiere a un estado de rectitud y corrección mental. Dar un contenido de tales nociones es, por sí mismo, difícil. Más aun, según vimos, la definición de imparcialidad es una de tipo *negativo*, se le conceptualiza por lo que no es, y precisamente la imparcialidad es no adolecer de prejuzgamiento o de sesgos y prejuicios. Podemos explorar estos últimos conceptos:

- El prejuzgamiento puede definirse como la toma de una decisión sin haber dado a las partes la oportunidad de ser escuchadas.[1079] En términos gráficos, casos de «saying too much too early».[1080] Dicho prejuzgamiento podría recaer sobre el fondo de la controversia e incluso también sobre la competencia del tribunal arbitral —esto último se explica en los siguientes párrafos—.

  El prejuzgamiento es negativo pues:

  - Viola el principio de imparcialidad pues el ya tener un juicio supone un desbalance en la manera en que los argumentos de las partes son evaluados.

1076 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 11-7, 257 (2003).

1077 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 11-11, 258 (2003); Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 454 (4th ed. 2014).

1078 ONU, *Comentario General 32 de la ONU sobre el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos* § 21, 6 (2007).

1079 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3247 (2d ed. 2014).

1080 William W. Park, *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent,* 46(3) San Diego L. Rev. 629, 683 (2009).

- Transgrede el principio de defensa pues hace ilusorio el derecho de las partes a presentar su caso. Si existe ya una decisión, de nada sirve lo que las partes aleguen y prueben.

- Los sesgos y prejuicios constituyen —para este tema—[1081] inclinaciones de carácter subjetivo que afectan el juicio objetivo.[1082] Por lo tanto, tales elementos perjudican a las partes. Es decir, el árbitro debe resolver en función a los hechos y el derecho, y no en función a sus intereses o los de alguna de las partes.[1083] En estricto:

  - El árbitro no puede estar sesgado a favor de alguna de las partes y/o tener prejuicios contra alguna de las partes.

  - El árbitro no puede orientar su labor hacia la obtención de su propio beneficio. La imparcialidad también se quiebra cuando el árbitro hace primar sus propios intereses por sobre los de las partes.

  - El árbitro no puede tener sesgos o prejuicios hacia otros sujetos distintos a las partes, como los peritos (sean estos ofrecidos por las partes o los de oficio) o los testigos.

  Por cierto, los sesgos o prejuicios no necesariamente se fundamentan en una inclinación concreta hacia o en contra de un sujeto específico (p. ej. la inclinación a favorecer a alguien porque dicha persona resulta simpática). Si la imparcialidad puede entenderse como la carencia de influencias culturales, políticas o religiosas,[1084] entonces los sesgos pueden fundamentarse en tales influencias. De ahí que en *Catalina v. Norma*, la judicatura inglesa removió a un árbitro pues este señaló, en un caso entre una parte portuguesa y otra noruega, que los portugueses son mentirosos y que los noruegos generalmente eran personas confiables.[1085]

  Así, los sesgos pueden deberse a diversos tipos de causas. Estos pueden responder a razones económicas, afectivas, sociales, culturales, políticas, religiosas, etcétera.

En suma, el prejuzgamiento, los sesgos y los prejuicios afectan el principio de imparcialidad, lo que afecta al principio de igualdad y con ello al debido proceso.

1081 El campo de los sesgos cognitivos trasciende el tema de la imparcialidad. Solo como referencia, desde la economía conductual un sesgo cognitivo puede definirse como una tendencia sistemática a adoptar decisiones subóptimas (Daniel Pi, Francesco Parisi & Barbara Luppi, *Biasing, Debiasing and the Law,* in E. Zamir & D. Teichman (eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* 143, 145 (2014)).

1082 Rebecca K. Helm, Andrew J. Wirstrich & Jeffrey J. Rachlinski, *Are Arbitrators Human?,* 13(4) J. of Empirical Studies 666 (2016).

1083 Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* 173 (2017).

1084 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 455 (4th ed. 2014).

1085 [1938] 61 LL. L. R. 360 (KB).

(iii) Naturaleza

La noción de imparcialidad tiene naturaleza *absoluta*.[1086] No es posible admitir árbitros «poco» o «levemente» parcializados.[1087] Se trata de un concepto monolítico no sujeto a variaciones.[1088] La rectitud y objetividad de pensamiento constituye un valor pleno, se es imparcial o no lo es.[1089]

La acotación no es obvia si consideramos el intenso debate existente debido a ciertas mecánicas particulares de la práctica arbitral. En específico, hablamos del *party-appointed arbitrator,* árbitro designado de parte.

Que el árbitro designado por una parte puede tender a favorecerla es una cuestión analizada extensivamente.[1090] El fundamento es simple: el árbitro designado de parte puede verse afectado por una percepción subjetiva de compromiso (o gratitud) hacia dicha parte.[1091] Esto, por cierto, puede darse de forma inconsciente, lo que haría que el árbitro no considere que está faltando a deber alguno.

Luego, se ha llegado a sostener que los árbitros designados por las partes deben cumplir con un menor grado de imparcialidad, por lo que basta una «*suffisante impartialité*»;[1092] y que, en cualquier caso, el estándar de imparcialidad del árbitro no puede ser igual al del juez.[1093]

Sin embargo, el *ser* no puede confundirse con el *deber ser*. La designación de parte puede generar sesgos y prejuicios, pero ello no puede derivar en que la imparcialidad deba «flexibilizarse». Precisamente, en la búsqueda de imparcialidad, lo ideal es que se aplique el mismo estándar a todos los árbitros.[1094] Además, «where is the line that separates 'less impartiality' from 'partiality'?».[1095] Una noción flexible de imparcialidad genera muchos problemas dada la dificultad de delimitarla; en última instancia, creemos que haría obsoleto al propio concepto de imparcialidad, pues abre la puerta a la parcialidad.[1096]

1086 Marc Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre* 338 (2001).

1087 Sin embargo, puede haber excepciones. Una de ella es la figura de los *non-neutral arbitrators* en los Estados Unidos. Estos árbitros pueden tener comunicación directa con la parte que los designó y no están sujetos a recusación por falta de imparcialidad e independencia. Es sólido considerar que estos árbitros suelen ser parciales.

1088 Thomas Clay, *L'arbitre* 290 (2001). El autor señala que «et cette indépendance ne souffre ni variation ni tempérament: elle est monolitique». Al respecto, vale precisar que el autor emplea el término de *indépendence* para referirse tanto a la imparcialidad como a la independencia.

1089 Por contraste, en estricto sí podría hablarse de grados de parcialidad. Un juzgador puede estar leve o fuertemente parcializada a favor o en contra de alguna posición o persona. Por ejemplo, puede decirse que el juzgador que es familiar directo de una de las partes estaría más parcializado que aquel juzgador que tienen una relación profesional con alguna de las partes.

1090 Stephen C. Rogers, *Can Tripartite Arbitration Panels Reach Fair Results?*, 8(1) Disp. Resol. Mag. 27, 27-35 (2001); Murray L. Smith, *Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator,* 6(4) Arbitration Int'l 320, 320-342 (1990); Alfonso Gomez-Acebo, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration* 97-144 (2016).

1091 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 279 (2013).

1092 Pierre Lalive, *Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse,* 112 La semaine judiciare 362, 367 (1990).

1093 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 115 (2010).

1094 Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman & John Savage, *Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 1046, 575 (1999).

1095 Alfonso Gomez-Acebo, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration* 137 (2016). Sin embargo, el propio autor señala que una posible forma de diferenciar la menor imparcialidad del árbitro designado por una parte y el árbitro designado por otros medios estaría en que el primero está inconscientemente sesgado, mientras que el segundo no.

1096 En cualquier caso, Esta respuesta no resta importancia a la magnitud del problema generado por las designaciones unilaterales. Las propuestas en torno al problema son variadas, y van desde mecanismos creativos para la designación unilateral, hasta el destierro de la práctica de designación unilateral (Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 278-80 (2013)).

Para finalizar, tradicionalmente la noción de imparcialidad va enlazada no solo a ser, sino a *parecer* imparcial. La apariencia de parcialidad será tratada al momento de evaluar la independencia.

(iv) Acreditación

La afectación a la imparcialidad puede resultar de difícil acreditación.[1097] La imparcialidad, ya dijimos, constituye un estado mental. Esto hace difícil determinar con certeza si el árbitro adolece de parcialidad. Una verificación *directa* es inviable: no es posible ingresar a la mente del árbitro (o de cualquier otro sujeto) y obtener de ahí la respuesta.[1098]

Así, la corroboración dependerá de las actitudes y conductas que despliegue el árbitro. Podemos entender aquí, siguiendo a la escuela conductista de la psicología, al cerebro como una «caja negra»: no sabemos que sucede dentro, pero sí podemos estudiar los estímulos que ingresan (*input*) y las respuestas que salen (*output*). Luego, en algunos casos, el árbitro *exteriorizará* su parcialidad, como en el ya mencionado caso de *Catalina v. Norma*; si el árbitro dice que las personas de cierta nacionalidad (y una parte es de dicha nacionalidad) son siempre mentirosas, sufre de prejuicios y por tanto no es imparcial.[1099]

Una conducta de particular pertinencia aquí es la comunicación *ex parte* entre uno de los árbitros y una parte. El caso *Sekolec* (arbitraje entre Croacia y Eslovenia por límites territoriales)[1100] es ilustrativo: un árbitro mantuvo comunicaciones con una de las partes en las que se hablaba sobre el decurso de las deliberaciones y el posible resultado del caso. Las comunicaciones *ex parte,* en sí mismas, *aun sin saber su contenido,* pueden considerarse una severa transgresión a la imparcialidad, a la igualdad y al debido proceso arbitral.

Una nota final: en tribunales colegiados, es posible que sean los *otros* árbitros los que puedan encontrar indicios de parcialidad en un árbitro. Es más, estudios estadísticos denotan que la frecuencia es considerable.[1101] Y es que la deliberación y en general la comunicación entre los árbitros resultan espacios en los que se puede advertir la inclinación de un árbitro hacia alguna de las partes.[1102] Sin embargo, no parece viable que el árbitro que encuentre tales indicios pueda tomar medidas directas al respecto.[1103] En especial, si un árbitro percibe dentro de las deliberaciones que otro no actúa de manera imparcial, no podría reportar ello dado el secreto de las deliberaciones.[1104]

1097 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 11-11, 258 (2003).

1098 De ahí la importancia de la independencia, pues esta es un criterio objetivo que permite determinar la ausencia o presencia de un riesgo de parcialidad.

1099 [1938] 61 LL. L. R. 360 (KB).

1100 Para un buen resumen, ver Patricia Živković, *Severe Breaches of Duty of Confidentiality and Impartiality in the Dispute between Croatia and Slovenia: Is Arbitration Immune to Such Violations?* (July 29, 2015), http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/

1101 En un estudio realizado sobre 155 practicantes de arbitraje en Latinoamérica, el 55.5 % reportó que en algún momento se había cruzado con un árbitro que filtraba información a la parte que lo designó (José María de la Jara & Julio Olórtegui, *La pandemia arbitral. Los árbitros tóxicos y la contaminación de las deliberaciones,* 51 Revista Brasileira de Arbitragem 133, 137 (2016)).

1102 Ver Phillip Capper *et al., Conflict in the Deliberations: Dealing with Bias and Obstruction*, in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 43, 46-56 (2014).

1103 Un árbitro asumiría un riesgo muy alto si denunciase la conducta de otro basado en *indicios.* En realidad, si el árbitro considera que el vicio es grave, la mejor acción a su disposición es renunciar, no denunciar.

1104 Sin embargo, existen voces que, acertadamente, proponen que el presidente del tribunal arbitral pueda reportar los comportamientos indebidos dentro de las deliberaciones de alguno de los otros árbitros a la autoridad nominadora para el reemplazo del mismo (Marc Joel Goldstein, Living *(or not) with the partisan arbitrator: are there limits to deliberations secrecy?,* 32(4) Arbitration Int'l 589 (2016)).

(B) Independencia

(i) Definición

La independencia es un criterio objetivo, que consiste en la falta de vínculos entre el árbitro y las partes,[1105] y que sirve —definición *funcional*— para verificar la inexistencia de cualquier factor que pudiera afectar la imparcialidad del árbitro.

La existencia de un vínculo entre el árbitro y alguna de las partes puede derivar en un *conflicto de intereses*. El árbitro, de forma consciente o inconsciente, podría ver afectado su juicio por la contraposición entre su rol de tercero imparcial y el eventual impacto de su decisión sobre la parte a la que está vinculado. Por ejemplo, la árbitra que es hermana de una de las partes podría verse influenciado al saber que la parte a la que está vinculada quedaría devastada económicamente en caso perdiese el arbitraje.

Es aquí que se denota la relación entre independencia e imparcialidad. Son conceptos entrelazados pero, a su vez, diferenciables. La independencia es una condición que contribuye a evaluar, desde el plano objetivo, la imparcialidad del árbitro. Sí, puede haber imparcialidad aun cuando el árbitro tuviese alguna relación con alguna parte,[1106] y también podría haber árbitros parcializados pese a ser absolutamente independientes. Pero, por regla general, difícilmente un árbitro que carezca de independencia será imparcial.

Es más, la independencia existe por y para la imparcialidad. Un clásico aforismo señala que «*justice must not only be done; it must also be seen to be done*». La imparcialidad sería necesaria para la primero, y la independencia para lo segundo.[1107] Si fuese posible determinar con plena certeza que un árbitro es imparcial, el concepto de independencia ya no sería relevante.

(ii) Naturaleza

Mientras que la imparcialidad es un concepto absoluto y subjetivo (pues se refiere al estado mental del árbitro), la independencia es una noción relativa y objetiva. Además, su esencia es distinta a la de la independencia del juez.

La independencia es un concepto *relativo*. No hay independencia absoluta.[1108] Todas las personas, incluyendo a los potenciales árbitros, están interconectadas dentro de la sociedad. Igual, es posible que el árbitro sea independiente aun cuando existan ciertos lazos entre el árbitro y una parte. En ese sentido, la ausencia de vínculos deberá entenderse como ausencia de vínculos con algún grado de significancia.

La independencia es un concepto *objetivo*. Objetivo en el sentido de que existen parámetros de aplicación general que construyen un estándar de independencia y a través de ellos se puede determinar si el árbitro es independiente. Así, la independencia del árbitro es *apreciable* desde un punto de vista externo.[1109]

En tanto concepto relativo, el árbitro puede tener vínculos con alguna de las partes y ello no descarta automáticamente que sea independiente. Surge aquí un margen de *discreción*. Esta

1105 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 113-14 (2010).
1106 Yves Derains & Erick A. Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration* 118 (2005).
1107 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 11-19, 261 (2003).
1108 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 454 (4th ed. 2014).
1109 José María Alonso, *La independencia e imparcialidad de los árbitros,* 2 Revista Peruana de Arbitraje 97, 98 (2006).

discreción recae en las partes: si estas coinciden en que el árbitro es independiente, entonces lo es. Es decir, las partes, conocedoras de los vínculos del árbitro con una u otra y por consiguiente de los conflictos de interés, dispensan al árbitro de tales incidencias.

Sin embargo, este margen de discreción no es absoluto. La independencia, así, tiene una suerte de núcleo objetivo; casos en los que existen serios cuestionamientos a la independencia —y por consiguiente a la imparcialidad—, sin importar lo que las partes consideren al respecto. Por ejemplo, aquí se ubica el principio de *nemo iudex in causa sua* (nadie puede ser juez de su propia causa).

Al respecto, es pertinente lo establecido en la nota explicativa sobre la norma general (2)(d) de las Directrices IBA:

> El Listado Rojo Irrenunciable describe circunstancias que necesariamente originan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Por ejemplo, porque nadie puede ser autorizado a ser juez y parte, no puede haber identidad entre un árbitro y una parte. Las partes, por tanto, no pueden renunciar al conflicto de interés que surge en dicha situación.

Para finalizar, la sustancia del concepto de independencia de los árbitros es diferente a su correlativo para los jueces. La independencia del juez va enlazada a la propia autonomía de la función judicial frente a otros poderes del Estado,[1110] esquema inaplicable al arbitraje. A su vez, los árbitros son personas que pueden actuar en varias posiciones dentro del ámbito legal y de negocios,[1111] mientras que el juez por regla general sigue una carrera judicial que no le permite ejercer otras actividades.

(iii) Contenido

La independencia se define por la *ausencia* de vínculos relevantes entre el árbitro y cada una de las partes, que pudieran derivar en un conflicto de interés. Para ello, el árbitro debería:

- Carecer de vínculos significativos de cualquier clase, incluyendo lazos económicos o financieros (empleo, puesto directivo, actividades conjuntas, etcétera), afectivos y sociales (familia, amistad íntima, etcétera), políticos (activa militancia política común), etcétera.

- Carecer de vínculos significativos directos o indirectos con las partes. Es decir, la independencia también debe evaluarse en función a la existencia de relaciones entre el árbitro y sujetos que actúan para la parte (defensa legal, peritos de parte, etcétera).

No es viable hacer una determinación *ex ante* de todas las situaciones que pueden representar un potencial conflicto de interés. Sin embargo, instrumentos de *soft law,* como las Directrices IBA —con sus listados rojo irrenunciable, rojo renunciable, naranja y verde— permiten tener un marco referencial de las situaciones más comunes y sus consecuencias. Las Directrices engloban los supuestos en cuatro categorías:

- Listado Rojo Irrenunciable. Casos en los que existe un conflicto de interés y justificables dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. El árbitro tiene el deber de revelar, y en estos casos las partes no pueden dispensar.

1110 Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* 167-68 (2017).

1111 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 115 (2010).

Ejemplo: «El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte […]».[1112]

- Listado Rojo Renunciable. Este «incluye situaciones serias, pero de menor gravedad».[1113] El árbitro tiene el deber de revelar; y para que pueda mantener dicho cargo, las partes deberán dispensar estas circunstancias de forma *expresa*.

  Ejemplo: «Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia».[1114]

- Listado Naranja. Casos que «pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro».[1115] El árbitro tiene el deber de revelar y se entenderá que las partes lo dispensan si no lo objetan.

  Ejemplo: «El árbitro y otro árbitro son abogados del mismo bufete».[1116]

- Listado Verde. Casos no susceptibles de generar conflictos de interés. No existe deber de revelación del árbitro.

  Ejemplo: «Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes han actuado conjuntamente como árbitros».[1117]

(iv) Afectación

La independencia, según expusimos, es una noción objetiva y relativa, que otorga un margen de discreción a las partes para su determinación. Esto tiene un impacto en la evaluación de casos que transgreden este principio.

Primero, existen casos de afectación al núcleo objetivo de la independencia. Estos conforman el Listado Rojo Irrenunciable de las Directrices IBA y son casos de evidente afectación a la independencia, al punto de que es irrelevante el parecer de las partes al respecto. Estos casos transgreden el debido proceso arbitral.

Segundo, existen circunstancias en que, bajo una perspectiva de tercero, la independencia puede verse afectada. Sin embargo, estas circunstancias, aunque relevantes, no son absolutas, lo que permite la dispensa de las partes. Aquí nos referimos al Listado Rojo Renunciable y al Listado Naranja de las Directrices IBA.

Luego, para cada caso concreto se abren dos escenarios:

- Si una parte considera que el árbitro no es independiente, podrá denunciar tal situación como una afectación al debido proceso arbitral —cuestión distinta a si tiene razón—.

- Si ambas partes consideran que las circunstancias no atentan contra la independencia, podrán dispensar —de forma expresa o implícita— al árbitro. En este escenario, el

1112 Directrices IBA, § 1.4 de la Parte II.
1113 Directrices IBA, § 2 de la Parte II.
1114 Directrices IBA, § 2.2.2 de la Parte II.
1115 Directrices IBA, § 3 de la Parte II.
1116 Directrices IBA, § 3.3.1 de la Parte II.
1117 Directrices IBA, § 4.3.2 de la Parte II.

> árbitro es independiente *porque las partes lo consideraron así* y por tanto no hay afectación al principio de independencia.

Esta libertad de las partes para definir si el árbitro es independiente no debe confundirse con la *renuncia a objetar*. La renuncia a objetar cubre supuestos de efectiva afectación, es decir, el vicio se produjo, pero el mismo no es invocado por la parte afectada. Por contraste, aquí simplemente no hay afectación.

Tercero, el debido proceso arbitral también puede verse afectado cuando el árbitro *omite* reportar aquellas circunstancias que pueden generar dudas sobre su independencia. Es decir, cuando el árbitro incumple con el deber de revelación.[1118]

En realidad, dicho comportamiento puede valorarse por sí mismo como un indicador de falta de imparcialidad y falta de independencia. Falta de imparcialidad, pues el árbitro oculta información, lo que deriva en una percepción errónea de las partes en torno a dicho agente. Falta de independencia, pues puede entenderse que el árbitro ocultó información al considerar que ella puede denotar su falta de independencia; es decir, el «ocultamiento» puede interpretarse como un reconocimiento del árbitro —para sí mismo— consistente en que no es independiente.

Ahora bien, la omisión de revelación no genera automáticamente la descalificación del árbitro. Así, «[e]l solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí que el árbitro deba ser calificado de parcial o falto de independencia: ello dependerá solo de los hechos o circunstancias que no se revelaron».[1119] En palabras de una corte española:

> En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia.[1120]

En realidad, puede decirse que existen dos factores centrales a considerar. Por un lado, la gravedad de los hechos no revelados. Por el otro, la buena fe del árbitro: evaluar si la omisión fue consciente o inintencional.[1121]

Para finalizar, el desarrollo aquí expuesto se hace en función a la figura del árbitro, pero podría resultar extensible a los otros sujetos que participan en el arbitraje (distintos a las partes).

(C) Sujetos abarcados

La imparcialidad e independencia no solo recaen en los árbitros. Otros sujetos que participan en el arbitraje también deben observar tales principios. Esto, en específico, aplica sobre el secretario

---

1118 El deber de revelación tiene un reconocimiento extensivo en leyes y reglamentos. Como referencia, la LMU (art. 12(1)) establece expresamente tal deber y las normas de España (art. 17.2 de la Ley 60/2003), Chile (art. 12(1) de la LACI), Colombia (arts. 15 y 75 de la Ley 1563/2012), México (art. 1428 del C.Com.) y Perú (art. 28.1 de la LAP) siguen dicho esquema.

1119 Directrices IBA, Comentario 5 de la Parte II.

1120 STSJ Madrid 46/2016 de 2 de junio de 2016 (Disponible en 9(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 875 (2016)).

1121 Stewart A. Baker & Mark D. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* 50 (1992).

arbitral, los sujetos que deciden sobre la designación y permanencia de árbitros, la institución arbitral, y los peritos designados por el tribunal arbitral.[1122]

El secretario arbitral. El secretario arbitral debe ser independiente e imparcial. Que las tareas de secretaría se consideren mecánicas y que no incidan en la decisión del fondo es irrelevante.[1123] Y es que las funciones del secretario arbitral podrían permitir a este favorecer a alguna de las partes.

El secretario arbitral está a cargo, entre otras cosas, de coordinar temas logísticos y de preparar borradores de órdenes procesales. Solo como referencia, tales funciones pueden ser aprovechadas para favorecer a una parte. El secretario puede priorizar la programación de fechas de audiencia que resulten más cómoda a alguna de las partes; y puede elaborar borradores de órdenes procesales que pongan énfasis en la posición de una parte, lo que puede influenciar en la decisión final de los árbitros sobre la orden procesal.

Sujetos que deciden sobre la designación y permanencia de árbitros. Los sujetos que deciden sobre la designación y permanencia de árbitros también deben ser independientes e imparciales.

Al evaluar el principio de igualdad, precisamos que debe existir un balance entre las partes en la elección del tribunal arbitral, sea cual sea el mecanismo específico empleado para ello (elección directa, elección indirecta, remisión a programas de elección, etcétera). En ese sentido, si es un tercero el que decide sobre la designación y permanencia de los árbitros, el principio de igualdad requiere que este sea independiente e imparcial.

El caso peruano *Ivesur* es ilustrativo. En un arbitraje institucional, el Consejo Superior de Arbitraje de la institución designó al presidente del tribunal arbitral. El demandante denunció que uno de los miembros de dicho consejo fue representante, asesor y abogado de la contraparte. El caso fue declarado fundado, y el Tribunal Constitucional de Perú reconoció el deber de imparcialidad e independencia de los miembros del señalado consejo, pues señaló que era exigible que este «tome todas las previsiones del caso para despejar la duda de alguna de las partes respecto de la imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus atribuciones».[1124]

La institución arbitral. La institución arbitral también deberá ser independiente e imparcial, hasta donde estas nociones le resulten aplicables. Esto se sustenta en el rol que cumplen las instituciones para el arbitraje. Estas administran el caso, establecen reglas (supletorias) para el procedimiento, y pueden asumir poderes de especial significancia.[1125] Luego, la institución debe ser independiente. Esto forma parte del debido proceso arbitral.[1126]

Estos deberes de imparcialidad e independencia recaen tanto sobre la institución en sí, como para aquellos miembros suyos que desempeñen funciones específicas.

1122 Los peritos de las partes, por contraste, no se ven alcanzados por estos principios. Si bien no parece ideal que asuma el mismo rol que el de la defensa legal (Francisco González de Cossío, *El Prurito del Perito,* 41 Revista Brasileira de Arbitragem 100, 100-06 (2014)), lo cierto es que hacer ello no significa vulneración alguna al debido proceso arbitral.

1123 Michael Polkinghorne & Charles B. Rosenberg, *The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard,* IBANET (March 5, 2015), https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=987d1cfc-3bc2-48d3-959e-e18d7935f542#_ftnref26

1124 Sentencia TCP 2851-2010-PA/TC, fundamento 29.

1125 Barbara Alicja Warwas, *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses* 27 (2017).

1126 Urs Weber-Stecher, *Chapter 2. Principles of Good Governance and Organization of Arbitral Institutions,* in P. Habegger *et al.* (eds.), *Arbitral Institutions under Scrutiny – ASA Special Series n.º 40* 37, 38 (2013).

Por un lado, la institución como persona jurídica debe ser independiente e imparcial.[1127] Debe tratarse de una organización autónoma, que carezca de relación significativa alguna con las partes y que actúe de forma objetiva, sin favorecer o perjudicar a alguna de las partes.

Aquí, un reciente caso icónico de transgresión es el de la *National Arbitration Forum* (NAF) en Estados Unidos. En ciertos contratos de otorgamiento de tarjetas de crédito se establecía una cláusula de sometimiento a arbitraje administrado por la NAF. Esta entidad actuaba favoreciendo a las instituciones financieras, al punto en que la NAF requería a los árbitros que modificasen su decisión cuando esta favorecía al consumidor, y asignaba más casos a aquellos árbitros que resolvían a favor de las instituciones financieras.[1128]

En España, una institución arbitral, AEADE, facilitaba modelos de contrato a proveedores de telefonía móvil, que incluían una cláusula de arbitraje administrado por dicha institución arbitral. Además, AEADE proporcionaba a los proveedores un modelo de demanda. Esta situación transgrede el principio de imparcialidad. Así:

> Diferente es que, aparte de mencionarse en los contratos a AEADE como institución administradora del arbitraje, redacte la propia corte arbitral el modelo de demanda a presentar por las empresas de telefonía. Esto significa que la propia institución administradora del arbitraje está ya inicialmente tomando partido a favor de una de las partes, facilitándole el ejercicio de acciones y orientándole como presentar la reclamación, sin que simétricamente realice la misma orientación a la parte contraria […].
>
> […]
>
> Basta así esta apariencia, contraria a las garantías que deben revestir el arbitraje, para considerar que el laudo está viciado por estar objetivamente minada la confianza en una resolución equitativa e imparcial.[1129]

Por otro lado, los miembros de la institución deberán observar los deberes de imparcialidad e independencia en el ejercicio de atribuciones que incidan en la tramitación del arbitraje. Aquí encajan las figuras —ya analizadas— del secretario arbitral y el panel a cargo de la designación y permanencia de árbitros. Luego, es «axiomático» que los miembros de la institución no participen en decisiones en las que puedan tener algún interés.[1130] En esa línea, no es inusual que los reglamentos arbitrales establezcan provisiones específicas para este tema.[1131]

1127 En estricto, la persona jurídica no puede tener el estado mental de imparcialidad, puesto que ello solo aplica a las personas naturales. Sin embargo, las personas naturales que representen o manejen a la persona jurídica pueden estar parcializadas, haciendo que, en términos prácticos, la persona jurídica pueda desplegar conductas que favorezcan a una u otra parte.

1128 Urs Weber-Stecher, *Chapter 2. Principles of Good Governance and Organization of Arbitral Institutions,* in P. Habegger *et al.* (eds.), *Arbitral Institutions under Scrutiny – ASA Special Series n.º 40* 37, 41 (2013).

1129 STSJ Madrid 66/2015, de 23 de septiembre de 2015, fundamento segundo.

1130 Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* § 3-016, 97 (2009).

1131 En las Reglas ICC, se prescribe el deber para los miembros de la Corte Internacional de Arbitraje de no participar en las sesiones y procedimientos de la mencionada corte cuando exista algún vínculo con algún arbitraje específico (Apéndice 2, artículo 2). Asimismo, *la Constitution of the LCIA Arbitration Court* precisa que ningún miembro actual o histórico de dicha corte que tenga algún vínculo con un arbitraje puede participar con relación a las decisiones que tome la corte para dicho arbitraje (Sección D, cláusula 6).

Peritos designados por el tribunal arbitral. Los peritos designados por el tribunal arbitral deben ser imparciales e independientes.[1132] Para que el perito designado por los árbitros contribuya a la resolución del caso es necesario que este sea verdaderamente independiente.[1133] En realidad, la necesidad de independencia e imparcialidad es evidente: el perito contribuye a la dilucidación de los hechos o del derecho; la presentación que haga no debe verse influenciada por percepciones *subjetivas*.

Así, la imparcialidad e independencia de los peritos designados por los árbitros es análoga a la de los propios árbitros.[1134] Pese a que el perito de oficio no tenga la tarea de *decidir*, es evidente que su rol influye en el juicio que harán los árbitros para resolver el caso.

(D) Impacto extensivo y materialidad del vicio

Los problemas en cuanto a la independencia o imparcialidad pueden tener un impacto extensivo. Esto, a su vez, es un factor importante al determinar la materialidad del vicio.

(i) Impacto extensivo del vicio

Los vicios de falta de imparcialidad o independencia tienen un efecto *contaminante* sobre el arbitraje. Un sujeto que carece de imparcialidad o independencia es una suerte de rey Midas: todo lo que toca queda envenenado.

El impacto extensivo puede variar dependiendo de quién adolece de imparcialidad o independencia: el árbitro u otros sujetos.

[a] El caso de árbitros

Si un árbitro carece de independencia o imparcialidad, esta situación configura un vicio que afecta al arbitraje. Cuando el árbitro es árbitro único, no es necesario hacer un mayor análisis: la decisión sobre la controversia material —y en general todas sus decisiones— está claramente afectada por la ausencia de independencia o imparcialidad.

La situación es más compleja cuando el tribunal arbitral es colegiado. En estos casos, la interrelación del árbitro que carece de independencia o imparcialidad con los otros árbitros puede tener un impacto en estos últimos. En específico, la deliberación para la toma de decisiones deriva en que la posición de cada árbitro influya en la de los otros. Luego, la posición de un árbitro que no es independiente o imparcial puede afectar el juzgamiento de los restantes árbitros sobre el caso. Así:

> Irrespective of the independence and impartiality of the two other arbitrators on the Tribunal, each member of the Tribunal, including Dr. [A], is expected to have influenced the other two with his views and analysis, during the course of deliberations. It is in the very nature of deliberations that arbitrators exchange opinions and are persuaded or influenced by the opinions of their colleagues. That makes us conclude that it would be unsafe to hold that Dr. [A]'s views and analysis could not have had any material bearing on the opinions of his fellow

1132 Algunos instrumentos principales reconocen ello. Por ejemplo, Reglas UNCITRAL (art. 29), Reglas IBA (art. 6).

1133 Sebastiano Nessi, *Expert Witness: Role and Independence,* in C. Müller, S. Besson & A. Rigozzi (eds.), *New Developments in International Comercial Arbitration 2016* 71, 100 (2016).

1134 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2280 (2d ed. 2014).

> arbitrators. It is not improbable that they had such effect and, therefore, excluding this possibility from consideration would go against the nature of deliberations.[1135]

En ese sentido, la ausencia de imparcialidad o independencia en la cabeza de un árbitro tiene un doble efecto cuando el tribunal arbitral es colegiado. Primero, deslegitima al árbitro que carece de independencia e imparcialidad; y segundo, impacta en el juicio que pueden hacer los otros sobre el caso.

[b] El caso de otros sujetos

Cuando la falta de imparcialidad o independencia recae en un sujeto distinto a un árbitro, el efecto expansivo debe evaluarse según la magnitud de la participación del sujeto.

Por un lado, si la falta de imparcialidad o independencia recae en el secretario arbitral, en la institución arbitral o en los sujetos que deciden sobre la designación o permanencia de los árbitros, parece sólido considerar que el procedimiento está completamente contaminado.

En el caso del secretario o la institución arbitral, la falta de imparcialidad o independencia deriva en que sea razonable sostener que todo el procedimiento está contaminado. El secretario y la institución arbitral desempeñan diversas tareas para el procedimiento arbitral, y no es inviable que puedan actuar de forma tal que inclinen el procedimiento a favor de una de las partes.

En el caso de los sujetos encargados de decidir sobre la designación o permanencia de los árbitros, el procedimiento también se ve afectado en su integridad. Los árbitros pueden ser honestos, pero la elección de estos realizada por un sujeto que no es imparcial o independiente significa que la elección de tales árbitros pudo haber respondido a factores subjetivos y dirigidos a beneficiar a una de las partes.

Por otro lado, si la falta de imparcialidad o independencia está en algún perito de oficio, se produce un efecto extensivo, pero este podría no alcanzar a todo el procedimiento.

Es sólido sostener que los árbitros dan una consideración distinta a los planteamientos de un perito a comparación de los planteamientos de un abogado de las partes. El perito —por lo menos el perito designado de oficio— tiene el deber de dar una posición objetiva sobre la controversia, mientras que el abogado de una de las partes no tiene tal deber.[1136] Los árbitros escuchan al perito bajo el entendimiento de que este emite una posición objetiva, sin ninguna inclinación hacia una u otra parte. Que el perito designado de oficio carezca de independencia o imparcialidad contamina el razonamiento de los árbitros, pues estos tratan las conclusiones del perito como fiables y objetivas cuando, en realidad, no lo son.

Ahora bien, es necesario delimitar qué temas fueron abordados por el perito. En muchos casos, las cuestiones abordadas por el perito pueden separarse de aquellas cuestiones que fueron ajenas al perito. Luego, estas últimas se mantendrían a salvo del efecto contaminante.

Por ejemplo, una disputa versa sobre resolución de contrato e indemnización por daños. Si el perito auditor financiero a cargo del cálculo del lucro cesante que una parte reclama carece de

---

1135 *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain,* Caso ICSID ARB/13/36, decisión del comité de anulación de 11 de junio de 2020, § 246.

1136 Max W. Abrahamson, *Evidence by Experts during the Arbitration,* in A. J. van den Berg (ed.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration / Effective Proceedings in Construction Cases* 537, 549 (1991).

imparcialidad o independencia, su accionar no tendría impacto alguno en la decisión de los árbitros sobre la resolución del contrato y sobre si una parte efectivamente incurrió en un hecho ilícito que le genera un deber de indemnizar.

(ii) Materialidad

A primera vista, uno podría considerar que la presencia de un sujeto que no cumple con ser imparcial e independiente hace, automáticamente, nulo el laudo. En líneas generales, dicho postulado es acertado; sin embargo, existen casos en los que el vicio podría no justificar la anulación del laudo.

A continuación, un análisis en abstracto de los principales supuestos. Es importante resaltar que la efectiva materialidad del vicio solo podrá determinarse considerando los hechos del caso concreto.

[a] El caso de los árbitros

Si un árbitro no es independiente o imparcial, parece sólido sostener que el laudo debe ser anulado. Sin embargo, existen casos en los que el vicio podría no justificar la anulación del laudo.

Por un lado, los casos en que existe un árbitro único no merecen más análisis. Si el árbitro único carece de imparcialidad o independencia, entonces el laudo que emita debe ser anulado.

Por otro, cuando el tribunal arbitral es colegiado la situación es más compleja. Naturalmente, si todo el o la mayoría del tribunal está parcializado o no es independiente el laudo debe anularse. No obstante, la situación es distinta si solo un miembro del tribunal arbitral carece de imparcialidad o independencia.

Cuando solo un miembro del tribunal arbitral es el que incumple con ser imparcial e independiente, el análisis puede desglosarse en distintos escenarios.

- Laudo emitido en mayoría, mayoría que incluye al árbitro carente de imparcialidad o independencia. En estos casos, es evidente que la presencia del árbitro carente de imparcialidad o independencia vicia el laudo. Si dicho árbitro no hubiese estado presente, la posición mayoritaria probablemente hubiese sido otra.

- Laudo emitido en mayoría, con voto en minoría del árbitro carente de imparcialidad o independencia. Estos casos son complejos y no existe una respuesta única en abstracto.

  Si el árbitro carente de imparcialidad o independencia emite un voto en minoría, esto significa que los restantes árbitros optaron por una decisión distinta. Esto tiene un impacto en cuanto al eventual reclamo del *award debtor* y del *award creditor* contra el laudo.

  - En principio, el *award debtor* no debería poder cuestionar el vicio pues este no le habría generado perjuicio alguno. Si el árbitro estaba parcializado a su favor,[1137] entonces parecería que la actuación de dicho árbitro no le perjudicó.

[1137] Es muy poco probable que el árbitro carente de imparcialidad e independencia que emite un voto disidente esté parcializado *en contra* del *award debtor*. Si así fuere, entonces difícilmente emitiría un voto disidente, sino que se acoplaría a la mayoría.

No obstante, la realidad puede resultar mucho más compleja. El *award debtor* podría alegar que el árbitro parcializado «a su favor» en realidad lo perjudicó. El razonamiento es el siguiente: si un árbitro está sesgado y los otros árbitros intuyen o detectan ello, estos otros árbitros tenderán a dar menor valor a las posiciones del árbitro sesgado.[1138] Luego, el *award debtor* podría sostener que si el árbitro no hubiese estado sesgado, la decisión habría sido más benévola respecto a su posición

- El *award creditor* debería estar autorizado a demandar la anulación del laudo. El fundamento radica en que la presencia de un árbitro que carece de imparcialidad o independencia hace peligrar la eventual ejecución del laudo.[1139] El *award creditor,* según expusimos antes, tiene derecho a demandar la anulación si el laudo puede resultar inejecutable.[1140]

- Laudo emitido por unanimidad. Si el laudo se emitió por unanimidad, uno podría considerar que la presencia de un árbitro sesgado no tiene impacto alguno en la decisión, pues si se invalidase su voto, el laudo seguiría siendo laudo, solo que ya no emitido por unanimidad, sino solo por mayoría.

  En realidad, que el laudo se haya emitido por unanimidad no hace que necesariamente la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro sea insuficiente para anular el laudo.[1141] Al contrario, según expusimos antes, es sólido señalar que la presencia del árbitro carente de imparcialidad o independencia tiene un efecto contaminante en los restantes miembros del tribunal arbitral. El laudo, entonces, debería anularse.

[b] El caso de otros sujetos

Según expusimos antes, si la falta de imparcialidad o independencia recae en el secretario arbitral, en la institución arbitral o en los sujetos que deciden sobre la designación o permanencia de los árbitros, es sólido considerar que el procedimiento está contaminado en su integridad. Luego, en estos casos, el laudo arbitral debe anularse.

En caso la falta de imparcialidad o independencia recaiga en un perito, la contaminación del caso se restringe a aquellos temas abordados por el perito. Luego, aquellos puntos controvertidos en los que el perito no intervino deberían mantenerse válidos. La anulación, así, podría ser solo parcial.[1142]

2.2.1.3. Oportunidad razonable para presentar una posición

La oportunidad razonable para presentar una posición constituye un elemento esencial para la justicia del resultado; de carácter universal, reconocido en instrumentos internacionales,[1143] leyes (de

---

1138 Phillip Capper *et al., Conflict in the Deliberations: Dealing with Bias and Obstruction*, in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 43, 48 (2014).

1139 Fernando Pérez Lozada, *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality,* 27 Spain Arbitration Rev. 71, 83 (2016).

1140 Ver 4.2.1.2. del capítulo II.

1141 *EDF International S.A. and others v. Argentine Republic*, Caso ICSID ARB/03/23, decisión del comité de anulación de 5 de febrero de 2016, § 135.

1142 Naturalmente, habrá casos en los que los puntos abordados por el perito no pueden separarse de los restantes puntos, pues influyen en toda la controversia. En tales casos, la anulación deberá ser total.

1143 Art. 18 de la LMU; principios 3 y 5 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.

Europa,[1144] Latinoamérica,[1145] etcétera) y reglamentos.[1146] Por ejemplo, sería imposible hablar de un procedimiento arbitral justo si nunca se le dio al demandado la oportunidad de dar su versión de los hechos.

Este principio se manifiesta, en esencia, en cuatro vertientes: (A) la acción, que es la atribución de las partes de presentar reclamos ante árbitros; (B) debida notificación, que se refiere a tener conocimiento del procedimiento; (C) la alegación y defensa, que se refiere a la atribución de argumentar; y (D) la prueba, que es la atribución de las partes para acreditar los hechos invocados.

(A) Subprincipio de acción

(i) Naturaleza

El derecho de acción, entendido en el arbitraje como el derecho a plantear pretensiones, tiene naturaleza contractual. Surge de un consenso de voluntad entre las partes que se plasma en el convenio arbitral.[1147] El convenio arbitral es un contrato, y por lo tanto el iniciar un arbitraje no es más que el ejercicio de un derecho contractual. En términos gráficos, de la misma manera en que uno puede aplicar una penalidad derivada de cláusula penal, uno también puede activar la cláusula arbitral.

Esto se evidencia en las cuestiones de admisibilidad y la naturaleza del arbitraje como un servicio sujeto a costo.

Admisibilidad. El arbitraje permite a las partes establecer requisitos que deberán cumplirse para iniciar el arbitraje; el incumplimiento de estos legitima al tribunal arbitral a no continuar con la tramitación del caso. La demanda se califica como inadmisible. Es decir, existe un convenio arbitral válido, pero aun así hay un impedimento para el desarrollo del arbitraje,[1148] un impedimento que es *legítimo*.[1149]

Arbitraje como un servicio sujeto a costo. Nadie puede pretender obtener un laudo sin pagarle a los árbitros; si no hay pago, el árbitro puede rehusarse a no emitir un laudo de manera legítima.[1150] Aquí entramos al tema de la insolvencia (*impecuniosity*).

La insolvencia se refiere a casos en que una parte carece de recursos para presentar pretensiones en un arbitraje. Naturalmente, tal situación tiene un impacto en el acceso a la justicia (arbitral):

1144 Alemania (§ 1042(1) del ZPO), España (art. 24.1 de la Ley 60/2003), Francia (art. 1492.4 (para arbitraje nacional) y art. 1520.4 (para arbitraje internacional) del *Code de procédure civile*), Inglaterra (art. 33(1)(a) de la *Arbitration Act*).

1145 Chile (art. 18 de la LACI), Colombia (art. 58 (para arbitraje nacional) y art. 91 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1434 del C.Com. de México), Perú (art. 34.2 de la LAP).

1146 R-32(a) del Reglamento de la AAA, art. 22.4 de las Reglas ICC, art. 14.4 del Reglamento de la LCIA, art. 17(1) de las Reglas UNCITRAL.

1147 Jorge Santistevan de Noriega, *Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral,* 37 Ius Et Veritas 38, 49 (2008).

1148 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 82 (2013).

1149 En la práctica, no es inusual que las partes pacten requisitos de admisibilidad. El fenómeno ilustrativo es el de las cláusulas escalonadas (multi-tier arbitration clauses), pues el cumplimiento de los procedimientos previos al arbitraje puede tratarse como una cuestión de admisibilidad (Alexander Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement,* 72 Arbitration 329, 329-338 (2006)).

1150 Diversos reglamentos reconocen esta realidad: R-57 del Reglamento de la AAA, art. 37.6 de las Reglas ICC, art. 24.6 del Reglamento de la LCIA, entre otros.

«impecuniosity entails the confrontation of two essential legal principles: the binding nature of contracts and the respect of fundamental rights in the form of access to justice […]».[1151]

La insolvencia constituye un serio reto para el arbitraje. El convenio arbitral *sustrae* la competencia de las cortes judiciales sobre la controversia. Y si la parte no puede asumir los costos del arbitraje, sus pretensiones no serán atendidas por los árbitros. Así, *podría* decirse que la parte queda en una situación precaria: no tiene manera de obtener justicia.

La solución a estas cuestiones, sin embargo, no pasa por considerar que existe un derecho fundamental de acceso al arbitraje que permite a una parte obtener un laudo aun sin pagar los costos involucrados al arbitraje. La «fuerza de las cosas» es irresistible: los árbitros son remunerados por resolver el caso.[1152] Por lo tanto, forzar a los árbitros a asumir un caso sin contraprestación es impracticable

Puede considerarse que la insolvencia frustra el derecho de acceso a la justicia.[1153] Sin embargo, el remedio no será forzar a los árbitros a llevar el caso.

Naturalmente, no existe una sola posición al respecto. Algunos ordenamientos podrían considerar que, en ciertos casos, el derecho de acceso a la justicia deriva en que los árbitros deban pronunciarse sobre ciertas pretensiones aun cuando no se hayan asumido los costos enlazados a aquellas.

El caso francés *Pirelli* es ilustrativo aquí. Pirelli inició un arbitraje ICC contra Licensing Project (LP); esta última presentó una reconvención, pero no pudo pagar la provisión de costos y por lo tanto la Corte de la ICC estableció que las pretensiones de LP debían entenderse como retiradas (sin perjuicio de que pudiera presentarlas más adelante). El laudo solo resolvió las pretensiones de Pirelli. Ante ello, LP demandó la anulación de laudo, demanda que fue estimada. La *Cour d'appel* de Paris señaló que la decisión atentaba contra el derecho fundamental de acceso a la justicia, reconocido en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.[1154]

Posteriormente, la *Cour de Cassation* anuló la decisión de la *Cour d'appel de Paris* al considerar que aquella debió evaluar si los reclamos del demandante (*demandes principales)* y del demandado-reconveniente (*demandes reconventionnelles*) eran *indissociables* (indisociables).[1155] En caso afirmativo, los árbitros tendrían la obligación de resolver las pretensiones del demandado. Luego, en Francia, ese sería el ámbito del derecho fundamental de acceso a la justicia en el arbitraje.

La *Cour de Cassation* no desarrolló el contenido y alcance de una demanda *indissociable.*[1156] Sin embargo, es razonable considerar que las demandas indisociables se producen cuando el evaluar la demanda principal significa también abordar las cuestiones planteadas en la demanda

---

1151 Detlev Kühner, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany,* 31(6) J. of Int'l Arbitration 807, 807 (2014).

1152 François Xavier Train, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli),* 2012(2) Revue de l'Arbitrage 267, 280-81 (2012).

1153 Portugal, Tribunal Constitucional, caso 311/2008, decisión de 30 de mayo de 2008; Gerhard Wagner, *Impecunious Parties and Arbitration Agreements,* 1(5) SchiedsVZ 206, 211-13 (2003); Juan Pablo Moyano, *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement,* 34(4) J. of Int'l Arbitration 631, 638 (2017).

1154 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 17 de noviembre de 2011 (Resumen en 30(2) ASA Bull. 459 (2012)).

1155 *Cour de Cassation*, caso 11-27770, decisión de 28 de marzo de 2013.

1156 Jean-Baptiste Meyrier, *Note: Société Pirelli & Cie Spa v. Société Licensing Projects et autres, Supreme Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Arrêt no 392 FS-P+B+I, pourvoi no N 11-27.770, 28 March 2013,* 19 Spain Arbitration Rev. 119, 124 (2014).

reconvencional.[1157] Por ejemplo, una parte solicita la resolución del contrato y la otra pide que se declare que el contrato está vigente.

A nuestro juicio, «disociable» o «indisociable», parece injusto obligar a los árbitros a resolver pretensiones para las que no han recibido un pago. Incluso si estas pretensiones, por ser «indisociables», no representan un esfuerzo adicional excesivo para el árbitro —pues las cuestiones de la demanda principal y de la demanda reconvencional serán muy cercanas—, igual se produce, en sustancia, una afectación al derecho humano de libertad de los árbitros. Por lo tanto, la insolvencia no deriva en que exista un derecho fundamental de acceso a la justicia arbitral sin asumir los costos propios de un arbitraje.

(ii) Núcleo fundamental

Pese a que el derecho de acción —en el arbitraje— es de naturaleza contractual, sí cuenta con un núcleo fundamental indisponible, que integra el debido proceso arbitral. Este consiste en que la parte no sufra coacción, intimidación u otras tácticas indebidas de presión que pudieran incidir en su libertad para presentar pretensiones. Estos hechos indebidos, por cierto, pueden provenir de la contraparte, terceros o incluso de un Estado.

Naturalmente, los requisitos derivados del acuerdo de las partes (por ejemplo, cuestiones de admisibilidad) o de la naturaleza del rol de los árbitros —labor que se hace a cambio de honorarios— no podrían calificar como obstáculos arbitrarios. Los impedimentos u obstáculos arbitrarios son aquellos que carecen, precisamente, de justificación.

Pero los impedimentos u obstáculos arbitrarios no se limitan a supuestos de presión indebida. Existen también casos de impedimentos generados por los árbitros o la institución a cargo del caso.

En principio, los árbitros y las instituciones tienen la libertad de rechazar un encargo. Esa libertad, si bien amplia, no es absoluta. Dicha libertad deberá ceder en algunos casos de afectación grave a otros valores fundamentales, como el de igualdad.

Precisamente, bajo el principio de igualdad, las personas deben ser tratadas de manera equitativa. En el marco del derecho de acción, ambas partes deben recibir el mismo trato en cuanto a la presentación de sus pretensiones. Así, se transgrede el derecho de acción cuando una parte no puede ejercerlo pese a que la contraparte sí pudo hacerlo.

Si una parte inicia un arbitraje y un tribunal arbitral se conforma para resolver las pretensiones planteadas por aquella, dicho tribunal arbitral deberá también atender las pretensiones que pudiera plantear el demandado —siempre que esta cumpla con todo lo necesario para ello—. Si el tribunal arbitral rechaza *arbitrariamente* tramitar las pretensiones del demandado-reconveniente, se transgrede el núcleo fundamental del derecho de acción.

De igual forma, si una parte inicia un arbitraje institucional para disputas derivadas de un contrato X, y luego de concluido dicho arbitraje la contraparte desea iniciar un nuevo arbitraje —pensemos en un contrato base de larga duración—, la institución que conoció el primer arbitraje no podrá rehusar arbitrariamente atender la petición de este segundo arbitraje. Rechazar administrar el caso sin justificación atentaría contra el núcleo fundamental del derecho de acción.

1157 Carine Dupeyron & Marco Barradas, *Note: Société Projet Pilote Garoubé v. Chambre de commerce internationale, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Arrêt n.º 1289 FS-P+b, pourvoi n.º m 16-22 131, 13 December 2017*, 33 Spain Arbitration Rev. 133, 145 (2018).

En síntesis, existe un núcleo fundamental del derecho de acción, que integra el debido proceso arbitral. Este se dirige a proteger a las partes frente a obstáculos o impedimentos arbitrarios que afecten el ejercicio de dicho derecho.

(B) Subprincipio de debida notificación

(i) Definición

El principio de no juzgar a nadie sin que este lo sepa tiene un reconocimiento que pronto alcanzará los mil años. Ya desde la *Magna Carta* de 1215 se reconocía tal principio.[1158] La proscripción del *trial in absentia* deriva, consecuentemente, en la debida notificación a los sujetos involucrados en el proceso.[1159]

Bajo el principio de debida notificación del caso, todo sujeto que forme parte del arbitraje debe ser informado sobre la existencia y transcurso del procedimiento arbitral. En otras palabras, es imperativo que las partes puedan estar al tanto sobre lo que sucede en el procedimiento arbitral.

El subprincipio de debida notificación es una manifestación específica del principio de igualdad y un presupuesto necesario para hacer efectivos el subprincipio de alegación y defensa y el subprincipio de prueba.

El principio de la igualdad hace que las partes deban estar en condiciones equitativas. Por lo tanto, de entrada, es indispensable que ambas partes tengan conocimiento del arbitraje. A su vez, el principio de debida notificación del caso es un presupuesto para hacer valer los subprincipios de alegación y defensa, y prueba. Nadie puede defenderse si no sabe que está siendo atacado. En otras palabras, este subprincipio «stands anterior to the equally important principle of *audi alteram partem*».[1160]

(ii) Contenido

En esencia, este principio cubre dos aspectos centrales: informar sobre la existencia y sobre el desarrollo del arbitraje.

[a] Existencia del arbitraje

Bajo el principio de igualdad, es necesario que todas las partes sepan de la existencia del arbitraje. Ahora bien, claramente el demandante tendrá conocimiento automático de tal hecho, pues fue aquel quien lo inició. No sucede lo mismo para los demandados. Luego, el principio de debida notificación aterriza en una regla específica: si un demandante inicia el arbitraje, ello deberá ser *comunicado* a la parte demandada. Al respecto, los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil

---

1158 Cláusula 39 («No free man shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land»). Posteriormente, el *chapter 3* de la *Liberty of Subject Act* de 1354 señaló que «no Man of what Estate or Condition that he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to Death, without being brought in Answer by due Process of the Law».

1159 Ahora bien, los fundamentos de la proscripción del *trial in absentia* no son idénticos a los del principio de debida notificación en el arbitraje. Aquella figura surge como un medio de limitación del poder estatal, pues el *due process* del *common law* constituyó desde su origen en un esquema restrictivo a los poderes estatales para afectar la vida, la libertad o la propiedad de los ciudadanos (Edward J. Eberle, *Procedural due process: The original understanding,* 4(2) *Constitutional Commentary* 339, 339 (1987)). La debida notificación en el arbitraje, claramente, nada tiene que ver con limitaciones al poder estatal.

1160 Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* 160 (2017).

transnacional resultan ilustrativos: «[a]t the commencement of a proceeding, notice, provided by means that are reasonably likely to be effective, should be directed to parties other than the plaintiff».[1161]

En específico, el principio significa informar a los demandados que el arbitraje se inició, pero no se limita a eso. Es necesario dar los datos suficientes para identificar el caso y el procedimiento para intervenir en aquel. En efecto, el principio de debida notificación puede entenderse como una «invitation to a rational dialogue», para lo cual es necesario que el notificado pueda entablar comunicación.[1162] En ese sentido, la comunicación debería permitir a la parte conocer:

- Que un arbitraje se ha iniciado. La comunicación debe ser clara en cuanto a que el arbitraje existe. No calificará de debida notificación aquella comunicación que permita suponer que aun no se ha iniciado el arbitraje (p. ej. una carta por la que se comunica la intención de una parte de iniciar un arbitraje contra la otra en caso esta no cumpla con cierta obligación).

- Los datos suficientes para identificarlo. Una llamada telefónica en la que se le diga al demandado «han iniciado un arbitraje contra ti» no califica como debida notificación. Es necesario que el notificado reciba la información suficiente para ubicar de forma individual a dicho arbitraje.

- El procedimiento para intervenir en aquel, siempre que dicha información no estuviese ya disponible. Según los Principios UNIDROIT del proceso civil transnacional, diseñado para el proceso judicial, la parte emplazada «should be informed of the procedure for response».[1163]

  En el arbitraje, este principio debe ser más flexible, pues si dicha información era accesible desde antes de la notificación, esta no deberá necesariamente contenerla. En el escenario contrario, una notificación que no informe al notificado sobre el procedimiento para responder no calificará como debida notificación.

  Por ejemplo, si el convenio arbitral estipulase que el arbitraje es institucional, el demandado podrá remitirse al reglamento aplicable o contactar directamente con la institución para saber cómo responder.

Ahora bien, es razonable sostener que la notificación debería incluir datos adicionales, tal y como un resumen de la posición del demandante y una relación de las pretensiones que plantea. En efecto, esa información debe ser accesible al notificado; sin embargo, ello podría darse en una notificación posterior. Además, si la notificación cuenta con los elementos reseñados anteriormente, la parte podrá intervenir en el caso y por tanto acceder a toda la información del mismo.

[b] Desarrollo del arbitraje

Según expusimos antes, el principio de igualdad deriva en la unidad de información.[1164] Las partes contar con acceso al mismo (único) expediente del caso. Asimismo, será necesario que las partes

1161 Principio 5.1 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.

1162 Jens Hillebrand Pohl, *The Right to Be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard - Due Process, Transparency and the Rule of Law,* 6 CERiM Online Paper 1, 9 (2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192858

1163 Principio 5.1 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.

1164 Ver 2.2.1.1.(B)(III).

sean avisadas sobre la realización de las actuaciones, a efectos de que aquellas puedan hacer valer sus derechos. En específico, esto significa que:

- Toda decisión arbitral deberá ser avisada a las partes para que estas puedan definir qué acciones toman contra ella. De nada serviría que una parte pueda de forma posterior tomar conocimiento de una decisión concreta cuando esta ya es firme. Aquí se evidencia que el principio de debida notificación es un presupuesto necesario para el principio de defensa.

  Toda actuación material de las partes debe ser puesta a conocimiento de las demás. Así, el artículo 24(3) de la LMU señala que «[d]e todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte». La norma citada es una disposición dirigida a garantizar la «equidad, objetividad e imparcialidad».[1165]

  El fundamento de esto ya fue expuesto anteriormente: la proscripción de comunicaciones *ex parte,* que están absolutamente prohibidas al menos en cuestiones de fondo. Así, como ejemplo, una corte alemana denegó la ejecución de un laudo puesto que una parte había presentado una carta al tribunal arbitral y este no informó a la contraparte al respecto.[1166]

Ahora bien, en algunos casos el aviso deberá cumplir con un mínimo de anticipación en relación con la fecha efectiva de las actuaciones. Es decir, el principio de debida notificación también involucra, en ciertos casos, otorgar un plazo. Dicho plazo puede resultar necesario para garantizar los principios de equidad y defensa.

En general, ello aplica para actuaciones presenciales. Así, el artículo 24(2) de la LMU precisa que «[d]eberá 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».

La notificación de una audiencia tiene una conexión directa con el derecho de una parte a presentar su caso y su objetivo es garantizar un mínimo de «protección procedimental».[1167] Veamos esto mediante un caso hipotético. Si las partes son informadas de que la audiencia será realizada dentro de cinco días, ello podría afectar el trato igualitario —incluso si las partes fueron informadas en la misma fecha—, pues una parte que radicase en la sede del arbitraje podría igual lograr acudir, mientras que la parte establecida en otro país podría no llegar a hacerlo. El principio de defensa también podría afectarse, pues las partes podría no tener el tiempo suficiente para preparase adecuadamente.

Para finalizar, las notificaciones no tienen que seguir un *canal* específico, lo importante es que la misma se realice.[1168] Así, escapa al debido proceso arbitral el canal específico de comunicación que se emplee. Naturalmente, la notificación debería estar registrada por escrito, pues lo contrario podría generar problemas en cuanto a su validez formal.[1169]

1165 UNCITRAL, *Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*, § 33.

1166 *Oberlandesgericht* (Corte regional de apelaciones) de Hamburgo, decisión de 3 de abril de 1975 (Resumen en 2 Y'book Commercial Arbitration 241 (1977)).

1167 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 111-12 (2012).

1168 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 947 (4th ed. 2014).

1169 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2213 (2d ed. 2014).

(iii) Límites

Bajo el principio de notificación, la justicia procedimental del arbitraje está sujeta a que los sujetos involucrados en el mismo sean informados sobre el procedimiento. Dicho núcleo, claramente, no puede ser objeto de limitación alguna. En esa línea, las decisiones *finales* resultarán inválidas, ilegítimas y transgresoras del debido proceso en caso el afectado con la decisión no haya tenido noticia del propio inicio del procedimiento que derivó en aquella.

Fuera de ello, el mismo parece flexibilizarse un poco en cuanto al momento de la notificación para las decisiones que son de naturaleza transitoria. En efecto, el requerimiento de notificación «does not mean that all decisions taken prior to due notice […] are void *ab initio*».[1170] Este es el caso de las medidas cautelares, las que se adoptan *inaudita altera pars* a nivel judicial en muchos ordenamientos nacionales.

El tema es objeto de debate en el arbitraje.[1171] Sin embargo, precisamente porque es objeto de debate parece razonable considerar que la emisión de una medida provisional *ex parte* —término empleado en el *common law*— no necesariamente vulnera el debido proceso arbitral. En nuestra opinión, las decisiones provisionales *ex parte* no implican que la parte afectada no sea escuchada, sino que ejercerá su defensa luego de la adopción de la medida; de ahí que estas decisiones no lesionan los principios de igualdad y defensa.[1172]

(C) Subprincipio de alegación y defensa

(i) Definición y alcance

El principio de oportunidad razonable para presentar una posición implica, lógicamente, que las partes puedan alegar y refutar. Este subprincipio de alegación y defensa significa otorgar a las partes un espacio y tiempo para que puedan presentar su posición sobre el caso y para que puedan refutar la posición de la contraparte.

Ahora bien, las partes tienen derecho a alegar y refutar tanto sobre el fondo de la controversia como sobre cuestiones formales. En esa línea, la oportunidad de alegar y de defenderse no puede descartarse *ex ante* para cualquier actuación o etapa del procedimiento; puede cubrir cuestiones de admisibilidad, competencia, fondo de la controversia, y cualquier otra enlazada al procedimiento arbitral.

(ii) Contenido

El subprincipio de alegación y defensa se conforma por dos bloques centrales: el derecho de las partes a alegar y defenderse; y el deber de los árbitros de escuchar a las partes.

1170 Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* 163 (2017).

1171 Por un lado, la LMU regula la figura de «órdenes preliminares», las que —salvo pacto en contrario— son solicitadas y resueltas sin escuchar a la otra parte (artículo 17B). Ahora bien, estas órdenes constituyen una versión «descafeinada» de la medida provisional (María del Pilar Perales Viscasillas, *Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York,* 1(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 363, 385 (2008)). Por contraste, los Reglamentos de ICC (artículos 28 y 29), AAA (artículos R-37 y R-38) y LCIA (artículo 25) hacen prevalecer la regla general de escuchar a la otra parte antes de emitir la medida provisional. Similar lógica sigue la mayoría de ordenamientos nacionales de arbitraje (Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 5.33, 316 (6th ed. 2015)).

1172 Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 23 [Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 415, 427 (2014).

[a] Derecho a alegar y defenderse

El derecho de alegación y defensa tiene dos expresiones principales: por un lado, alegar, que en esencia significa presentar argumentos; y por el otro, pronunciarse sobre las incidencias acaecidas durante el arbitraje. Esta división ya se ha ensayado anteriormente:

> The details of mandatory public policy requirements concerning the arbitral hearing and related procedures […]. They lay down that each party's right to present its case and to discuss the position of the other party must be respected […] these two requirements are not identical, since the first implies that every party must have the opportunity to develop fully its claims and arguments in defence, whilst the second ordains that no question shall be decided by the arbitrator until each party has been afforded the opportunity of discussing it.[1173]

La oportunidad para alegar se refiere a la construcción de la posición. Es decir, la elaboración y presentación de un esquema argumentativo que reúne hechos —que pueden sustentarse en pruebas— y derecho, dirigido a sustentar que la demanda es admisible, procedente o fundada, o lo contrario.

La oportunidad para pronunciarse sobre las incidencias deriva del principio de contradicción, esto es, del aforismo *auditur et altera pars* (escuchar a la otra parte). En simple, si una parte dice algo, debe existir una ventana para que la otra pueda absolver lo dicho por la primera. Pero esto no se restringe a que una parte pueda absolver lo expresado por la otra. Es aplicable también al universo general de decisiones arbitrales. Antes de resolver una cuestión, los árbitros deben escuchar a las partes.

Naturalmente, ninguna de estas expresiones es absoluta —ningún principio es absoluto—. No todas las decisiones arbitrales requerirán que antes de su emisión se otorgue una oportunidad a las partes para pronunciarse. Por ejemplo, ciertas incidencias sin relevancia material (temas logísticos, organizacionales, etcétera) podrían decidirse o realizarse sin escuchar a las partes.

Ahora bien, este subprincipio significa dar un espacio y tiempo adecuado para que las partes puedan desplegar aquellas actividades necesarias para presentar su caso. Es decir, el principio de oportunidad razonable se expresa en un *plazo razonable*. Por ejemplo, parece inconcebible pensar que un tribunal arbitral otorgue un plazo de un día para presentar la demanda.

¿Cuál debe ser la extensión del plazo razonable? Fuera de garantizar a las partes una oportunidad *real* para actuar, no parece que exista alguna otra pauta general. Sin embargo, la jurisprudencia a nivel internacional parece ser uniforme en que los plazos pueden ser menores que los plazos que aplican a procesos judiciales.[1174-1175]

En esa línea, la oportunidad razonable para presentar una posición incluye el hecho de que las partes puedan diseñar su defensa sin interferencias. En el proceso judicial, esto es más evidente dada la necesidad de evitar que el Estado intimide a alguna de las partes. Sin embargo, este aspecto también es aplicable al arbitraje. En *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey,* un tribunal

---

1173 Berthold Goldman, *The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective,* in *60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future* 257, 267 (1984).

1174 Stephen M. Schwebel & Susan G. Lahne, *Public policy and arbitral procedure,* in P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* 205, 219 (1987).

1175 El tema se puede complicar con la regulación convencional de las partes. Estas podrían establecer plazos reducidísimos; sin embargo, consideramos que si las partes optaron por dichos plazos, ningún tercero tiene la atribución de considerarlos irrazonables. Las partes, así, pueden tener un rol central en la determinación de si un plazo es razonable.

arbitral reconoció ello en el marco de actitudes intimidatorias contra la defensa legal de una parte.[1176]

Finalmente, no hay un medio específico para las alegaciones. Así, la audiencia no es una etapa imperativa para el debido proceso arbitral. Esto significa que el derecho a pedir audiencia no es indisponible. Pese a que la audiencia puede ser muy importante para asegurar un resultado justo,[1177] diversas leyes[1178] y reglamentos[1179] denotan que las partes podrían diseñar un procedimiento que excluya a las audiencias.

[b] Deber de escuchar a las partes

El debido proceso arbitral deriva para los árbitros en el deber de *escuchar* a las partes. Es decir, los árbitros deben prestar atención y examinar los argumentos que las partes presenten.[1180] Precisamente, este deber puede desglosarse en dos partes.

Primero, los árbitros deben prestar efectiva atención a las partes. De entrada, ello deriva en la necesidad de una ventana o un medio que permita la *comunicación* de las partes hacia los árbitros. Sobre tal plataforma, los árbitros deben recibir todo lo que las partes quieran comunicar. En términos simples: los árbitros deben revisar los memoriales presentados por las partes y deben oírlas en las audiencias.

En efecto, de nada serviría que las partes tengan una ventana para alegar si los árbitros no van a atender a lo expuesto por aquellas. Así, «where […] the arbitrator admits to not receiving or reviewing the submissions of one of the parties and thereafter ignores pertinent arguments made in those submissions, the subsequent award will generally be unenforceable, as a violation of due process and fundamental fairness».[1181]

En esa línea, en audiencias, los árbitros deben seguir a las partes en todo momento durante la presentación de estas. Lo contrario implicaría un atentado contra el debido proceso arbitral. Un caso ilustrativo es el del árbitro que se queda dormido durante una audiencia. Dicha actitud devela que el árbitro no ha prestado atención a los argumentos vertidos.[1182]

1176 Caso ICSID ARB/06/8, laudo del 23 de junio de 2008, §78.

1177 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 683 (1989).

1178 La LMU permite a las partes excluir audiencias (art. 24(1)). En Europa, esto también está aceptado en Alemania (§ 1047(1) del ZPO) y España (art. 30.1 de la Ley 60/2003). En Inglaterra, el art. 34(2)(h) de la *Arbitration Act* permite a los árbitros definir si habrá audiencias. Por contraste, en Francia, la respuesta no es clara, pues se considera a la luz de los *principes directeurs du procès* el pedido de audiencia no puede ser negado (Yves Derains & & Laurence Kiffer, *National Report for France (2013 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 46 (Supplement 99, 2018)).
En Latinoamérica, el esquema de la LMU es seguido en Chile (art. 24(1) de la LACI), Colombia (art. 97 de la Ley 1563/2012), México (art. 1440 del C.Com.), Perú (art. 42.1 de la LAP).

1179 Art. 20(2) de las Reglas ICC, art. 19.1 del Reglamento de la LCIA.

1180 Jens Hillebrand Pohl, *The Right to Be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard - Due Process, Transparency and the Rule of Law,* 6 CERiM Online Paper 1, 11 (2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192858

1181 Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* 179 (2017).

1182 La jurisprudencia alemana recoge un caso de este tipo (Alemania, *Oberlandesgericht* (Corte regional de apelaciones) Karlsruhe, sentencia de 4 de enero de 2012 (Resumen en 38 Y'book Commercial Arbitration 379 (2013)). Sin embargo, en el glosado caso la demanda judicial se desestimó porque no hubo objeción durante el arbitraje.
Vale notar que la severidad del caso se reduce si es que existe un registro (transcripción, grabación de audio o grabación audiovisual) de la audiencia.

Segundo, los árbitros deben *analizar*. No basta con escuchar, el razonamiento de los árbitros para resolver el caso debe considerar los argumentos vertidos por las partes. En efecto, el principio de oportunidad razonable para presentar una posición no se puede materializar si es que los árbitros no asignan un valor —sea cual sea este— a las posiciones de las partes.

Ahora bien, observemos que el deber de analizar tiene una naturaleza esencialmente «cognitiva», se trata de un procedimiento que se da en la mente del árbitro. En efecto:

- Si el árbitro es único, el análisis y decisión sobre la controversia constituye una operación mental «pura». El árbitro reflexiona sobre el caso y su juicio lo lleva a una decisión.

- Si existe un tribunal arbitral, el análisis y decisión sobre la controversia involucrará una etapa de *deliberación*: discusión entre los árbitros sobre la resolución del caso.[1183] Sin embargo, pese a tal dinámica, el razonamiento de cada árbitro es una cuestión interna; cada árbitro es dueño de su postura.

En ese sentido, la verificación de infracciones al deber de *analizar* las posiciones de las partes es en extremo difícil. Un árbitro puede acudir a la audiencia y escuchar atentamente a las partes durante cada segundo de exposición; sin embargo, al día siguiente podría resolver el caso sin asignar importancia alguna a los argumentos de las partes. *El árbitro podría lanzar una moneda al aire y con ello decidir si estima o desestima la demanda*; y nadie podría siquiera sospechar ello.

Así, la verificación de transgresiones al deber de analizar los argumentos de las partes (y el caso en general) requerirá de algún componente objetivo.

- Si el tribunal arbitral es colegiado, las deliberaciones podrían evidenciar que un árbitro no ha estudiado realmente el caso. Sin embargo, dado que las deliberaciones son confidenciales, las partes no tendrán conocimiento de estas anomalías.

- Sea un árbitro único o un tribunal arbitral, la motivación del laudo es un medio para verificar que el árbitro haya atendido los argumentos de las partes. Sin embargo, el control judicial de la motivación viola la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo de la controversia. Este tema es evaluado más abajo.[1184]

Para finalizar, este subprincipio —en realidad, todo el principio de oportunidad razonable para presentar una posición— debe respetar la igualdad entre las partes. Acaece aquí el concepto de *igualdad de armas:* ambas partes deben contar con las mismas oportunidades para defenderse.

(D) Subprincipio de prueba

Un aspecto central de la oportunidad razonable para presentar una posición es la prueba. La determinación de los hechos acaecidos pasa por que existan elementos que respalden tal determinación. Las partes deben contar con un espacio para intentar acreditar (o desacreditar) los hechos alegados.

Aquí, son dos los temas centrales a evaluar: (i) el esquema de ofrecimiento, admisión, y valoración de medios probatorios; y (ii) el estándar y carga de la prueba.

1183 Ver 4.2.2.1.(C).
1184 Ver 2.2.2.2. y 4.2.3.

(i) Ofrecimiento, admisión y valoración de pruebas

En la práctica arbitral internacional, las reglas de prueba son bastante generales.[1185] Leyes[1186] y reglamentos[1187] suelen conceder un amplio margen de discrecionalidad para que los árbitros (o las partes) establezcan un esquema de reglas específico para el caso concreto. Más aun, las tradiciones de derecho civil y *common law* manejan dinámicas distintas, y aun dentro de estas cada país suele manejar reglas locales particulares.[1188] Ello deriva en un escenario arbitral con un abanico variado de prácticas sobre prueba.

Sin embargo, el esquema probatorio establecido debe siempre respetar los principios de igualdad y de oportunidad adecuada para presentar una posición.[1189] Los temas probatorios no son ajenos a las disposiciones sobre justicia procedimental. En este contexto específico, el debido proceso arbitral involucra una oportunidad razonable *para probar*.

Naturalmente, la oportunidad razonable para probar, como parte del debido proceso arbitral, se limita a establecer cierto esquema *mínimo* que asegure el respeto a los ya mencionados principios de igualdad y de oportunidad razonable para presentar una posición. En líneas generales, ese mínimo se manifiesta en las etapas de ofrecimiento, admisión, y valoración de medios probatorios.

[a] Ofrecimiento de medios probatorios

Si los hechos se respaldan mediante pruebas, es lógico que las partes tengan un derecho a presentar medios probatorios que sustenten su posición. En ese sentido, el debido proceso arbitral requiere la existencia de dicho derecho. Luego, la denegatoria de dicho derecho afectaría el mismo.[1190-1191]

[b] Admisión de medios probatorios

Para que el derecho a ofrecer medios probatorios no sea ilusorio, es necesario que estos puedan ser aceptados. La práctica usual pasa por admitir virtualmente todos los medios probatorios presentados.[1192] Sin embargo, el debido proceso arbitral no significa que los árbitros carezcan de autoridad para determinar si admiten o no la prueba.[1193]

En primer lugar, puede haber restricciones en las clases de los medios probatorios que se admiten. Las partes, o los árbitros —cuando las partes los autoricen— pueden excluir categorías enteras de medios probatorios. Por ejemplo, las partes podrían excluir, en el convenio arbitral, que la inspección del predio (por los árbitros) pueda ser un medio probatorio. Esto no colisiona con el

---

1185 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 22-5, 554 (2003).

1186 LMU (art. 19), España (art. 25.2 de la Ley 60/2003), Francia (art. 1467 del *Code de procédure civile*), Inglatierra (art. 34(1) de la *Arbitration Act*), Chile (art. 19 de la LACI), Colombia (arts. 92 y 97 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1435 del C.Com.), Perú (art. 43 de la LAP).

1187 Reglas UNCITRAL (art. 27(4)), Reglas ICC (art. 25(1))*, Reglamento de la LCIA (art. 22.1(vi)).
* La libertad se desprende claramente de una lectura a la versión en inglés («The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means»). La versión en español tiene una redacción más problemática, pues dice que «El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados».

1188 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 6.78, 376 (6th ed. 2015).

1189 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* 751 (2012).

1190 Fernando Mantilla-Serrano, *Towards a Transnational Procedural Public Policy,* 20(4) Arbitration Int'l 333, 339 (2004).

1191 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las partes diseñan el procedimiento y estas podrían fijar ventanas pequeñas para ofrecer pruebas; lo importante, en cualquier caso, es que sí exista un momento para que las partes puedan efectivamente presentar pruebas.

1192 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 22-29, 561 (2003).

1193 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* 793 (2012).

debido proceso: «the parties should be free to decide how they wish to prove their case, i. e. by what means».[1194]

La atribución de los árbitros para excluir clases de medios probatorios se deriva de sus, por regla general, amplias atribuciones sobre cuestiones probatorias. Por ejemplos, el artículo 25(3) de las Reglas ICC establece que el tribunal arbitral *podrá* decidir si escucha a testigos, peritos o a cualquier otra persona (el tribunal arbitral tiene la atribución de escucharlos, pero no la obligación);[1195] el artículo 34(2)(h) de la *Arbitration Act* permite a los árbitros definir si habrá evidencia oral y/o escrita.

En segundo lugar, los árbitros pueden rechazar específicos medios probatorios ofrecidos por las partes. Sin embargo, para respetar el debido proceso arbitral, dicho rechazo no puede ser *arbitrario*. La no aceptación de un medio probatorio debe estar justificada.

La arbitrariedad en sí misma constituye una afectación al principio de oportunidad razonable para presentar una posición, y a la vez puede significar una afectación al principio de igualdad.[1196] Por ejemplo, si ambas partes solicitan que la otra exhiba ciertos documentos similares y con igual grado de pertinencia para el caso, y el tribunal arbitral acepta la solicitud de una parte y rechaza la de la otra, podría haber una afectación al principio de igualdad.[1197]

Existen motivos para rechazar medios probatorios que podrían calificar como comunes para cualquier ordenamiento jurídico. Cuestiones como la legalidad de la prueba,[1198] el privilegio abogado-cliente, el secreto industrial o gubernamental tienen, en mayor o menor medida, presencia a nivel global.

Es aquí que la diferencia en la práctica de prueba entre las tradiciones de *common law* y de derecho civil cobra protagonismo. Las cortes de *common law* y derecho civil tienen diferentes perspectivas en cuanto a la violación del concepto de oportunidad razonable para probar.[1199] En particular, la dinámica de exhibición de documentos devela discrepancias en cuanto a la amplitud de los poderes de los árbitros para rechazar la admisión de pruebas.

Bajo la tradición del *common law*,[1200] la exhibición de documentos puede constituir un procedimiento largo y costoso. Es usual que solicitudes de categorías enteras de documentación sean admitidas y el tribunal arbitral ordene a la contraparte la exhibición de ingentes cantidades de documentos. La oposición a la exhibición puede fundarse en distintos fundamentos,[1201] las que pueden incluir criterios de utilidad o necesidad de la prueba,[1202] pero no parece que estos tengan un rol preponderante al momento de filtrar las solicitudes de exhibición.[1203]

1194 Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice* 559 (2001).

1195 Yves Derains & Erick A. Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration* 275 (2005).

1196 Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* 186 (2015).

1197 El ejemplo se deriva de un caso suizo en el que ambas partes pidieron que la otra exhiba ciertos contratos de similar naturaleza celebrados con terceros. Los árbitros admitieron la solicitud de una pero rechazaron la solicitud de la otra. En el caso, la judicatura suiza declaró que no se afectaba el principio de igualdad pues los requerimientos respondían a razones distintas (Suiza, *Zivilabteilung*, decisión de 10 de diciembre de 2002 (Resumen en 21(3) ASA Bull. 585 (2003))).

1198 Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* 197 (2010).

1199 Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* 186 (2015).

1200 En particular, bajo la práctica estadounidense sobre prueba.

1201 Por ejemplo, ver las Reglas IBA (art. 9.2).

1202 Art. 9.2(a) de las Reglas IBA.

1203 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* 858 (2012).

La tradición de derecho civil no concibe a la exhibición de documentos como una etapa central o necesaria para el procedimiento de resolución de disputas. La solicitud de exhibición de documentos tiene un ámbito de aplicación reducido.[1204] Además, el pedido suele recaer sobre documentos *específicos* (no sobre categorías), siempre que existan y se colija válidamente que la otra parte los tiene.[1205]

Definitivamente, la exhibición de documentos —si es que está permitida— en un país de derecho civil tiene un alcance más reducido. Las Reglas de Praga son ilustrativas en este aspecto: desincentivan la exhibición de documentos,[1206] y establecen que la exhibición podrá ordenarse cuando, entre otras cosas, los árbitros consideren que tales documentos son determinantes para el caso.[1207] Bajo las Reglas de Praga, los árbitros deben convencerse de que la exhibición es *estrictamente necesaria*.[1208]

En resumen, la afectación a este principio se produce cuando un medio probatorio es rechazado de manera *arbitraria* —arbitrariedad que también puede significar una afectación al principio de igualdad—. *Per se,* rechazar un medio probatorio no significa automáticamente una afectación al debido proceso. El margen de discrecionalidad y los motivos para rechazar el ofrecimiento de un medio probatorio variarán según el acuerdo de las partes, la concepción que tengan los árbitros en cuanto a la práctica de pruebas y la noción de debido proceso que se maneje en la sede.

[c] Valoración de medios probatorios

La prueba debe ser *valorada*.[1209] Para que aquella cumpla su fin, es necesario que el árbitro la analice al momento de determinar los hechos. En *Kingdom of Spain v. Lenzing AG,* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que los jueces deben «verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados», y además «comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos».[1210]

Dicho esquema es aplicable al arbitraje. La labor del árbitro, en este punto, es coincidente con la del juez. El árbitro también debe hacer un análisis crítico de la prueba y sobre la base de esta hacer un juicio sobre los hechos acaecidos en el caso concreto.

(ii) Carga y estándar de la prueba

El debido proceso arbitral también recae sobre los esquemas de carga de prueba y estándar de prueba.

1204 C. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa & Nathaniel Jedrey, *Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond* 62 (2016).

1205 Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice* 675 (2001).

1206 Art. 4.2.

1207 Art. 4.5.

1208 Mario Reggiardo & Eduardo Dibós, *Las Reglas de Praga no son tan malas como parecen,* 10 Forseti 7, 14 (2019).

1209 Esto incluye la *actuación* (término usado en Perú) y el *desahogo* (término usado en México) de pruebas. Según la naturaleza del medio probatorio, el análisis del mismo podría requerir de actuaciones previas relevantes (su actuación/desahogo). Por ejemplo, si un medio probatorio es una inspección, los árbitros podrían tener que apersonarse al objeto a ser inspeccionado para poder, posteriormente, asignarle un valor a dicha prueba.

1210 *Kingdom of Spain v. Lenzing AG*, caso C-525/04, decisión de 22 de noviembre de 2007, § 57; entre otras.

[a] Carga de la prueba

El debido proceso arbitral hace que la carga de la prueba deba estar distribuida de manera proporcional. En ese sentido, la pauta de *ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio* (la carga de la prueba recae en quien afirma el hecho, no en quien lo niega), adoptada de manera generalizada en el arbitraje,[1211] otorga un trato equitativo a las partes.

Sin embargo, dicho esquema puede variar debido a la ley, al pacto de las partes o a la decisión de los árbitros.

- La ley. Las normas aplicables[1212] pueden establecer reglas específicas de carga de la prueba. Esto puede darse a través de presunciones, pues a través de estas la carga de la prueba se traslada de una parte a otra.[1213]

  Las presunciones legales no deberían afectar el debido proceso arbitral. En cualquier caso, los árbitros deberían interpretar las presunciones legales establecidas de forma tal que estas no generen un desbalance intolerable entre las posiciones de las partes.[1214]

- Las partes pueden pactar esquemas específicos de carga de la prueba.[1215] Esto podría derivarse de:

  - Una estipulación sobre las reglas del procedimiento arbitral.

  - Los términos del contrato base. La carga de la prueba puede verse modificada por la manera en que los derechos sustantivos se diseñan.[1216] Por ejemplo, un contrato de compra de bienes que establezca que en caso el comprador no otorgue conformidad a los bienes, este no deberá acreditar ello, sino que el vendedor deberá probar que los bienes resultaban conformes.[1217]

  La existencia de un acuerdo expreso entre las partes hace virtualmente inviable sostener que el esquema de carga de la prueba atenta contra el debido proceso arbitral. Más aun, variar el esquema de carga de la prueba adoptado por las partes significaría un atentado contra el principio de *pacta sunt servanda*.[1218] Por ello, consideramos que el

---

1211 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 6.84, 378 (6th ed. 2015).

1212 Existe una discusión sobre qué ley es la aplicable en cuestiones de carga y estándar de prueba. Ello debido al debate sobre si estas cuestiones son procedimentales o sustantivas (Karl-Heinz Böckstiegel, *Presenting Evidence in International Arbitration,* 16(1) Foreign Investment L. J. 1, 3 (2001)). Este trabajo no requiere abordar tal tema en tanto estamos ensayando aquí el contenido del debido proceso arbitral *transnacional*, por lo que sea cual sea la norma aplicable, dicho contenido será el mismo.

1213 Karl-Heinz Böckstiegel, *Presenting Evidence in International Arbitration,* 16(1) Foreign Investment L. J. 1, 3 (2001).

1214 Más aun, si consideramos que las disposiciones sobre carga de la prueba son sustantivas y no procedimentales, el árbitro puede alejarse de lo establecido en la ley, pues los cuestionamientos al laudo no pueden fundarse en error en la aplicación de las normas (Mateus Aimoré Carreteiro, *Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability*, 49 Revista Brasileira de Arbitragem 82, 103 (2016)).

1215 Mateus Aimoré Carreteiro, *Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability*, 49 Revista Brasileira de Arbitragem 82, 101 (2016).

1216 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* 764 (2012).

1217 Mateus Aimoré Carreteiro, *Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability*, 49 Revista Brasileira de Arbitragem 82, 101 (2016).

1218 Podemos evaluar esto con un poco más de detalle. El pacto de las partes sobre la carga de la prueba se integra al conjunto total de disposiciones establecidas en el contrato. Al momento de establecer el esquema específico de la carga de la prueba, la parte «menos beneficiada» con ello podría trasladar el costo adicional de dicha provisión elevando sus exigencias en otros aspectos (p. ej. si el comprador no tiene que acreditar las razones de su no conformidad, entonces

debido proceso arbitral no debería imponer límite alguno a reglas sobre carga de la prueba cuya fuente directa es el acuerdo de las partes —tema distinto es el de las reglas fijadas por los árbitros—.[1219]

- Los árbitros. Por regla general, los árbitros pueden establecer reglas específicas sobre la carga de la prueba. Luego, estos pueden diseñar esquemas particulares, que incluso pueden responder a los caracteres específicos de la disputa. En otras palabras, los árbitros pueden distribuir la carga de la prueba.

  Naturalmente, dicha distribución debe resultar acorde con los principios de igualdad y oportunidad razonable para presentar una posición. En específico, los árbitros, a diferencia de las partes, deben ser imparciales; las partes pueden acordar un esquema desbalanceado de carga de la prueba, los árbitros no.

  Luego, el debido proceso arbitral deriva en que los árbitros puedan redistribuir la carga de la prueba siempre que lo hagan de manera *proporcional*. No es justo que una parte esté sobrecargada de probar a comparación de la otra. Ello, sin embargo, no excluye que puedan existir algunos desbalances, cuando estos estén justificados.

  Dicha proporcionalidad no significa una aplicación absoluta del clásico esquema de *ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio.* Los árbitros pueden reasignar la prueba de un hecho a una parte que no lo alegó; y ello puede estar justificado en criterios de justicia y equidad. En cualquier caso, la asignación hecha por los árbitros debe respetar el debido proceso.[1220]

  En esa línea, los árbitros pueden estimular la actividad probatoria de las partes mediante inferencias. Este es el caso de las inferencias negativas, dinámica que está reconocida en tanto en el arbitraje como en el litigio judicial. Así, la parte que tiene la obligación de presentar un documento interno suyo y rehúsa hacerlo podría sufrir como consecuencia que el juzgador *presuma* que dicho documento resultaba negativo para su postura.[1221]

  La «amenaza» de una inferencia negativa sirve para que las partes presenten pruebas que le perjudican y que la contraparte pueda formular de mejor manera su caso. La inferencia negativa contribuye a la eficiencia y a la justicia del arbitraje.[1222] Inclusive, puede sostenerse que ello garantiza el principio de igualdad: no es justo que una parte pueda preparar su caso teniendo a la vista ciertas pruebas que la otra parte desconoce (en cuanto a su existencia o a su contenido).

En resumen, el esquema de carga de la prueba debe, idealmente, cumplir con ciertos mínimos que garanticen un trato equitativo para las partes y una oportunidad razonable para presentar una posición. Sin embargo, como expusimos antes, las propias partes podrían de forma directa

---

el vendedor requerirá un pago más alto por los bienes). Luego, alterar este esquema en el procedimiento arbitral implicaría alterar un acuerdo comercial que las partes consideraron justo.

1219 Sin embargo, no podemos superar a la casuística. Podría haber, quizá, casos en los que el acuerdo de las partes sobre carga de la prueba atente contra el debido proceso arbitral (p. ej. supuestos extremos de prueba diabólica).

1220 Mateus Aimoré Carreteiro, *Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability*, 49 Revista Brasileira de Arbitragem 82, 103 (2016).

1221 Ver art. 9(5) de las Reglas IBA y el principio 21.3 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.

1222 Jeremy K. Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence,* 22(4) Arbitration Int'l 549, 550 (2006).

establecer una distribución desbalanceada de carga de la prueba, lo que no debería significar una transgresión al debido proceso arbitral.

[b] Estándar de la prueba

El debido proceso arbitral no impone estándar de prueba alguno específico. Luego, el arbitraje podría regirse bajo un estándar de preponderancia de la prueba (el juzgador se convence sobre la versión de aquella parte que parece más probable que la otra), un estándar de estilo penal (el hecho debe estar acreditado más allá de toda duda razonable), o cualquier otro que pudiera existir.

En principio, sea cual sea el estándar específico, lo ideal sería que dicho estándar sea único: que aplique por igual a ambas partes. Sin embargo, la ley, las partes o los árbitros podrían establecer excepciones.

La ley puede establecer estándares especiales para ciertos hechos. Por ejemplo, en una relación de consumo, la ley podría requerir al proveedor que pruebe de forma exhaustiva que el producto carecía de defectos de fábrica.

Las partes pueden establecer reglas específicas sobre el estándar de la prueba.[1223] Luego, aquellas podrían establecer un estándar X para los hechos que invoca una parte y un estándar Y para los hechos invocados por la otra. Dicho esquema sería válido gracias al principio de *pacta sunt servanda.*

Este acuerdo, que parece inusual, podría tener sentido comercial. Por ejemplo, un contrato de suministro en el que se estipule que el caso fortuito como justificación para una entrega tardía de los bienes debe estar acreditado más allá de toda duda.

Por regla general, los árbitros pueden establecer reglas concretas sobre estándar de prueba. Luego, podrían establecer estándares específicos para ciertos hechos. Naturalmente, el esquema que adopten los árbitros deberá respetar los principios de equidad y de oportunidad razonable para presentar una posición.

2.2.2. Casos especiales

En el apartado anterior, hicimos un desarrollo individualizado de los principios básicos que conforman el debido proceso en el arbitraje y de los casos en que tales principios son transgredidos. Sin perjuicio de ello, existen supuestos de transgresión que, por sus caracteres, merecen especial consideración. Aquí abordamos dos: la determinación de las partes del arbitraje y la motivación del laudo.

2.2.2.1. Determinación de las partes del arbitraje

La determinación de las partes en el arbitraje es una tarea fácil cuando los únicos sujetos involucrados son aquellos que firmaron el convenio arbitral. Por contraste, la situación es más complicada cuando el tribunal arbitral debe definir si incorpora al arbitraje a sujetos que no suscribieron el convenio, pero que pueden calificar como partes en el arbitraje (partes no signatarias).

1223 Mateus Aimoré Carreteiro, *Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability*, 49 Revista Brasileira de Arbitragem 82, 107 (2016). El autor recomienda que las partes adopten ciertas reglas específicas sobre estándar de prueba, lo que significa que tal tema es regulable por las partes.

La decisión sobre incorporación de partes no signatarias genera problemas en distintos niveles. El principal está en la competencia del tribunal arbitral sobre la parte no signataria y la distinción entre parte no signataria y tercero ajeno al arbitraje. Si un tercero ajeno al convenio arbitral es incorporado al arbitraje, este podría eventualmente demandar la anulación del laudo bajo la causal de vicios en el convenio arbitral, alegando que el convenio arbitral no es aplicable en cuanto a él.[1224]

En cuanto al debido proceso arbitral, la decisión de incorporar o no incorporar a un sujeto como parte en el arbitraje tiene un impacto en los derechos procesales de las ya presentes partes en el arbitraje.

Si el tribunal arbitral decide *no* incorporar a un sujeto, alguna de las partes ya presentes en el arbitraje podría considerar que ello afecta su derecho al debido proceso.

Primero, alguna de las partes del arbitraje podría considerar que se afectó su derecho de acción, pues se le impide dirigir una pretensión contra un sujeto que, desde su punto de vista, está también sometido al convenio arbitral. Segundo, dicha parte del arbitraje podría considerar que se afectó su derecho de alegación y prueba. La ausencia de un sujeto que debió ser parte podría afectar la oportunidad de cualquier parte a obtener prueba (ie. vía exhibición de documentos).[1225] Esto podría permitir a la parte que se considere afectada demandar la anulación del laudo por afectación al debido proceso.

Si el tribunal arbitral decide sí incorporar a un sujeto —el tribunal arbitral lo considera parte no signataria—, alguna de las partes ya presentes podría considerar que tal sujeto no debió ser incorporado y que la incorporación afecta su derecho al debido proceso. La presencia de partes adicionales en el arbitraje tiene, indiscutiblemente, un impacto en todo el procedimiento arbitral.

De entrada, el propio procedimiento de designación de árbitros puede tener que ser reformulado, de forma tal que se garantice el derecho del sujeto incorporado a elegir un árbitro.[1226] Asimismo, la presencia de una parte adicional en el procedimiento puede significar una ventaja para el *polo* al que tal parte se adhiera o la generación de un nuevo polo que se oponga tanto al «polo demandante» y al «polo demandado».[1227]

Luego, si una parte considera que el sujeto incorporado no debió serlo, podría demandar la anulación del laudo por afectación al debido proceso. El fundamento estaría en que la presencia de tal sujeto —que no debió ser parte— afectó todo el procedimiento arbitral.

2.2.2.2. Motivación del laudo

Por razones de orden y corrección, este tema se evalúa más adelante.[1228]

1224 Ver 1.2.2.3.(D)(i).

1225 Alexis Mourre, *A propos de trois arrêts récents: quelques questions sur le contrôle de la compétence de l'arbitre, notamment dans l'arbitrage institutionnel,* in S. Bros & B. Mallet-Bricout (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet* 371, 378 (2009).

1226 Ricardo Ugarte & Thomas Bevilacqua, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions*, 27(1) J. of Int'l Arbitration 9 (2010).

1227 Los arbitrajes multiparte pueden calificarse en bipolares o multipolares. El arbitraje es bipolar cuando los sujetos pueden agruparse —y estos están de acuerdo con la agrupación— en dos «campos» distintos: el campo del demandante y el campo del demandado (Yves Derains & Erick A. Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration* 70-71 (2005)). El arbitraje es multipolar cuando hay más de dos posturas confrontadas. Los sujetos persiguen objetivos diferentes, por lo que no es viable agruparlos en dos bloques (Nathalie Voser, *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties*, in A. J. Van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* 343, 344 (2009)).

1228 Ver 4.2.3.

3. EXCESO DE AUTORIDAD - ARTÍCULO 34(2)(A)(III)

3.1. Fundamentos de la causal

El artículo 34(2)(a)(III) de la LMU dispone la anulación del laudo cuando este trata una disputa no contemplada o no cubierta por los términos del acuerdo de arbitraje; o cuando contiene decisiones que exceden el ámbito de lo sometido a arbitraje.

Esta causal, al igual que la del artículo 34(2)(a)(I), se fundamenta en el consentimiento de las partes a arbitraje. Las partes acuden a arbitraje y al hacerlo otorgan autoridad a los árbitros para resolver de la controversia. Ahora bien, el tribunal arbitral no puede salirse del encargo efectuado por las partes.[1229] Hacerlo implicaría actuar sin el consentimiento de las partes, y sin consentimiento no puede haber laudo válido. Así, la particularidad de la causal (c), frente a la (a), es que aquí los árbitros sí contaban con competencia, solo que en el ejercicio de la misma *excedieron sus poderes*.[1230] La discusión no radica en la existencia de jurisdicción de los árbitros, sino en su *ámbito*.[1231]

En esa línea, vale precisar que la diferencia entre el artículo 34(2)(a)(I) y el artículo 34(2)(a)(III) no es puramente «cuantitativa». Por regla general, un convenio arbitral patológico significa que el tribunal arbitral carece totalmente de poderes (*it lacks jurisdiction at all*); y es más, *nunca* tuvo tales poderes.[1232] Por contraste, el *exceso* de autoridad no significa que el tribunal arbitral carezca de poderes. Esta distinción es crucial de cara a las consecuencias de anulación del laudo por una u otra causal.[1233]

3.2. Estructura y contenido

3.2.1. Presentación general

Un análisis literal del artículo 34(2)(a)(III) permite segmentar la disposición normativa en dos fragmentos:[1234]

- El laudo se refiere a una disputa no contemplada en el acuerdo de arbitraje.

- El laudo contiene decisiones que exceden el ámbito de lo sometido a arbitraje.

Existe uniformidad en entender que esta causal de anulación —y de oposición a la ejecución[1235]— se refiere al *exceso de autoridad*.[1236] Es decir, ambos fragmentos glosados abordan el mismo

---

1229 Nicola Christine Port, Scott Ethan Bowers & Bethany Davis Noll, *Article V(1)(c),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 257, 259 (2010).

1230 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 25-38, 676 (2003).

1231 Mercédeh Azeredo da Silveira & Laurent Lévy, *Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention,* in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 639, 639-40 (2008).

1232 La excepción está en aquellos casos de convenios arbitrales que inicialmente fueron eficaces, pero que en un momento posterior dejaron de generar efectos (ver 1.2.3.).

1233 Ver 4.3.1. del capítulo V.

1234 ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* 93 (2011).

1235 Las causales de anulación de laudo de la LMU replican en gran parte las causales para oponerse a le ejecución establecidas en la Convención de Nueva York.

1236 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3287 (2d ed. 2014); Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 949 (4th ed. 2014); Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 187 (2016); entre otros.

tema.[1237-1238] Sin embargo, puede sostenerse que cada fragmento cubre uno de los dos temas principales dentro de esta causal. Estos son: superación del convenio e incongruencia por exceso.[1239]

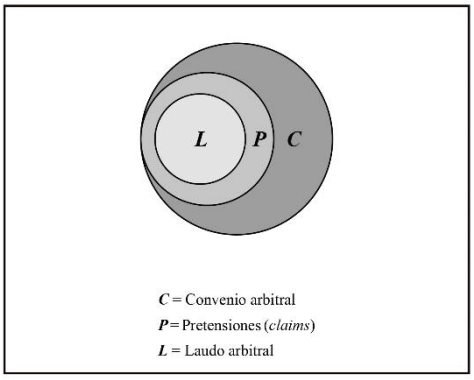
Superación del convenio. Si el tribunal decide sobre temas no cubiertos por el convenio, incurre en exceso de autoridad. Aquí, no resulta relevante determinar si alguna de las partes pidió el pronunciamiento, pues el exceso se debe a la transgresión de los límites del convenio, y no porque las partes lo quisieron.

En estos casos se está frente a una incompetencia *absoluta*. Ningún tribunal arbitral, presente o futuro, es competente para resolver la demanda que supera el ámbito del convenio.[1240]

Incongruencia por exceso. El tribunal arbitral debe resolver aquello que se le pide y nada más. Las decisiones *extra petita* (dar más de lo pedido) y *ultra petita* (dar algo distinto a lo pedido) constituyen exceso de autoridad.

En estos casos, y salvo que el pronunciamiento incongruente signifique a la vez una superación del convenio, la incompetencia es *relativa*. En los casos de incongruencia por exceso, *ese* tribunal arbitral, el que emitió la decisión, carece de competencia para resolver aquello que resolvió en exceso. No obstante, el «exceso» está dentro del ámbito del convenio y por tanto las partes podrían iniciar un nuevo arbitraje para resolverlo, y el tribunal de este nuevo arbitraje sí podría hacerlo sin que ello constituya exceso de autoridad.

En resumen, las decisiones del laudo no pueden superar lo establecido en el convenio arbitral y tampoco lo requerido por el demandante. Una ilustración referencial:[1241]



1237 ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* 93 (2011).

1238 Un análisis algo más detallado de la letra de la norma se hace en 3.3. —comparación de la redacción de la LMU con las de las normas de España y Perú—.

1239 Esta clasificación parte de una clasificación ensayada previamente: dividir el exceso de autoridad en supuestos de límites a la jurisdicción del tribunal arbitral y supuestos de límites al mandato del tribunal arbitral (Mercédeh Azeredo da Silveira & Laurent Lévy, *Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention,* in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 639, 641 (2008)).

1240 Naturalmente, las partes pueden extender el ámbito del convenio. Esto, bajo el esquema de la LMU, incluso podría darse mediante el cruce de una demanda y una contestación cuando esta última no objete aquellos reclamos de la demanda que escapan a la competencia arbitral (art. 7 (opción I)). Además, nada quita que en un momento futuro las partes celebren un convenio arbitral que cubra tales reclamos.

1241 La ilustración da a entender que se pidió más de lo que se otorgó en el laudo. Sin embargo, ello no será así siempre. En algunos casos, el laudo podría otorgar todo lo que se pidió como *relief requested*.

Fuera de ello, existen otros supuestos que también pueden calificar en esta causal. Por ejemplo, que el tribunal arbitral resuelva aplicando sus criterios de conciencia (arbitraje *ex aequo et bono)* cuando las partes no autorizaron ello. Un desarrollo mayor de todos los casos se hace más adelante,[1242] pero antes es necesario identificar correctamente los conceptos involucrados.

3.2.2. Delimitación necesaria de conceptos

Para evaluar de manera adecuada los casos de exceso de autoridad, es necesario dar una definición a términos que, si bien relacionados, no tienen significados idénticos. Estos términos son:

Controversia	*Litis*	*Dispute*
Demanda		*Lawsuit (suit)*
Pretensión	*Petitum*	*Claims* [en plural[1243]] *Relief requested*
	Causa petendi	
Cuestión Asunto Materia		*Issue* *Subject* *Matter*
Argumentos		*Arguments*

A continuación, una definición —*nuestra* definición—[1244] de estos conceptos.

(α) Controversia/*Litis*/*Dispute*

En términos generales, esta noción se refiere al conflicto actual de intereses jurídicos. De forma más específica, es el conflicto intersubjetivo[1245] calificado por una pretensión que es discutida.[1246]

La *litis* se conforma, en esencia, por un componente subjetivo, que se refiere a las partes (conflicto *interpersonal*), quienes son necesariamente al menos dos; y un componente objetivo, que se refiere a la *res petita,* es decir, lo que se pide, «*the object of a* […] *petition*».[1247]

Así, el componente objetivo nos lleva a los conceptos de demanda y pretensión.

(β) Demanda/*Lawsuit*

Por demanda y *lawsuit,* nos referimos a la comunicación o comunicaciones por las que se identifica *qué* pide el demandante (*petitum*) y *por qué* lo pide (*causa petendi*).

1242 Ver 3.2.3.

1243 El término de *claim* (en singular) se puede trasladar también como demanda. Por contraste, *claims* (en plural) se refiere a las pretensiones.

1244 No existe una definición unívoca para alguno de estos términos. Para todos ellos, en mayor o menor medida, se han ensayado diversas conceptualizaciones. Nuestras definiciones, por cierto, se apoyarán en lo posible en las construcciones dogmáticas del derecho procesal civil (tradición del derecho civil), siempre que estas sean pertinentes.

1245 El conflicto puede darse en distintos niveles, que van desde los conflictos intrapersonales hasta los conflictos de orden interregional y mundial (megaconflictos) (Johan Galtung, *Solving Conflicts: A Peace Research Pesrpective* (1989)).

1246 1 Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil* 28 (Santiago Sentís Melendo Trans., EJEA 1973).

1247 Aaron X. Fellmeth & Maurice Horwitz, *Guide to latin in international law* 254 (2009).

(γ) Pretensión/*Petitum*/*Relief requested*

A nuestro juicio, pretensión y *relief requested* son nociones similares. Y es que la pretensión «es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica».[1248] Es decir, la pretensión contiene la tutela que se pide. En inglés: *the relief requested.*

Así, ambas encuadran dentro de la noción de *petitum:* petición de tutela.[1249]

En específico, la pretensión y la *relief requested* se refieren ambas a lo que se pide al árbitro; y por consiguiente, lo que este puede ordenar. Entre otros, las partes pueden pedir cumplimiento forzado, compensación monetaria, tutela declarativa, etcétera.[1250-1251]

La tradición de derecho civil proporciona una clasificación útil para clasificar las pretensiones. Estas pueden ser de condena, consistentes en la orden de ejecutar una prestación (pagar una suma, dar cierto bien, realizar cierta acción, cesar alguna actuación, etcétera);[1252] constitutivas, aquellas que piden la generación de efectos jurídicos (p. ej. que el laudo disponga la *resolución* del contrato);[1253] o declarativas, aquellas que piden que se reconozca una situación invocada por la parte (p. ej. que el laudo *declare* la nulidad (efectos *ex tunc*) del contrato).[1254]

Reiteramos, la pretensión es solo lo que se pide. Veamos, los siguientes ejemplos: el Subcontratista solicita al Tribunal que estime las siguientes pretensiones:

- Declare la resolución del contrato por transgresión a la cláusula 7.5 de los Términos de Referencia.

- Ordene al propietario pagar una compensación de USD 65'000,000.00.

La primera pretensión consiste en requerir la resolución del contrato. La mención a la cláusula inobservada no es, en estricto, parte de la pretensión; es el *fundamento* del pedido. Asimismo, la segunda pretensión consiste en pedir un pago. El título del pago (*compensación*) no es en estricto parte de la pretensión; es el fundamento del pedido (se pide una suma X como compensación de, naturalmente, daños sufridos).

(δ) *Causa petendi*

«El arma con que la pretensión opera en el campo del derecho, es la *razón*».[1255] La *causa petendi* se constituye por los hechos que se alegan y el derecho que se invoca para justificar la pretensión.[1256] En simple, es el *porqué* detrás de lo que se pide.

1248 Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* 72 (3d ed. 1958).
1249 Aaron X. Fellmeth & Maurice Horwitz, *Guide to latin in international law* 222 (2009).
1250 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 24-71, 650 (2003).
1251 Como ya expusimos antes (2.2.3.1. del capítulo I), los remedios disponibles dependerán de la ley aplicable al arbitraje (Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.40, 515 (6th ed. 2015)).
1252 Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil* 185 (José Casáis y Santaló trans. 1925).
1253 *Id.* at 210.
1254 *Id.* at 194.
1255 1 Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil* 32 (Santiago Sentís Melendo trans., EJEA 1973).
1256 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil* 187 (1966); Aaron X. Fellmeth & Maurice Horwitz, *Guide to latin in international law* 51 (2009).

(ε) Cuestión/Asunto/Materia/*Issue*/*Subject*/*Matter*

Estos términos tienen una noción ambigua y plurívoca, por lo que dar una definición precisa no es viable. Sin embargo, pueden hacerse dos acotaciones.

Por un lado, estos términos pueden referirse a las pretensiones, a la *causa petendi,* a ambas, a temas abstractos, a tópicos específicos, etcétera. Son términos con amplio grado de flexibilidad. Por ejemplo, «materias de libre disposición»[1257] es una noción amplia, que se refiere a temas abstractos (la persecución de un delito no es materia de libre disposición, la indemnización civil sí lo es).

Por otro lado, estos términos reflejan cierta «neutralidad». Por contraste, los argumentos buscan convencer, como veremos a continuación.

(ζ) Argumentos/*Arguments*

Los argumentos (*arguments*) son proposiciones dirigidas a *convencer*. Construcción de ideas y razones para demostrar que el pedido es fundado. Esa es la diferencia central con los conceptos de cuestiones, asuntos, *issues,* etcétera. Así:

> An argument is a proposition that inclines towards a specific conclusion. It typically contains reasons or premises, either factual or legal or both, which are presented as driving one towards a particular conclusion. An issue, on the other hand, is a topic. It is non-prescriptive, and usually expressed as a question.[1258]

En resumen, los argumentos no son pretensiones, son el sostén de estas. Así, los argumentos reflejan la *causa petendi*. Los argumentos, a diferencia de los términos de cuestiones o asuntos (*issue, matter*), buscan justificar el *petitum*.

3.2.3. Análisis de supuestos

3.2.3.1. Superación del convenio

(A) Delimitación del supuesto

El laudo debe respetar el ámbito de cuestiones que, bajo el convenio arbitral, pueden ser sometidas a arbitraje. Si los árbitros transgreden dicho ámbito incurren en exceso de autoridad. Ahora bien, esta transgresión puede clasificarse en dos supuestos distintos:

(i) Decisión sobre una cuestión *pedida* por alguna de las partes, pero *fuera* del convenio arbitral.

Estos casos no califican, en estricto, como decisiones *extra petita* o *ultra petita*. Dichas nociones se refieren a casos en que se otorga algo adicional o distinto a lo *pedido*.

(ii) Decisión sobre una cuestión *no pedida* por alguna de las partes y *fuera* del convenio arbitral.

1257 Art. 2.1 de la Ley 60/2003 de España.

1258 *TMM Division Maritama SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd*, [2013] SGHC 186, § 75.

> Estos casos representan una transgresión tanto a los límites del convenio arbitral como a lo pedido por las partes.

En este apartado abordaremos solo el supuesto (i); los casos (ii), en tanto constituyen también decisiones *extra petita* o *ultra petita,* serán analizados en el apartado siguiente.[1259]

(B) Marco general

El convenio arbitral establece un ámbito de las *disputas* que pueden resolverse mediante arbitraje. Luego, si se pide algo que no está dentro del ámbito del convenio y el tribunal arbitral resuelve ello, existe exceso de autoridad.

En este tema, la amplia libertad de las partes para definir *qué* disputas pueden ir a arbitraje —pues su límite estándar es la materia no arbitrable—[1260] es un factor crucial. Dicha libertad significa que las partes pueden moldear su convenio a conveniencia, y establecer restricciones de distintos tipos en cuanto a las disputas que pueden tramitarse en arbitraje. Así: «el convenio puede ya pergeñar de forma específica el posible conflicto».[1261]

¿De qué manera el convenio arbitral puede delimitar las controversias a ser arbitradas? A nuestro criterio, por regla general, el convenio arbitral puede contar con restricciones en distintos niveles: relación entre las partes, tipos de pretensiones (*relief requested*), y *causa petendi*.

A continuación, un desarrollo de los niveles glosados, y los casos de superación del convenio en cada uno de estos.

(C) Clases de delimitación y sus transgresiones

(i) Delimitación de la relación entre las partes

Virtualmente todos los convenios arbitrales restringen su alcance a una relación específica entre las partes. En principio, una cláusula arbitral insertada dentro de un contrato de suministro entre A y B cubrirá solo las controversias que surjan bajo el contrato de suministro. Si entre A y B existe otro contrato (por ejemplo, contrato de compraventa de un inmueble), las controversias de este otro contrato no están cubiertas por la cláusula arbitral del contrato de suministro. Así:

> As the [Arbitral] Tribunal observed, «there is nothing conceptually difficult about a court or tribunal making a determination that a debt is due under another contract in order to determine whether relief should be granted under the contract before it […]».[1262]

En *First Media v. Astro,* la corte de apelaciones de Singapur ilustra esto de manera clara:

> It is abundantly clear that the dispute resolution mechanism of the SSA [el contrato] does not pertain to disputes outside of the scope of the SSA itself, *ie*, disputes which arise from an entirely different contract. As such, there is nothing in the wording of r 24(b) or the SSA itself which could support a finding of jurisdiction over an unconnected dispute any more than it could support a claim to arbitration by, say, FM's window cleaners.[1263]

1259 Ver 3.2.3.2.

1260 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 151(2012).

1261 Silvia Barona Vilar, *Artículo 41. Motivos,* in S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 1364, 1397 (2004).

1262 *Arsanovia Ltd & Ors v. Cruz City 1 Mauritius Holdings,* [2012] EWHC 3702 (Comm).

1263 *PT First Media TBK v. Astro Nusantara International BV and others,* [2013] SGCA 57, § 183.

Es razonable considerar que cada contrato constituye una relación autónoma e individualizable. Y según expusimos, en principio un convenio arbitral cubre las controversias que surjan bajo dicha relación, sin alcanzar a controversias de otras relaciones (otros contratos entre las mismas partes).

Sin embargo, el convenio arbitral también podría cubrir controversias que surgiesen bajo diversos contratos.

Por un lado, las partes pueden establecer que el pacto de arbitraje —sea un convenio arbitral en documento separado o una cláusula arbitral insertada dentro de otro contrato— cubra controversias de varios contratos.[1264] Esto puede lograrse identificando los contratos específicos que serán cubiertos por el convenio; pero también puede hacerse mediante un convenio que cubra todas las controversias «en relación» o «en conexión» a determinado contrato. Así:

> En este caso, el TAS interpretó el art. 16 del contrato de licencia en el sentido de que cubre toda controversia en relación con el contrato (any dispute related to the Licensing Agreement).
>
> En sí, una redacción de este tipo no es limitativa e incluye, particularmente, las controversias sobre la existencia, validez y la extinción de relaciones contractuales derivadas del contrato en el que el convenio arbitral está insertado […], incluyendo cuestiones que tuvieran relación indirecta con las diferencias sometidas a arbitraje.[1265]

En realidad, es usual que una cláusula arbitral cubra las controversias que surjan bajo el contrato al que la cláusula está incorporada y también las controversias que tengan relación con dicho contrato.[1266]

Por otro lado, si varios contratos constituyen una sola indivisible unidad (un proyecto, una iniciativa), es razonable que el convenio arbitral que rige para un contrato pueda ser aplicado sobre controversias derivadas de otro contrato que pertenece a la misma unidad.[1267]

En cualquier caso, para que un convenio arbitral cubra controversias de distintos contratos es necesario que estos no tengan cláusulas de solución de disputas irreconciliables.[1268] Por ejemplo, si para un mismo proyecto con distintas fases un contrato A contiene una cláusula arbitral y otro contrato B establece el sometimiento a la corte judicial de un país, la cláusula arbitral no puede aplicar a controversias que deriven del contrato B.

En resumen, los árbitros incurren en exceso de autoridad cuando abordan disputas que resultan ajenas a la relación o a las relaciones cubiertas por el convenio arbitral.

1264 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 1370 (2d ed. 2014).

1265 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_103/2011, sentencia de 20 de septiembre de 2011, § 3.2. (Disponible en 30(2) ASA Bull. 449 (2008)). Traducción libre al español.
Texto original:
«En l'espèce, le TAS a interprété l'art. 16 du contrat de licence en ce sens qu'il visait tout litige en rapport avec ce contrat (any dispute related to the Licensing Agreement).
En soi, une telle formulation n'a rien de limitatif et inclut, notamment, les litiges ayant trait à l'existence, à la validité et à l'extinction des rapports contractuels issus de la convention où figure la clause compromissoire ainsi libellee […], voire des questions n'ayant qu'un rapport indirect avec le différend soumis à l'arbitrage».

1266 Por ejemplo, la cláusula arbitral modelo de la ICC señala lo siguiente:
«Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente […]».

1267 Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* § 280-82, 133 (2006).

1268 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2612 (2d ed. 2014).

(ii) Delimitación de clases de pretensiones (*relief requested*)

A nuestro criterio, las partes pueden establecer qué clases de pretensiones podrán ser planteadas en un eventual arbitraje. Es decir, las partes pueden restringir la clase de *relief* que estas podrán pedir. Y es que, si los ordenamientos jurídicos pueden establecer límites a las clases de *relief* que los árbitros pueden otorgar,[1269] no habría razón para, *ex ante,* descartar que las partes puedan hacer lo mismo para su relación jurídica.[1270]

En ese sentido, las partes podrían excluir clases de pretensiones o poner límites a las mismas. A continuación, algunos ejemplos para ilustrar esto.

El convenio arbitral podría establecer que los árbitros no pueden otorgar tutela resarcitoria. Es decir, no pueden ordenar compensaciones. Luego, si una parte plantea una pretensión de compensación y el tribunal arbitral resuelve la misma, hay exceso de autoridad.

El convenio arbitral podría establecer que las partes solo pueden pedir compensaciones hasta cierto límite. En ese sentido, cualquier monto adicional sobre dicho límite quedaría fuera del ámbito del convenio arbitral y tendría que ser discutido en sede judicial. Si el límite es la cifra X y una parte plantea una pretensión de compensación de X+200, el tribunal arbitral debería resolver solo en función al pedido de X, pues de lo contrario incurre en exceso de autoridad.[1271]

La mención al convenio arbitral como delimitador del *relief* que puede requerirse es de suma importancia. Y es que en el marco de la relación material pueden existir provisiones contractuales que sean consideradas restricciones al *relief* a otorgarse (p. ej. cláusula de limitación de responsabilidad hasta por una suma fija). Las restricciones en la relación material constituyen una cuestión de fondo (*merits*) y tienen una naturaleza distinta. La evaluación de superación del convenio debe analizar *solo el convenio*.

En resumen, existe exceso de autoridad cuando las pretensiones sometidas a arbitraje están fuera de los límites establecidos por el convenio arbitral. Emitir una decisión (estimatoria o desestimatoria) sobre las mismas constituye exceso de autoridad.

(iii) Delimitación de *causa petendi*

El convenio arbitral no solo podría establecer límites a qué clases de pretensiones pueden pedirse en arbitraje, sino también a las *causas* por las que estas son pedidas. Por ejemplo, no habría problema en que el convenio arbitral permita a las partes plantear pedidos de indemnización, pero solo por daño emergente. Por lo tanto, resolver una pretensión de compensación fundamentada en lucro cesante equivaldría a exceso de autoridad.

Así, si las partes establecen restricciones a las controversias según la *causa petendi* que puede ser invocada, el tribunal arbitral deberá tener cuidado de respetar tales restricciones.

Para finalizar, la posibilidad de las partes de aplicar estas tres clases de delimitaciones al ámbito de aplicación del convenio se ilustra en los casos de convenio arbitral generado por un cruce de

---

1269 Peter Schlosser, *Right and Remedy in Common Law Arbitration and in German Arbitration Law,* 4(1) J. of Int'l. Arbitration 27, 27-40 (1987).

1270 *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration* § 4.12, 625-26 (Final Draft 2019).

1271 Esto no significa un recorte del derecho sustantivo de la parte. Esta debería recurrir a la vía ordinaria (proceso judicial) para reclamar por la suma que excede a X.

demanda y contestación.[1272] En estos casos, el convenio arbitral se construye sobre el cruce de tales memoriales. Es razonable considerar que este convenio *se restringe* a las pretensiones establecidas por las partes en tales memoriales.[1273]

Por ejemplo, X inicia contra Z un arbitraje para reclamar una compensación por daño emergente por responsabilidad extracontractual. X presenta la demanda y Z responde la misma sin objetar la competencia del tribunal arbitral. En este caso, el convenio arbitral surge para cubrir tal pretensión. Si después X desea añadir una pretensión de compensación por lucro cesante (en relación al mismo hecho por el cual se discute el daño emergente), Z podría oponerse alegando que tal tema está fuera del convenio, y que no acepta que tal tema se vea en arbitraje.

Aquí, el convenio arbitral está delimitado a una relación específica (un hecho que genera supuesta responsabilidad extracontractual), delimitado a una pretensión específica (pago de una suma de dinero) y restringido a cierta *causa petendi* (solo pago por daños emergentes).

(D) Verificación del exceso de autoridad

(i) Ejercicio de comparación

En los casos de superación de convenio, determinar si los árbitros incurren en exceso de autoridad pasa por hacer una comparación entre el ámbito de controversias cubiertas por el convenio arbitral y las cuestiones que fueron sometidas a arbitraje.

Este ejercicio de comparación se hace entre el ámbito del convenio arbitral y las decisiones establecidas en el laudo arbitral. Es decir, se debe evaluar si el laudo arbitral respeta las delimitaciones establecidas en el convenio arbitral (relación entre las partes, pretensiones, *causa petendi*).

(ii) Materialidad

El exceso de autoridad puede significar una afectación material a las partes, sin importar si la decisión sobre las cuestiones ajenas a la competencia del tribunal arbitral es estimatoria o desestimatoria.

Si la decisión es estimatoria, es evidente que el exceso de autoridad tendrá un impacto negativo para las partes. Por su lado, si la decisión es desestimatoria, el laudo también afectará a las partes. Esto debido a los efectos de *res judicata* del laudo. Las partes ya no podrán discutir, en la vía que corresponda, sobre dicha cuestión pues esta ya fue resuelta por un tribunal arbitral —aun cuando este no podía hacerlo—.

1272 Artículo 7(5) de la LMU.

1273 Estamos presuponiendo aquí que no existe convenio arbitral previo en absoluto. Si por ejemplo existiese una cláusula arbitral afectada por algún vicio, la contestación de la demanda sin objeción a la jurisdicción por parte del demandado puede significar una validación del convenio que adolecía de un vicio, por lo que el tribunal arbitral sería competente para resolver cualquier controversia cubierta bajo dicha cláusula arbitral.

3.2.3.2. Incongruencia por exceso

Hay exceso de autoridad cuando lo decidido es incongruente con lo demandado.[1274] La causal cubre supuestos de incongruencia*;* es decir, decisiones arbitrales *ultra petita* y *extra petita.*[1275] En las primeras, se otorga más de lo demandado (variación cuantitativa);[1276] y en las segundas, se otorga algo distinto a lo demandado (variación cualitativa).[1277]

Así, y al igual que en el supuesto anterior (superación del convenio), el apartado *resolutivo* del laudo es crucial para determinar el exceso. La causal cubre a laudos que contienen decisiones sobre materias fuera del ámbito de lo sometido a arbitraje («*decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration*»).[1278] Sin embargo, ello no significa que solo se tenga que evaluar los mandatos resolutivos de laudo. Como veremos a continuación, la incongruencia puede determinarse a la luz de (A) el *petitum* (pretensiones, *relief request*) o de (B) la *causa petendi* que fundamenta la decisión del tribunal arbitral.

(A) Incongruencia en el *petitum*

Los árbitros incurren en exceso de autoridad si *ordenan* algo diferente a lo pedido como pretensión. En otras palabras, cuando el *mandato* de los árbitros otorga *relief* que no puede ser subsumida dentro de lo requerido por las partes.[1279] Así, los árbitros deben respetar los límites fijados en las pretensiones: «El tribunal arbitral está sin embargo sujeto al objeto y al monto de los reclamos sometidos a él, en particular cuando la parte interesada califica o limita sus pretensiones».[1280]

(i) Casos tradicionales

La incongruencia en el *petitum* se da cuando la decisión denota que el *relief* otorgado es distinto al pedido. Por regla general, detectar tal discrepancia puede ser sencillo. Ejemplos:

- A pide una indemnización de X; pero el laudo le otorga X+200.
  Decisión *ultra petita*: el *relief* otorgado excede cuantitativamente lo requerido como pretensión.

- A pide la nulidad del contrato; pero el laudo declara la resolución anticipada del contrato.
  Decisión *extra petita*: el *relief* otorgado es distinto cualitativamente al requerido como pretensión.

1274 Asunción Asín Cabrera *et al., Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje* 998 (2004).

1275 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 41 [Motivos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 805, 818 (2014).

1276 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil* 541 (1966).

1277 *Id.* at 543.

1278 Art. 34(2)(a)(III) de la LMU.

1279 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3291 (2d ed. 2014).

1280 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_220/2007, sentencia del 21 de septiembre de 2007, § 7.2. (Disponible en 26(4) ASA Bull. 742, 753-54 (2008)). Traducción libre al español.
Texto original:
«Le tribunal arbitral est toutefois lié par l'objet et le montant des conclusions qui lui sont soumises, en particulier lorsque l'intéressé qualifie ou limite ses prétentions dans les conclusions elles-mêmes».

Vale resaltar la *facilidad* para determinar la incongruencia en el *petitum*. No es complicado evaluar si se otorga algo cuantitativa o cualitativamente distinto a lo establecido en la pretensión. Es necesario recordar que la pretensión es distinta a la *causa petendi*, que consiste en los fundamentos *para* la pretensión (sin ser, en estricto, esta).

Ahora bien, en algunos casos, la incongruencia en el *petitum* podría darse de forma *previa* al laudo. Esto se da mediante la *reconducción* de pretensiones hecha de oficio por los árbitros; es decir, la alteración de las mismas durante el procedimiento arbitral.

Por ejemplo, A pide la rescisión del contrato; los árbitros consideran que, a la luz de los fundamentos de la demanda, A debió pedir la *resolución* del contrato y fijan ello como punto a resolver en el Acta de Misión. Si al final los árbitros concluyen que el contrato debe resolverse, parecería que la decisión armoniza con el punto a resolver fijado en el Acta de Misión; sin embargo, el tribunal ha incurrido en exceso de autoridad pues cambió la pretensión. Hubo, claramente, una alteración cualitativa de la pretensión, pues A pidió la rescisión y sin embargo los árbitros fijaron como *petitum* la resolución del contrato.

Reconducir de oficio puede tener severas consecuencias en la predictibilidad y eficiencia del procedimiento,[1281] además de afectar el derecho de defensa de la contraparte. El rol y las atribuciones del tribunal arbitral como director del procedimiento no le permite modificar pretensiones. Tampoco el principio de flexibilidad en el procedimiento arbitral puede justificar ello.[1282] Así, el principio de «inalterabilidad» de la demanda, ensayado en el derecho procesal judicial, es aplicable al arbitraje.[1283]

(ii) Alteración del esquema de acumulación objetiva

Los árbitros deben respetar y no alterar las pretensiones; y ello incluye también respetar la forma en que se estructuran estas. Es decir, observar la acumulación objetiva de acciones planteada por las partes.

Bajo el derecho procesal civil, las partes pueden enlazar sus pretensiones de manera subordinada, alternativa o accesoria.[1284] En tales casos, el tribunal arbitral debe *observar* el esquema de acumulación, pues transgredirlo implicaría resolver pretensiones que, en el esquema planteado por las partes, estaban fuera de su ámbito de autoridad. Veamos:

- Si la demanda contiene una pretensión principal y una subordinada, el tribunal arbitral solo deberá pronunciarse sobre la segunda si la primera es desestimada. La autoridad del tribunal para conocer la pretensión subordinada está *condicionada* a un hecho específico: que la principal sea desestimada.

> Por consiguiente, como ha acusado el demandante, el pronunciamiento realizado por el Tribunal respecto de un punto controvertido que los propios árbitros habían considerado como subordinado, sin protesta de las partes, y, por consiguiente, sujeto a la eventualidad de que una pretensión principal fuera desestimada no puede ser materia de pronunciamiento sino se ha presentado la circunstancia acordada por las partes.

1281 Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, *Comentario de la Ley de Arbitraje* 435 (2006).
1282 Hernando Díaz-Candía, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje* 76 (2011).
1283 Ana María Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje* 104 (2000).
1284 Ver, como referencia, los arts. 71 y 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

> Por consiguiente, dado que el Tribunal Arbitral, al violar el acuerdo de las partes, se ha pronunciado sobre materia no sometida a su decisión es necesario declarar la nulidad del laudo en el extremo impugnado, en aplicación de lo dispuesto por el inciso d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley.[1285]

- Si la demanda contiene pretensiones alternativas, ello significa que, aun cuando todas ellas sean estimadas, solo debe ordenarse el cumplimiento de una de ellas. Luego, si el tribunal arbitral ordena que se cumplan con todas las pretensiones alternativas, incurre en exceso de autoridad.

- Si la demanda contiene pretensiones accesorias, estas solo podrán concederse si la pretensión principal es estimada. Concederlas sin verificar dicha condición constituiría un exceso de autoridad. Según la jurisprudencia peruana, si el tribunal arbitral las reconduce y las vuelve principales para poder resolverlas (pese a que la pretensión principal fue desestimada), el laudo será anulado, pues se considerará que se ha resuelto una pretensión distinta a la originalmente demandada.[1286]

En algunos casos, la alteración del esquema de pretensiones podría en apariencia generar una decisión *infra petita*. El caso de *BLB and another v. BLC and others* es ilustrativo. En este, la *High Court* de Singapur encontró lo siguiente:

> [T]he Tribunal thus framed the issues in such a way that if the plaintiffs were in breach of the BOA [Business Operation Agreement] and the LA [License Agreement], they would not be entitled to any of the amounts counterclaimed, including the Disputed Counterclaim for the Receivables.
>
> […]
>
> Having ruled against P1 on liability in respect of Issue #13 and Issue #14, the Tribunal considered that the remedies and reliefs sought in Issue #16 did not arise for determination.
>
> […]
>
> In these circumstances, the Tribunal's omission to make a ruling on the Discounted Counterclaim could only mean that the Tribunal did not address the substantive merits of the Disputed Counterclaim because the Tribunal had assumed that it was a relief sought pursuant to the plaintiffs' pleaded complaints described in [25]. It had slipped the Tribunal's notice that the Disputed Counterclaim for Receivables was an independent and distinct claim that had to be dealt with independent of his findings on Issue #13 and Issue #14. It is highly likely that this oversight happened because the Tribunal extensively adopted [D]'s List of issues to be determined.[1287]

En dicho arbitraje, el demandado presentó una pretensión autónoma e independiente a las pretensiones del demandante. Sin embargo, el árbitro consideró que si el demandado había incurrido en incumplimiento de contrato (pretensión del demandante), su pretensión quedaría descartada de plano. Es decir, el árbitro consideró que la pretensión del demandado estaba *subordinada* a que el

1285 Lima, SSC1 38-2012, p. 8.
1286 Lima, SSC1 84-2015; SSC1 352-2014.
1287 [2013] SGHC 196, §§ 25, 30 y 64.

reclamo del demandante no tuviese éxito. Así, el árbitro alteró el esquema de acumulación objetiva.[1288]

En estos casos, será necesario evaluar si la pretensión ha sido expresamente o implícitamente desestimada o si por el contrario la misma puede ser reclamada en un nuevo arbitraje. En el primer escenario, no habría pronunciamiento *infra petita,* por lo que el vicio sí justificaría la anulación del laudo. Los laudos *infra petita* están fuera de la cobertura de esta causal.[1289]

(B) Incongruencia en la *causa petendi*

El exceso de autoridad también se da cuando el laudo estima una pretensión, pero por causas distintas a las invocadas por la parte. Y es que «[t]he ne ultra petita principle serves the purpose of confining the matter in dispute»;[1290] es decir, la proscripción de pronunciamientos ultra (o extra) petita no solo restringe el *relief* que puede otorgarse, sino que también *delimita* el ámbito de cuestiones que se discuten (aquellas que deriven de la *causa petendi*). Así:

> Para los árbitros lo decisivo es el objeto del procedimiento arbitral que está condicionado por lo que se pide y, también, por la causa de pedir. Lo que se pide es la resolución por incumplimiento del contrato. Pero no por cualquier incumplimiento. Solo por los incumplimientos denunciados o mencionados.[1291]

Un ejemplo: A pide a B el pago de X (pretensión) como compensación por *consequential damages* (*causa petendi*). El laudo arbitral ordena que B pague X; es decir, no existe alteración cuantativa o cualitativa de la pretensión. Sin embargo, en la motivación del laudo, el tribunal señala que encontró que A sufrió *loss of profit,* y por ello ordena el pago de X.

En el caso señalado, hay exceso de autoridad. La incongruencia, sin embargo, se encuentra en la causa por la que se planteó la pretensión. Así:

Demanda		**Laudo**
Pretensión: pago de X	=	*Relief* otorgado: pago de X
Causa petendi: Indemnización, pues A alega que sufrió *consequential damages*	≠	Fundamento: Indemnización, pues A sufrió *loss of profits*

La alteración de la *causa petendi* se da a través de la incorporación de nuevas cuestiones de hecho (*new issues of facts*) o de derecho (*new issues of law*). Como veremos, el tratamiento de estos temas es muy distinto, dada la relación del *iura novit arbiter* con el segundo. Así:

> Some jurisdictions distinguish between factual and legal matters, citing the principle of *jura novit curia* and holding that an arbitral tribunal has greater freedom to rest a decision on legal

1288 Vale notar que la *High Court* de Singapur anuló el laudo pues concluyó que el mismo afectaba la noción de «natural justice» ([2013] SGHC 196, § 93).

1289 Ver 3.2.4.2.

1290 Christian P. Alberti, *Part 1: International Commercial Arbitration, Chapter 1: Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 3, 18 (2011).

1291 SAP Coruña 324/2008, de 15 de septiembre de 2008, fundamento 4 (Disponible en 3(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 227 (2010)).

> grounds not addressed by the parties than with respect to factual grounds that have not been addressed by the parties.[1292]

A continuación, un análisis de (i) las cuestiones implícitas, en tanto es un concepto necesario para evaluar la incongruencia en la *causa petendi*; (ii) las nuevas cuestiones de hecho; (iii) las nuevas cuestiones de derecho; y (iv) la forma de control judicial.

(i) Cuestiones implícitas

Antes de evaluar el tratamiento de *nuevas* cuestiones de hecho o de derecho —es decir, cuestiones no presentadas por las partes— es necesario hacer precisiones sobre las cuestiones que sí son presentadas por las partes. En específico, las cuestiones implícitas.

Las cuestiones implícitas son aspectos que integran la controversia, aun cuando no estén expresa o vocalmente señaladas por las partes. Luego, abordar cuestiones implícitas no significa exceso de autoridad pues dicha cuestión sí integra la disputa. Al respecto, en una icónica sentencia, el Tribunal Supremo de España señaló que:

> [Las facultades de los árbitros] vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquellos sometidos al principio de congruencia […]; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente […], […] la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; es decir, […] el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica u obligada de las que se le han planteado.[1293]

En esa línea, para una corte colombiana, «no se configura el vicio de incongruencia o inconsonancia cuando el fallador toma decisiones que, pese a no haberse pedido en la demanda en forma expresa, pueden deducirse implícitamente por constituir un complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente».[1294] Asimismo, la jurisprudencia de Perú refiere que en algunos casos el árbitro «no tiene otro remedio» que pronunciarse sobre cuestiones que son necesarias para resolver la controversia.[1295]

Esta flexibilidad, precisamente, permite sostener que el encargo de las partes no debe analizarse bajo una lectura rígida de lo expresamente pedido,[1296] sino que también debe considerar el contenido implícito ligado a aquel.

Por ejemplo, A pide a B una compensación por la pérdida de mercadería debido a un incendio imputable a B. B se limita a alegar que nunca hubo incendio. Si el tribunal arbitral encuentra que sí hubo un incendio, no debería *automáticamente* por ello ordenar la compensación. Los árbitros debe-

---

1292 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3251 (2d ed. 2014).

1293 STS de 25 octubre 1982 [RJ 1982, 5573] (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 533 (2013)).

1294 Colombia, Consejo de Estado, expediente 20634, sentencia de 6 de junio de 2002.

1295 Es necesario considerar que la norma peruana habilita a los árbitros «para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella» (art. 40 de la LAP). Al respecto, ver 3.3.2.

1296 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1079 (2008).

rían analizar si, antes que nada, existió mercadería; si esta nunca existió, no puede haber compensación. A no podría alegar que no se le encargó al tribunal evaluar si la mercadería existió. Si la controversia versa sobre una compensación por la pérdida de mercadería, evaluar si la mercadería existió es una cuestión indesligable a la controversia.

(ii) Nuevas cuestiones de hecho

Por regla general, el tribunal arbitral no puede levantar hechos que no fueron invocados por alguna de las partes. La excepción a esta regla está en el deber del tribunal de abordar e investigar hechos que afectan el orden público, como la corrupción.[1297]

Los hechos invocados por una parte *dan forma* a su demanda. No es lo mismo pedir una compensación por la pérdida de los bienes X, que por la pérdida de los bienes Y. Si se pide una compensación por los bienes X, pero los árbitros otorgan la compensación pues consideran que los bienes Y se perdieron, incurren en exceso de autoridad. Esta actuación, además, puede dar lugar a cuestionamientos sobre la imparcialidad[1298] y el respeto al derecho de alegación y defensa.[1299]

Así, la decisión y el análisis de los árbitros debe englobar solo a los hechos proporcionados por las partes —considerando, naturalmente, las cuestiones implícitas—.

(iii) Nuevas cuestiones de derecho

Si los árbitros introducen nuevas cuestiones de derecho (*new issues of law*), en principio esto estaría justificado en el *iura novit arbiter*. Luego, salvo casos de empleo distorsionado de dicha figura, no habría exceso de autoridad.

El árbitro conoce el derecho —o, al menos, debe conocerlo—. Por ello, puede suceder que el árbitro encuentre, por su cuenta, nuevas cuestiones de derecho, enlazadas a las normas aplicables a la controversia. Acaece aquí el concepto de *iura novit curia*: el juez conoce el derecho. En el proceso judicial, es usual entender al *iura novit curia* como un deber.[1300] En el arbitraje, el *iura novit arbiter* puede ser visto como un *poder,* y no necesariamente como un deber.[1301]

1297 Domitille Baizeau & Tessa Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte,* in A. Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* 225, 225-65 (2017).

1298 ¿Por qué el tribunal arbitral introduciría un hecho nuevo para resolver la controversia? Es la labor de la parte procurar los hechos y argumentos que respaldan su posición. El tribunal arbitral no puede sustituirse en dicha tarea; hacer ello genera cuestionamientos en cuanto a su rol de órgano imparcial.

1299 La afectación al derecho de defensa se dará si los árbitros no dan a las partes una oportunidad para manifestarse sobre las cuestiones que el tribunal haya levantado (*raised issue*). Naturalmente, aun si hacen ello, igual existe exceso de autoridad —pero claro, las partes deberán objetar ello, pues de lo contrario se consiente dicho exceso y por tanto el mismo es validado—.

1300 Por ejemplo, ver el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
«Artículo 218.- Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.
[…]
El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

1301 Antonias Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law*, 27(3) ASA Bull. 426, 426-27 (2009). El autor precisa que en algunos casos sí habrá un deber (p. ej. los árbitros deben aplicar normas de orden público, sea que las partes hayan mencionado a estas o no).

Pues bien, el ejercicio del *iura novit arbiter* no debe considerarse como una afectación al principio de congruencia y por tanto tampoco como un *exceso de autoridad*. Siempre que se ejerza dicha atribución sin afectar el principio de imparcialidad y otorgando una oportunidad a las partes para pronunciarse sobre la nueva cuestión,[1302] el *iura novit arbiter* no afecta ningún derecho de las partes.

En efecto, el tribunal arbitral no incurre en incongruencia por dar una *calificación jurídica* distinta a los hechos que integran la disputa.[1303] Introducir *new issues of law* no puede equipararse a otorgar algo distinto o adicional a lo pedido.[1304]

En concreto, el *iura novit arbiter* permite incluso la *recaracterización* de los fundamentos legales que sostienen la pretensión;[1305] un «nueva calificación de los hechos de la causa».[1306] En otras palabras, «an arbitral tribunal is permitted to adopt different legal characterizations of the facts than those advanced by the parties».[1307] Aquí, entendemos recaracterizar como variar o ampliar el enfoque y/o los fundamentos legales que aplican sobre los hechos que conforman la controversia. Ver los hechos bajo un prisma jurídico distinto; siempre respetando la esencia de la pretensión.

Ahora bien, puede decirse que el empleo del *iura novit arbiter* conlleva un riesgo de incurrir en incongruencia por exceso.[1308] Sin embargo, en estricto, lo que puede generar exceso de autoridad no es el *iura novit arbiter* en sí, sino una aplicación *distorsionada* de dicho poder. Bajo la «excusa» de emplear el *iura novit arbiter,* el tribunal arbitral no puede alterar el *petitum* o la *causa petendi*. Ejemplos:

- Una parte pide como pretensión que se declare la *resolución* del contrato. Al resolver el caso, el tribunal arbitral encuentra que los hechos invocados por A dan lugar a la *rescisión* del contrato; y sin embargo, dado que lo que pide A es que se declare la resolución, los árbitros no podrían declarar la rescisión.

- Una parte pide el pago de una suma X (pretensión) por un crédito pendiente (*causa petendi*). Al resolver el caso, el tribunal arbitral encuentra que no hay deuda alguna, pero los hechos acreditan compensación por daños. El tribunal arbitral no podría invocar el *iura novit arbiter* para ordenar el pago de la suma X, pues la parte no pidió una compensación por daños, sino el cumplimiento de un crédito impago.

1302 Veit Öhlberger & Jarred Pinkston, *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016* at 101, 108-10 (2012).

1303 Luis Gómez-Iglesias Rosón, *Iura novit curia y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España,* 9(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 45, 49 (2016).

1304 Antonias Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law*, 27(3) ASA Bull. 426, 438 (2009).

1305 Christian P. Alberti, *Part 1: International Commercial Arbitration, Chapter 1: Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 3, 19 (2011); Teresa Giovannini, *International Arbitration and Jura Novit Curia - Towards Harmonization,* in M. A. Fernández-Ballester & D. Arias Lozano (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 495, 501-02 (2010); Antonias Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law*, 27(3) ASA Bull. 426, 438 (2009), este último habla de «recharacterized legal relationships».

1306 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_464/2009, sentencia del 15 de febrero de 2010, § 4.1. (Disponible en 28(2) ASA Bull. 282, 289-90 (2010)). Traducción libre al español.
Texto original:
«nouvelle qualification des faits de la cause».

1307 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3292 (2d ed. 2014).

1308 Veit Öhlberger & Jarred Pinkston, *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016* at 101, 110 (2012).

En resumen, siempre que el *iura novit arbiter* esté permitido, el traer nuevas cuestiones de derecho y con ello recalificar los hechos —sin añadir nuevos— no constituye exceso de autoridad.

(iv) Forma del control judicial

Para verificar si el tribunal arbitral excedió los linderos de la *causa petendi,* la judicatura deberá revisar la motivación del laudo.[1309] Así, «[t]o determine whether an arbitral tribunal exceeded its mandate, parties have in general to rely on the reasoning of the award».[1310] Para una corte colombiana, se trata de ubicar las «discrepancias que se presentarán entre aquellas [mandatos del laudo] y las motivaciones de la decisión».[1311]

La motivación sirve como instrumento para determinar si los árbitros excedieron su autoridad al conceder pretensiones por fundamentos distintos a los invocados por el demandante. En estricto, la judicatura emplea la motivación como medio para evaluar si el *razonamiento* del tribunal arbitral consideró elementos ajenos a la *causa petendi*.

3.2.3.3. Otros posibles supuestos

En adición a la superación del convenio y a la incongruencia por exceso, el exceso de autoridad también se puede dar en otros escenarios. A continuación, tres supuestos que merecen análisis. Vale notar que los tres supuestos podrían encajar también en la causal de incumplimiento a las reglas de regulación convencional (artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU).[1312]

(A) Vencimiento de plazo

El laudo emitido fuera del plazo establecido puede ser considerado como un exceso de autoridad.[1313] Por lo tanto, podría ser anulado. Esto se produce cuando el diseño del procedimiento establece un tiempo límite para la emisión del mismo. Este tiempo límite, por cierto, podría consistir en un plazo *global* para la duración del procedimiento arbitral,[1314] o en un plazo máximo para la emisión del laudo, computado desde algún hito anterior.

Aquí, la autoridad del tribunal arbitral está restringida a parámetros temporales. El tribunal arbitral tiene la atribución y la obligación de emitir un laudo *hasta cierto momento.* Después, ya no. Por ello, la emisión del laudo fuera de plazo constituye un exceso de autoridad. El *sometimiento* de la controversia al tribunal está sujeto a un plazo, por lo que excedido este la controversia deja de estar a merced de dicho tribunal.

1309 En el derecho procesal, ya se ha sostenido que en muchos casos para aprehender el alcance de la cosa juzgada y de la *causa petendi* será necesario analizar la motivación de la decisión (Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* 429 (3d ed. 1958)).

1310 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 154 (2012).

1311 Colombia, Consejo de Estado, expediente 52556, sentencia de 13 de abril de 2015.

1312 Para los supuestos (B) y (C), ver UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 157 (2012). El *Digest* reporta que tales supuestos pueden encajar bajo el mencionado artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU.

1313 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 152 (2012).

1314 Al respecto, una precisión importante para este supuesto específico está en el momento de la objeción oportuna. La infracción al plazo global del arbitraje deberá reclamarse tan pronto ella se produzca, aun si se da mucho antes de la emisión del laudo. Por ejemplo, si el plazo global es superado cuando todavía no se realiza la audiencia final, ello deberá ser invocado inmediatamente por la parte interesada.

Ahora bien, bajo la noción de pérdida de autoridad existen dos escenarios posibles:

- El tribunal arbitral, *ese* tribunal arbitral, pierde autoridad para emitir el laudo cuando vence el plazo para hacer ello. En ese sentido, la anulación del laudo no perjudica la validez del convenio arbitral ni la competencia de cualquier futuro arbitral tribunal para resolver disputas cubiertas por tal convenio, incluyendo aquellas que fueron tratadas por el laudo anulado.

- El vencimiento del plazo sin emisión del laudo significa que el convenio arbitral pierde eficacia. Esta ineficacia podría ser total o parcial. Sería total cuando el convenio arbitral deja completamente de surtir efectos. Será parcial cuando el convenio arbitral sea ineficaz para resolver aquellas controversias que fueron abordadas por el tribunal arbitral que no llegó a emitir un laudo dentro del plazo establecido.

Al respecto, la norma española es particularmente útil, pues reconoce de forma expresa que ambos escenarios son posibles.[1315]

Tanto la ley como la voluntad de las partes pueden establecer que el incumplimiento del plazo es causal de anulación.[1316-1317] Por un lado, la ley puede establecer que la superación de un plazo límite signifique la extinción de la competencia del tribunal arbitral para resolver la disputa. Por el otro, las partes también podrían establecer dicha consecuencia; no parece que ello sea discutible: si son las partes las que invistieron al tribunal arbitral de autoridad para resolver la controversia, las partes también pueden quitarle dicha autoridad.[1318]

En ambos casos, debe quedar claro que la emisión de laudo fuera de plazo es una causal de anulación del mismo.[1319] En efecto, que se establezca un plazo para emitir el laudo no significa automáticamente que su incumplimiento es causal de anulación. La norma o el pacto de las partes

---

1315 Art. 37.2 de la Ley 60/2003.
«Artículo 37.- Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.
[…]
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros».

1316 Klaus Sach & Tom Christopher Pröstler, *Chapter 28: Time Limits in International Arbitral Proceedings*, in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 279, 290 (2017).

1317 Resulta interesante preguntarse por qué las partes pactarían que la emisión extemporánea del laudo deriva en la nulidad. Si el objetivo de las partes es obtener una decisión rápida, existen otros pactos que podrían lograr el objetivo con menores contingencias, como por ejemplo establecer que la emisión fuera de plazo obliga a los árbitros a devolver todo lo pagado —o que las partes recién pagarán una vez se emita el laudo y siempre que este se emita dentro de plazo—. Igual, es claro que existen casos en los que las partes podrían tener un interés en que si el laudo no se emite dentro de un plazo específico, este sea invalidado.

1318 Klaus Sach & Tom Christopher Pröstler, *Chapter 28: Time Limits in International Arbitral Proceedings*, in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 279, 290 (2017).

1319 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3267-68 (2d ed. 2014). El autor señala que los plazos máximos no deben tratarse como enlazados a la jurisdicción, sino solo como cuestiones de conducta procedimental salvo que se estipule expresamente lo contrario. Siguiendo esa línea, para que el incumplimiento de un plazo derive en la anulación del laudo, ello debe estar establecido de manera expresa.

debe estipular de manera *expresa* que el incumplimiento del plazo derivará en la anulación del laudo —y la consecuencia de ello para el convenio arbitral—.[1320]

(B) Decisión de equidad no autorizada

Por regla general, salvo que las partes expresamente autoricen a los árbitros a emplear sus criterios de equidad, estos deberán resolver conforme al derecho aplicable al fondo de la controversia.[1321] Luego, si el tribunal arbitral aplica sus criterios de equidad, tal conducta podría calificar como un exceso de autoridad.

(i) Pertinencia de este supuesto como causal de anulación

A nuestro juicio, este supuesto no debería integrar causal alguna de anulación de laudo. Su determinación requiere un análisis del razonamiento de los árbitros sobre el fondo de la controversia.

La dilucidación de este supuesto pasa por el análisis de la motivación, lo cual de entrada ya representa un riesgo de intervención judicial sobre el fondo. Sobre dicha base, este supuesto se produce con la confluencia de dos elementos: inaplicación de una norma + aplicación de un criterio de equidad. Sin embargo, el análisis de estos elementos conlleva un amplio margen de subjetividad (cada persona puede tener un juicio distinto sobre un mismo caso). Las siguientes preguntas denotan ello:

- ¿Inaplicación de norma aplicable o de norma inaplicable?
  Una parte podría alegar que el tribunal se apartó del derecho aplicable para laudar en conciencia al dejar de lado la disposición X. Sin embargo, podría ser que simplemente la disposición X, a juicio de los árbitros —y este es el juicio que cuenta—, no resultaba aplicable a dicho caso.

  Evaluar, a nivel judicial, si una norma X era aplicable o inaplicable constituye una grosera intervención sobre el fondo de la controversia. Así:

  > State courts usually do not allow judicial review of the merits under this ground for annulment, including in cases in which the arbitrator has […] ignored certain legal provisions of the applicable law or the parties' underlying contract.[1322]

- ¿Se inaplica una norma o se inaplica la *interpretación* de una parte sobre tal norma?
  Una parte podría alegar que el tribunal se apartó del derecho aplicable; sin embargo, podría suceder que para dicha parte solo su interpretación de la norma cuenta como aplicación. Los árbitros pudieron haber aplicado la norma, pero dándole una interpretación distinta.

  Evaluar, a nivel judicial, si la interpretación de la parte era la única manera de aplicar cierta norma constituye una grosera intervención sobre el fondo de la controversia.

1320 Si las partes establecen que la emisión extemporánea del laudo es causal de anulación pero no señalan si ello afecta el convenio arbitral, deberá inferirse que el convenio arbitral se mantiene vigente. Por lo tanto, las partes deberían iniciar un nuevo arbitraje para resolver la controversia, pues siguen sometidos al fuero arbitral.

1321 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3303 (2d ed. 2014).

1322 Heltmut Ortner & Yoanna Schuch, *Chapter III: The Award and the Courts, How to apply the applicable Law in International Arbitration*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* at 197, 202 (2017).

- ¿Cómo definir si se aplicaron criterios de equidad?

> En algunos casos —los menos, a nuestro juicio—, el tribunal arbitral podría señalar expresamente que aplica su visión de equidad. No parecería haber mayor dificultad en tales casos. Sin embargo, los árbitros no necesitan hacer ello para aplicar criterios de equidad, por lo que la evaluación de si ello se hizo será, en el mejor escenario para el eventual demandante, *discutible*.
> Evaluar, a nivel judicial, si los árbitros aplicaron criterios de equidad o si por el contrario solo aplicaron las normas constituye una intervención grosera sobre el fondo de la controversia.

(ii) Estándar de análisis

En caso un ordenamiento jurídico considere que este supuesto debe derivar en la anulación del laudo, el umbral de convicción (*threshold)* debe ser alto. La anulación debe darse solo para aquellos casos en que sea *patente* que se aplicó un criterio de equidad en desmedro de las normas aplicables.

Primero, en cuanto a la inaplicación de una norma, esta debería ser *manifiesta.* Es decir, que se dejó de lado la «letra» de la norma —y no alguna oscura interpretación ensayada por el demandante—. Además, deberá verificarse que el tribunal no haya dado alguna razón para la inaplicación de la misma. Así, según una corte peruana:

> Por otro lado, una denuncia debidamente fundamentada acerca que el laudo cuestionado no es derecho sino de conciencia, mínimamente, en el caso en concreto, debería comprender y precisar normas sustantivas que regulan la materia controvertida contra cuyo texto expreso habría resuelto el Tribunal Arbitral, quien no habría expresado las razones por las cuales dejó de aplicar dichas normas.[1323]

Segundo, y al igual que en el punto anterior, la aplicación de criterios de conciencia debe ser *evidente.* En estricto, casos en que el propio tribunal arbitral reconoce expresamente ello o porque la motivación denota la construcción de criterios de conciencia plenamente identificables y no relacionados a las normas aplicables.

Por ejemplo, las partes discuten si hubo un caso de fuerza mayor (*force majeure*) en la entrega de bienes. El contrato nada dice al respecto y la ley aplicable señala que el obligado a entregar la mercancía pierde el derecho a la contraprestación en tales casos. Si el laudo señala que, bajo sus criterios de conciencia, la decisión justa en ese caso es que se pague la mitad de la contraprestación, existe una inaplicación clara de una norma y la inserción patente de criterios de equidad. Solo en casos tan manifiestos como este debería proceder la anulación del laudo.

El estándar de análisis es alto para evitar que la judicatura intervenga sobre el fondo de la controversia. La resolución de casos evidentes significa que a la judicatura le basta una lectura superficial del laudo para encontrar el exceso de autoridad. Permitir que la judicatura evalúe casos no evidentes, casos difíciles, derivaría en que los jueces intervengan sobre cómo se aplicaron las normas a la controversia material.

Por ejemplo, si una norma autoriza a aplicar criterios de equidad para cierto tema —esto suele suceder por ejemplo en la valorización de daños—, la parte que perdió el arbitraje podría alegar

1323 Lima, SSC2 264-2016, p. 8.

que tal norma era inaplicable y que el árbitro resolvió en equidad sin tener habilitación para ello. El análisis de tal argumento implicaría, necesariamente, ingresar al fondo de la controversia.

(C) Inaplicación del derecho aplicable al fondo de la controversia

Los árbitros deben resolver la controversia bajo el derecho escogido por las partes. Si las partes establecen que el derecho aplicable al fondo es el alemán, los árbitros no deben resolver el caso bajo las disposiciones del derecho español. Los árbitros que aplican un conjunto de normas distintas al conjunto elegido por las partes incurren en exceso de autoridad.[1324]

Al igual que en el caso anterior, la verificación de este exceso de autoridad pasará por evaluar la motivación del laudo. La motivación sirve como medio para evaluar qué conjunto de normas aplicó el tribunal arbitral para la resolución del fondo.

Aquí también el umbral es alto: casos en los que se aplica un conjunto normativo totalmente diferente al elegido por las partes.[1325] En cambio, a falta de acuerdo de las partes, la decisión del tribunal arbitral sobre qué derecho aplica al fondo de la controversia no es cuestionable.[1326] No puede alegarse exceso de autoridad porque el tribunal arbitral escogió un derecho que no era el que, a juicio de una parte, «debía escogerse».

La revisión judicial dirigida a verificar que se haya aplicado el derecho escogido por las partes no significa una intervención sobre el fondo de la controversia. Los jueces no evalúan si la interpretación o aplicación de las normas al caso concreto fue acertada o no, sino que solo corroboran que no se haya empleado un derecho distinto al elegido por las partes.

Para asegurar que no exista tal intervención sobre el fondo, la anulación del laudo solo debe proceder en casos patentes, en los que baste una lectura superficial del laudo para concluir que no se aplicó el derecho escogido por las partes. Por ejemplo, no es difícil detectar que hay exceso de autoridad si los árbitros resuelven la disputa bajo las normas del Código Civil español y sin siquiera mencionar al *Bürgerliches Gesetzbuch* pese a que las partes establecieron que el derecho aplicable era el alemán.

Ahora bien, el análisis se complica cuando las partes establecen que la controversia debe resolverse bajo el derecho de más de un país, bajo orden de prelación. Es decir, cuando las partes establecen que debe aplicarse el derecho del país A, y solo ante «vacío» del derecho del país A para resolver la controversia, se debe aplicar el derecho del país B.

En teoría, si los árbitros aplican el derecho del país B sin considerar primero las normas del país A, se incurriría en exceso de autoridad. Un caso en México ilustra esto:

> [E]l acuerdo arbitral establece que el tribunal arbitral debería resolver en su orden: con sustento en los documentos y contratos aplicables; si no se encontraba en estos la respuesta aplicarían las Leyes del Estado de Nueva York; y si no se encontraba la respuesta, el tribunal resolvería conforme a lo establecido por la legislación mexicana; de ahí que si el tribunal arbitral aplicó entre otros lo dispuesto por el artículo 2110 del Código Civil Federal, sin aplicar los documentos y contratos aplicables en primer término o en su defecto la legislación de

1324 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 157 (2012).

1325 Heltmut Ortner & Yoanna Schuch, *Chapter III: The Award and the Courts, How to apply the applicable Law in International Arbitration*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* at 197, 202 (2017).

1326 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3304 (2d ed. 2014).

> Nueva York, la causa de nulidad parcial de laudo en estudio es fundada, ya que los árbitros estaban obligados a resolver en estricto derecho y no como ilegalmente lo hicieron […].[1327]

Sin embargo, este tipo de acuerdos hacen complicado el análisis de la causal. ¿Cómo determinar si el derecho del país A no contaba con una norma para el problema y por lo tanto era necesario recurrir al derecho del país B? En muchos casos será necesario ingresar al fondo de la controversia y analizar el derecho del país A, a efectos de verificar qué normas de dicho país pudieron haberse aplicado. Tal ingreso al fondo de la controversia, por cierto, estaría permitido. Para velar por el cumplimiento del acuerdo entre las partes, las cortes tendrían que ingresar a evaluar el fondo y determinar si efectivamente la legislación del país A carecía de respuesta y por lo tanto el tribunal arbitral pudo aplicar la legislación del país B.

Una vez más, el control judicial aquí debe limitarse a casos patentes. Si las partes establecen un orden de prelación normativa y es evidente que el derecho del país A regula cierta cuestión, pero se aplica el derecho del país B para tal cuestión, entonces habrá exceso de autoridad.

3.2.4. Casos ajenos a la causal

Existen dos principales supuestos ajenos a esta causal: el *iura novit arbiter* y las decisiones *infra petita*.

3.2.4.1. *Iura novit arbiter*

Este tema ya fue desarrollado líneas arriba.[1328]

3.2.4.2. Decisiones *infra petita*

(A) Marco general

El esquema de la LMU cubre, según vimos, supuestos de incongruencia *por exceso*. En ese sentido, los casos de incongruencia *por defecto* (decisiones *infra petita*) no están cubiertos bajo esta causal.[1329]

Aquí, y al igual que en la incongruencia por exceso, es necesario ser precisos. Por decisiones *infra petita*, nos referimos a casos en que el laudo no da respuesta a todas las pretensiones (*petitum*); o no da respuesta a la *causa petendi*.[1330] Ejemplos:

- Una parte pidió una compensación contra la otra. Si el laudo nada dice al respeto —no dice que dicha pretensión es desestimada—, puede sostenerse que la pretensión no fue respondida.

- Una parte pidió una compensación por daño emergente y por lucro cesante. Si el laudo desestima la pretensión, pero la motivación solo denota que se abordó el tema del daño emergente, puede sostenerse que la *causa petendi* (una parte de ella) no fue atendida.

1327 Octavo Juzgado Civil de Ciudad de México, demanda 748/2010-II, sentencia de 11 de abril de 2013, considerando sexto. Vale notar que en este caso el tema se evaluó bajo el artículo 1457.I(d) del C.Com., equivalente al artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU, sobre incumplimiento a reglas procedimentales de regulación convencional.

1328 Ver 3.2.3.2.(B)(III).

1329 Fernando Cantuarias Salaverry, *Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje,* 30 Ius Et Veritas 203, 208 (2005).

1330 En estricto, la noción de *infra petita* se debería referir solo, precisamente, al *petitum*. Sin embargo, es común que, tanto en el derecho procesal como en el arbitraje, por *infra petita* se aborden cuestiones enlazadas a la *causa petendi*.

Este tema nos lleva al de la motivación «insuficiente», que es abordada más adelante.[1331]

(B) ¿Debe anularse el laudo por decisiones *infra petita*?

No existe una sola posición en cuanto a si un laudo debe anularse por incurrir en decisiones *infra petita*. A nivel normativo, algunos países permiten ello;[1332] y aun cuando textualmente pareciera que la LMU no lo hace, practicantes prominentes de arbitraje han sostenido lo contrario. Al respecto, Born dice:

> The better view, however, is that awards should generally be subject to annulment on *infra petita* grounds, including when (as in Model Law jurisdictions) arbitration legislation contains no express provision to that effect. That is because an arbitral tribunal's failure to consider issues presented to it in fact amounts to an excess of authority, even if it appears only to be the reverse, because it effectively rewrites the tribunal's mandate, which is an act beyond the arbitrators' competence; that is particularly true when a tribunal fails to consider defenses or counterclaims related to relief that it does grant.[1333]

Sin embargo, consideramos que, *para el esquema de la LMU,* la respuesta debe ser negativa. En esencia, tres argumentos centrales sostienen esto.

En primer lugar*,* un análisis exegético y restrictivo —como corresponde— del artículo 34(2)(a)(III) denota que este entiende *exceso* de autoridad como la superación de los límites del encargo establecido. La norma no busca sancionar todas las posibles *infracciones* al mandato, sino solo casos en que la infracción responde a un exceso. Sí, un laudo *infra petita* supone, al igual que los casos de laudos *extra petita* o *ultra petita,* una violación a la misión encomendada a los árbitros.[1334] Sin embargo, dicha violación no se produce por exceso, el mandato es en realidad infringido *por omisión*.

Esta posición se sustenta en la parte final del artículo 34(2)(a)(III): «si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas». Claramente, la norma proyecta que los casos bajo la causal constituyen un *exceso* en el mandato. Dicho texto resulta inaplicable a casos de decisiones *infra petita*.

En función a lo expuesto, puede considerarse, cuando menos, controversial a la interpretación consistente en que una decisión *infra petita* constituye un exceso de autoridad porque reescribe el mandato del tribunal arbitral. Dicha interpretación «flies in the face of the wording of the provision in question».[1335]

En segundo lugar, y enlazado al punto anterior, consideramos que el espíritu de la norma pasa por proteger a las partes de una decisión *no pedida*. Si la demanda pide una indemnización por lucro cesante, los árbitros no pueden declarar que hay una deuda vencida; si las partes piden que el árbitro resuelva aplicando derecho, este no puede resolver en función a sus criterios de conciencia (arbitraje *ex aequo et bono*). Sin embargo, en el caso de decisiones *infra petita*, el laudo peca por omisión,

---

1331 Ver 4.2.3.

1332 Inglaterra (art. 68(2)(d) de la *Arbitration Act*).

1333 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3294 (2d ed. 2014).

1334 Xavier Nyssen & Samantha Nataf, *L'infra petita dans les sentences rendues en matière d'arbitrage international,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 783, 792 (2010).

1335 Jonathan Hill, *Claims that an arbitral tribunal failed to deal with an issue: the setting aside of awards under the Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 34(3) Arbitration Int'l. 385, 393 (2018).

no por exceso. El laudo *infra petita*, en sí mismo, puede incluso ser ejecutado sin que ello genere perjuicio alguno a las partes.[1336]

En tercer lugar, la anulación como «solución» contra los laudos *infra petita* constituye una respuesta inadecuada. Esto se denota tanto cuando la omisión se da en el *petitum* como en la *causa petendi*.

- Si el laudo es *infra petita* por no haber resuelto alguna pretensión sometida a arbitraje, no parece eficiente anularlo. Y es que dicho laudo *infra petita* sí resuelve una parte la controversia; dicho laudo es, entonces, pasible de ejecución en tanto sí contiene decisiones sobre algunas de las pretensiones (la fracción sí resuelta de la controversia). Anular el laudo derivaría en tener que volver a litigar, de nuevo, sobre temas ya discutidos *y que habían sido resueltos*. Así, parece más adecuado que la parte interesada simplemente inicie un nuevo arbitraje para las pretensiones que no fueron decididas.[1337]

- Si se afirma que el laudo es *infra petita* por no haber abordado algún extremo de la *causa petendi,* se está ingresando al terreno difuso de la motivación *insuficiente*. Según expondremos más adelante, por regla general los jueces no deberían evaluar la motivación.[1338] A nuestro juicio, autorizar a los jueces evaluar si un laudo respondió todos los argumentos presentados por las partes significa una intervención sobre la competencia arbitral exclusiva en cuanto al fondo de la controversia.

Entonces, ¿por qué algunos países sí permiten impugnar el laudo *infra petita*? Al respecto, podemos abordar el caso de Inglaterra, y encontraremos que la razón es sencilla: en casos de *serious irregularity,* la judicatura puede decidir entre declarar nulo el laudo, dejarlo sin efecto o remitirlo de vuelta al tribunal arbitral (*remission*).[1339] Más aun, la judicatura solo debe anular si encuentra que remitir el caso de vuelta sería inapropiado.[1340]

En ese sentido, un laudo *infra petita* no será anulado, sino más bien remitido al tribunal arbitral para que estos asuman la tarea de decidir las pretensiones que estaban pendientes de ser resueltas.

Ahora bien, la LMU también recoge la figura de la *remission*. Sin embargo, su estructura es distinta a la de la *Arbitration Act*.[1341] Por un lado, la remisión debe ser solicitada por alguna de las partes; por el otro, aun con solicitud de la parte, la judicatura cuenta con discrecionalidad para definir si remite o no el expediente de vuelta a los árbitros. Por lo tanto, para intentar equiparar la remisión de la UML a la remisión de la *Arbitration Act* sería necesario primero reescribir el artículo 34(2)(a)(III) para que incluya casos de decisiones *infra petita;* segundo, modificar el esquema de la remisión para que no se requiera pedido de parte (¡!);[1342] y tercero, modificar la figura para que los

---

1336 Los casos de laudos *infra petita* por no haber abordado todas las cuestiones contenidas en la *causa petendi* merecen un análisis separado, pues puede decirse que tal omisión vulnera el derecho de la parte a presentar su caso. En realidad, como se verá líneas abajo, estos supuestos involucran discutir la «suficiencia» de la motivación, lo que equivale a transgredir la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo de la controversia.

1337 Jean-Louis Delvolvé, Jean Rouche & Gerald H. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration* 251 (2009).

1338 Ver 4.2.3.

1339 Sobre la *remission,* ver 3. del capítulo V.

1340 Art. 68(3) de la *Arbitration Act*.

1341 Ver 3.2.3. del capítulo V.

1342 Este es un cambio significativo al esquema de la LMU. En la práctica, el tribunal arbitral ya no solo tendría dos opciones (anular o no anular), sino tres (anular, no anular, remitir). Las consecuencias de una variación como esta en la LMU son difíciles de proyectar.

árbitros tengan como consigna preferir remitir un laudo en vez de anularlo. Es razonable considerar que hacer tales modificaciones no es viable.

(C) Situación en Iberoamérica

La regla general en Iberoamérica es que el laudo *infra petita* no debe ser anulado.

En España, se ha señalado que el criterio general es que los laudos *infra petita* no están cubiertos por la causal de anulación bajo análisis.

> Además, y tratándose de incongruencia omisiva está generalmente aceptado que de existir dicho defecto no constituiría per se un motivo de anulación, como se deduce del tenor literal del art. 41 de la Ley de Arbitraje y si el recurrente hubiese considerado que el laudo estaba incompleto podría haber utilizado el mecanismo previsto en el art. 39.1 de la Ley de Arbitraje para su aclaración, complemento o corrección.[1343]

En Chile, la LACI no incluye a las decisiones *infra petita* dentro de las causales de anulación de laudo. Dada la naturaleza taxativa de las causales, es razonable considerar que tal tema no puede servir como fundamento para anular un laudo. Asimismo, no parece haber jurisprudencia que adopte una posición distinta.

En Colombia, las disposiciones de la Ley 1563/2012 sobre arbitraje internacional no incluyen a las decisiones *infra petita* como causal de anulación de laudo. Por contraste, las disposiciones sobre arbitraje local sí establecen que tal tema constituye una causal de anulación.[1344-1345]

En México, el Código de Comercio no incluye a las decisiones *infra petita* dentro de las causales de anulación de laudo. Luego, la naturaleza taxativa de las causales permite sostener que tal tema no puede dar lugar a la anulación del laudo.

En Perú, la jurisprudencia en mayoría entiende que la causal de exceso de autoridad se refiere a la incongruencia por exceso, sin considerar los casos *infra petita*.[1346] Es decir:

> [la causal] se conoce en la doctrina como incongruencia extra petita ó incongruencia por exceso, a diferencia de la incongruencia infra petita que se produce cuando los árbitros fallaron omitiendo resolver sobre alguna materia de su conocimiento, con la extra petita se pretende evidenciar que el Laudo se pronunció sobre materia no sometida a su controversia.[1347]

Sin perjuicio de lo expuesto, existen algunos pronunciamientos judiciales peruanos que, en *obiter dictum,* consideran que el principio de congruencia proscribe los laudos *infra petita* y que para revertir estos se puede acudir a la vía judicial de anulación de laudo.[1348]

1343 SAP Madrid 303/2007, de 13 de junio de 2007, fundamento 7 (Disponible en 1(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547 (2008)).

1344 Art. 41.9 de la Ley 1563/2012. Sin embargo, si la demanda por dicha causal prospera, la consecuencia es que el laudo es subsanado, no anulado.

1345 Ver 3.1.1.1.(A)(IX) del capítulo VI.

1346 Lima, SSC1 51-2018, p. 20; SSC1 491-2017, pp. 19-20; SSC1 358-2016, pp. 9-10; SSC1 271-2016, p. 5; SSC1 201-2014, p. 9; SSC1 286-2014, p. 9.

1347 Lima, SSC1 51-2018, p. 20.

1348 Lima, SSC2 85-2017, pp. 8-9; SSC2 399-2015, p. 12; SSC2 397-2016, p. 10.

3.2.5. Objeción oportuna - Precisiones

En función a los distintos supuestos de exceso de autoridad, el *momento* de la objeción oportuna para estos es variable. Sí, en cualquier escenario el reclamo debe ser *oportuno;* lo que implica que debe formularse tan pronto como sea posible. Sin embargo, tal oportunidad puede darse en momentos distintos y deberá hacerse bajo distintas formas.

Así, por un lado, el artículo 16(2) de la LMU —y en el mismo sentido van las normas de España[1349] y Latinoamérica—[1350] establece que la excepción de incompetencia por exceso de autoridad «deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato». Por ejemplo, si en el Acta de Misión el tribunal arbitral consigna que resolverá un pedido no formulado, las partes deberán objetar ello de forma inmediatamente posterior a la notificación de dicha acta.

Ahora bien, aun si se interpuso la mencionada excepción, si el tribunal arbitral en el laudo materializa las proyectadas decisiones incongruentes por exceso, la parte interesada igual debería reiterar su reclamo contra dicha decisión. Esto a efectos de evitar que pueda sostenerse que se configuró la aplicación de la renuncia a objetar.[1351] En particular, deberán agotar cualquier pedido adicional que contemple la ley respectiva para la eliminación del exceso de autoridad.[1352]

Por otro lado, no puede descartarse que la decisión incongruente recién aparezca en el laudo. Es decir, durante el procedimiento arbitral el tribunal arbitral no evidenció que manejaba y planeaba resolver temas que superaban el encargo de las partes. En estos casos, el reclamo recién se haría después de emitido el laudo. Por cierto, el reclamo debería hacerse sin importar si existe o no un mecanismo intraprocedimental para revertir tal situación.

3.3. Particularidades normativas en Iberoamérica

Las leyes de arbitraje de España y Perú hacen algunas variaciones materiales al esquema de la LMU.

3.3.1. España

En el marco normativo español existen dos particularidades a destacar. Primero, la Ley 60/2003 establece un mecanismo dentro del procedimiento arbitral para revertir el exceso de autoridad: el pedido de rectificación de extralimitación.[1353] La presencia de este mecanismo, en teoría, debería servir para reducir casos de exceso de autoridad. Segundo, la norma española adopta una redacción más sintetizada al adoptar el artículo 34(2)(a)(III) de la LMU. El artículo 41.1.c) señala:

> «Artículo 41.- Motivos.
>
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> […]

1349 Art. 22.2 de la Ley 60/2003.

1350 Chile (art. 16(2) de la LACI), Colombia (art. 79 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1432 del C.Com.) y Perú (art. 41.3 de la LAP).

1351 Sobre la renuncia a objetar, ver 4.3.3.1 del capítulo II.

1352 Como se verá más abajo, las leyes de arbitraje de España y Perú contienen remedios para revertir decisiones que incurren en exceso de autoridad.

1353 Art. 39.1.d de la Ley 60/2003.

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión».

La variación frente a la LMU puede ilustrarse de la siguiente manera:

Artículo 41.1 de la Ley 60/2003 (España)	**Artículo 34(2)(a)(III) de la LMU**
Los árbitros han resuelto cuestiones/materia no sometida a su decisión.	- El laudo se refiere a una disputa no contemplada en el acuerdo de arbitraje; o - El laudo contiene decisiones que exceden lo establecido en el acuerdo de arbitraje.

Bajo una comparación textual, podría considerarse que la redacción de la norma española cubre un ámbito menor que el de la LMU. Sin embargo, la práctica devela que no es así. En España, los casos de superación de convenio como de incongruencia por exceso, que son los bloques centrales de la causal de exceso de autoridad, generan la anulación de laudo.

A nuestro juicio, la redacción sucinta podría responder al ánimo del legislador de reflejar mejor el ámbito de cobertura de esta causal. Al emplear la palabra «resolver» y omitir la expresión de que «el laudo se refiere a», parece claro que el foco de la causal se encuentra en la decisión, y *no en la motivación*.

Si bien ya expusimos que en algunos casos la motivación deberá evaluarse para verificar que no exista exceso en la *causa petendi*, ello no significa que cualquier tema o argumento contenido en la motivación y que pueda considerarse «nuevo» derivará en la anulación del laudo. Así, la redacción elegida en España refuerza la idea de que no puede usarse esta causal como pretexto para ingresar a analizar la motivación en sí misma —y no como medio para evaluar la *causa petendi*—.

3.3.2. Perú

En Perú, el esquema normativo es muy similar al español en este tema. Primero, la norma peruana también establece un mecanismo dentro del procedimiento arbitral para neutralizar el exceso de autoridad: el pedido de exclusión.[1354] Naturalmente, este remedio podría reducir los casos de exceso de autoridad.

Asimismo, la ley peruana parece haberse inspirado en la norma española al redactar este artículo, pues la similitud es evidente.[1355]

«Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[…]

1354 Art. 58.1.d de la LAP.

1355 La redacción de ambas (norma española y norma peruana) es casi idéntica. Ello permite considerar, en atención a las fechas de promulgación de las normas, que el legislador peruano se inspiró en la norma española y prefirió su redacción por sobre la de la LMU al momento de elaborar su propia norma.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión».

Es razonable considerar que el legislador peruano siguió la estela del legislador español. Es decir, el legislador peruano buscó poner énfasis en que se controla la decisión del laudo, y no la motivación —aunque, como ya expusimos antes, en algunos casos la motivación deberá evaluarse—.

Para finalizar, la ley peruana tiene un componente adicional a considerar. La LAP establece que los árbitros tienen competencia para resolver el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella.[1356] Sobre ello, la jurisprudencia peruana reconoce que los árbitros pueden pronunciarse sobre aspectos que pudieran no haber estado expresamente planteados por las partes.[1357]

La norma peruana establece tal disposición para asegurarse que los árbitros puedan pronunciarse sobre *toda* la controversia.[1358] Es decir, trata de evitar que el encargo de las partes (resolver la controversia) no se vea obstaculizado por consideraciones derivadas de una lectura rígida a las pretensiones objeto de controversia.

4. DISTORSIONES EN LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL O EN EL PROCEDIMIENTO - ARTÍCULO 34(2)(A)(IV)

4.1. Fundamentos de la causal

El artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU dispone la anulación del laudo cuando el procedimiento arbitral o la composición del tribunal arbitral no observa lo establecido por las partes.

Esta causal se fundamenta en proteger el acuerdo de las partes. Si la causal del artículo 34(2)(a)(I) protege la voluntad de las partes de acudir a arbitraje, esta causal protege la voluntad de las partes sobre *cómo* se llevará a cabo el arbitraje. El arbitraje es un mecanismo que otorga gran libertad a las partes para diseñar el procedimiento según como mejor les sirva a sus intereses.[1359] Por lo tanto, debe prevalecer el acuerdo de las partes en cuanto al diseño procedimental del arbitraje y establecer una vía de solución para cuando dicho acuerdo no sea respetado.

Así, se trata de una causal con fundamento contractual.[1360] El convenio arbitral, como cualquier contrato, constituye ley entre las partes, por lo que las reglas procedimentales fijadas por las partes deben ser observadas. En palabras de una corte de Perú: «la causal bajo examen se encuentra directamente vinculada al Convenio Arbitral, por lo que se trata de una causal contractual que persigue se cumpla lo pactado por las partes en el Convenio Arbitral, en el Reglamento arbitral aplicable o en el Decreto Legislativo n.º 1071 [LAP], en defecto de pacto de las partes».[1361]

4.2. Estructura y contenido

Esta causal sanciona la nulidad del laudo cuando no se cumplan las reglas fijadas sobre la composición del tribunal arbitral; y sobre el procedimiento arbitral. La norma, aquí, sigue un estilo similar

1356 Art. 40.
1357 Lima, SSC1 144-2015, p. 8; SSC1 201-2014, p. 10; SSC1 286-2014, p. 10; entre otras.
1358 Roger Rubio, *Comentario al artículo 40*, in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 454, 457 (2011).
1359 Fernando Cantuarias Salaverry, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones* 484-85 (2007).
1360 Alfredo Bullard González, *El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación,* 38 Derecho y Sociedad 17, 28 (2012).
1361 Lima, SSC2 122-2015, p. 29-30.

al del artículo 34(2)(a)(II): recoge un aspecto concreto del procedimiento arbitral, que es el de la composición del tribunal y luego cubre todos los supuestos de actuaciones arbitrales en general.

Ahora bien, aunque parezca una obviedad, vale mencionar que la norma restringe su ámbito de aplicación a disposiciones *procedimentales*. Por lo tanto, en palabras de una corte peruana, las situaciones cubiertas por esta causal «no están referidas a eventuales infracciones a los términos contractuales pactados entre las partes o a las normas sustantivas que regulan la materia controvertida».[1362]

A continuación, un análisis de los siguientes temas: la delimitación de la causal y los temas generales cubiertos por esta (su alcance). Sin perjuicio de ello, por razones de orden, se hará un análisis separado de un tema específico: la motivación.

4.2.1. Delimitación de la causal

4.2.1.1. Reglas protegidas

Esta causal cubre el incumplimiento a las reglas sobre la composición del tribunal arbitral y sobre el procedimiento arbitral. A la luz de la redacción de la norma, se podría entender que esta protege reglas establecidas por las partes y reglas establecidas en la ley de arbitraje aplicable.[1363]

Sin embargo, como explicaremos a continuación, a nuestro criterio la causal solo cubre reglas *no imperativas* de la ley de arbitraje. De ahí que el ámbito de esta causal cubre reglas *de regulación convencional*, sea porque las partes las establecieron expresamente o porque aplican las reglas supletorias de la *lex arbitri*.

En efecto, el artículo 34(2)(a)(IV) presenta un esquema de dos niveles:

- Primero, si las partes pactaron de manera expresa reglas procedimentales, el incumplimiento a las mismas puede derivar en la anulación del laudo.[1364]

- Segundo, a falta de regla expresa establecida por las partes, el incumplimiento a las reglas de la *lex arbitri* puede derivar en la anulación del laudo.

Observemos que la protección de reglas de la *lex arbitri* solo se activa ante la ausencia de una regla expresa establecida por las partes. A nuestro criterio, ello denota que solo las reglas *supletorias* de la ley de arbitraje están bajo el ámbito de protección de esta causal. Y es que si la norma buscase proteger todas las reglas de la ley de arbitraje, no condicionaría la protección de las disposiciones de la *lex arbitri* a la falta de reglas acordadas de manera expresa por las partes.

Así, en el fondo, la norma solo busca proteger las reglas que derivan de la voluntad de las partes. En esa línea, puede decirse que este acuerdo puede surgir de distintas maneras: pacto directo, plasmado en un acuerdo expreso de las partes; pacto indirecto, vía remisión a instrumentos existentes (reglamentos arbitrales) o al criterio de otros sujetos (árbitros); y pacto por omisión, cuando aplican las reglas supletorias establecidas en la ley. Dicho esquema encaja con la redacción del artículo 34(2)(a)(IV).

1362 Lima, SSC2 74-2018, p. 12. En el mismo sentido, SSC2 3-2017, ver SSC2 58-2017, SSC2 59-2016, SSC2 157-2016, entre otras.

1363 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3270 (2d ed. 2014).

1364 Salvo que vayan en contra de reglas imperativas establecidas en la ley de arbitraje.

La restricción de la protección a reglas de regulación convencional armoniza con el principio de flexibilidad del procedimiento arbitral. No parece ideal que el procedimiento arbitral esté regido por un conjunto de reglas procesales rígidas e imperativas.[1365]

Este esquema derivaría en que el incumplimiento de reglas procedimentales *imperativas* de la ley de arbitraje no active esta causal de anulación. Esto, que a primera vista parecería intolerable, es en realidad algo aceptable si consideramos que el debido proceso está cubierto por otra causal (artículo 34(2)(a)(II) de la LMU). Aquellas normas procedimentales imperativas que deriven del debido proceso arbitral sí estarán cubiertas —pero por el artículo 34(2)(a)(II)—.

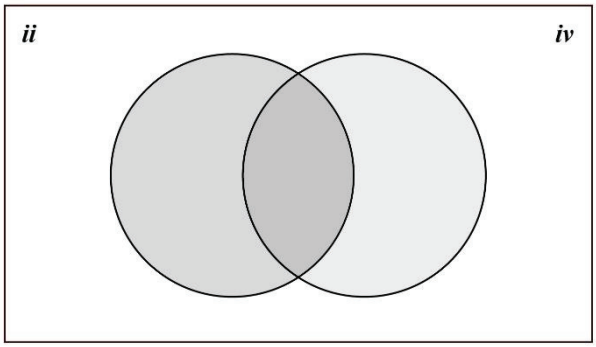
Para finalizar, el laudo no puede anularse por haber incumplido con una regla convencional que va en contra de normas imperativas de la ley de arbitraje. La razón de dicha salvedad es clara: el pacto de las partes no puede hacerse en desmedro de disposiciones imperativas. En el fondo, ello significa validar el incumplimiento de reglas procedimentales que atenten contra el debido proceso. Por ejemplo, bajo la LMU, las partes no podrían establecer reglas que deriven en que estas reciban un trato *desigual* en el procedimiento pues ello iría contra el artículo 18 de la LMU.[1366]

4.2.1.2. Diferencia entre las causales (II) y (IV)

Para delimitar correctamente el ámbito de aplicación de esta causal, resulta necesario evaluar cómo esta se relaciona con el artículo 34(2)(a)(II) de la LMU. La razón de dicha tarea es evidente: el artículo 34(2)(a)(II) cubre afectaciones al debido proceso arbitral, que fuera de toda duda se producen en el procedimiento arbitral; y la causal 34(2)(a)(IV) cubre incumplimientos a las reglas procedimentales fijadas por las partes.

Así, ambas normas cubren problemas en el procedimiento arbitral. Por ello, existe un *traslape* entre estas causales. Esto no debe sorprender, pues ya se ha señalado que esta causal incurre en *overlapping* con otras causales de la LMU.[1367]

Esta situación puede ilustrarse así:



1365 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3271 (2d ed. 2014).

1366 Michael Ostrove, James Carter & Ben Sanderson, *Awards: Challenges,* in J. W. Rowley QC (ed.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* 22, 26 (2019).

1367 El artículo 34(2)(a)(IV) se traslapa con los artículos 34(2)(a)(II) y 34(2)(b)(II). Esto deriva del esquema de la Convención de Nueva York, en el que existe traslape entre los artículos V(1)(d), V(1)(b) y V(2)(b) (Patricia Nacimiento, *Article V(1)(d),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 281, 282 (2010)).

Existen casos que solo encajarán bajo el artículo 34(2)(a)(II), casos que solo encajarán bajo el artículo 34(2)(a)(IV) y casos que encajarán bajo ambas disposiciones.

En muchos casos, habrá traslape. Y es que la inobservación de una regla procedimental afectará derechos procesales de las partes, los que pueden estar a su vez cubiertos por el debido proceso arbitral. Por ejemplo, las partes acuerdan que habría una sola audiencia en la que cada parte expondría durante 40 minutos su posición. Si el tribunal decide no realizar la audiencia, se está afectando el debido proceso arbitral y la regla procedimental fijada por las partes.

Sin perjuicio de ello, también es posible que se produzcan afectaciones que solo encuadren bajo una de las causales glosadas. Así:

- Las partes pueden establecer reglas procedimentales específicas que, de no ser por el pacto, no serían obligatorias;[1368] esto contrasta con las reglas derivadas del debido proceso arbitral, que sí son obligatorias. Luego, una afectación a tales reglas no implicaría a su vez una vulneración al debido proceso arbitral. Por ejemplo, las partes acuerdan en el convenio que el tribunal deberá contratar a tres peritos de oficio. Si el tribunal solo contrata a uno, se incumple la regla procedimental fijada por las partes, pero no se afecta el debido proceso arbitral.

  Estos casos, entonces, están cubiertos solo por el artículo 34(2)(a)(IV).

- El debido proceso arbitral puede verse afectado en algún aspecto que, a su vez, no afecta ninguna regla procedimental fijada por las partes.[1369] Por ejemplo, en un caso puede no existir regla alguna que recoja el derecho de las partes a tener réplica. Si en una audiencia el tribunal solo escucha a una parte e impide a la otra responder entonces se está afectando el debido proceso arbitral, pero no se incumple regla procedimental alguna fijada por las partes.

  Estos casos, entonces, están solo cubiertos por la causal 34(2)(a)(II).

4.2.2. Alcance de la causal

4.2.2.1. Inobservancia a las reglas de composición del tribunal

A nuestro juicio, por *composición* del tribunal arbitral, la norma cubre tres bloques principales: (A) la constitución del tribunal arbitral; (B) la no intervención de terceros en las funciones exclusivas del árbitro; y (C) la reunión de los árbitros para las deliberaciones.[1370]

(A) Constitución del tribunal arbitral

Si la noción de arbitraje pasa por un mecanismo aceptado por las partes dada su confianza en los decisores,[1371] es claro que la composición del tribunal arbitral es un aspecto esencial para la legitimidad del arbitraje. De ahí que la conformación del tribunal deba hacerse bajo las reglas establecidas por las partes.

1368 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3261 (2d ed. 2014).
1369 *Id.*
1370 La reunión para deliberar solo aplica para los tribunales colegiados.
1371 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 1 (2013).

En específico, el procedimiento de elección, nombramiento, comunicación, y aceptación de árbitros —que incluye asimismo a los procedimientos de recusación y remoción, si se diesen— debe respetar las reglas establecidas por las partes. Por otro lado, vale notar que la constitución no se restringe a la constitución «original» o «primigenia» del tribunal arbitral, sino que también involucra a los árbitros que reemplacen a los originales.[1372]

De manera referencial, podemos dar los siguientes temas específicos:

- Distorsiones en el sujeto titular de la atribución para designar. Un aspecto esencial en el procedimiento de designación es respetar la distribución de la facultad de nominación de árbitros. En términos simples: la elección del árbitro debe ser hecha por quien tiene el encargo para hacerlo. El caso icónico aquí es el de la elección de cada parte: una parte que tenga derecho a elegir un árbitro no puede ser privada de ejercer tal elección.[1373]

- Incumplimiento en el procedimiento de nominación. El trámite establecido por las partes para la designación debe observarse en cada uno de sus pasos. En *Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica,*[1374] la corte concluyó que el procedimiento para la designación del presidente del tribunal arbitral no se cumplió de manera integral. En dicho caso, el pacto de las partes establecía que el presidente solo sería elegido por el Tribunal de Comercio de Luxemburgo en caso los dos árbitros elegidos por las partes no llegasen a un acuerdo al respecto. Esto último no se hizo.[1375]

- *Non disclosure*. La omisión de revelar información relevante no solo permite cuestionar la imparcialidad e independencia de los árbitros, sino también impacta en la correcta composición del tribunal arbitral.[1376] Es claro que la no revelación de información relevante puede alterar la idónea conformación del tribunal. La razón es obvia y se presenta en una premisa contrafáctica: si las partes hubiesen tomado conocimiento de la información no relevada, podrían haber tomado acciones para la elección de otro sujeto como árbitro.

- Calificaciones personales. Las partes pueden establecer diversos requisitos que los potenciales árbitros deberán cumplir (p. ej. edad, experiencia, especializaciones, etcétera). La presencia de un árbitro que incumpla con estos requisitos puede calificar como una afectación a la correcta composición del tribunal arbitral.

En todos estos escenarios, la afectación de las reglas pactadas por las partes dependerá de lo establecido en el caso concreto. Debemos recordar que un elemento necesario para que una corte declare la nulidad del laudo es la *materialidad* de la afectación.

1372 Patricia Nacimiento, *Article V(1)(d),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 281, 289 (2010).

1373 ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* 95 (2011).

1374 403 F3d 85 (2d Cir. 2005).

1375 403 F3d 85, 91 (2d Cir. 2005).
«EUSA fails to appreciate that the arbitration clause required the two party-appointed arbitrators to disagree on a third arbitrator before asking the Tribunal to appoint one. However, Danziger's letter was written after Layton's letter, which was written after Danziger petitioned the Tribunal. Thus, it cannot serve as evidence that they disagreed before he approached the Tribunal. We agree with the District Court that the letter was merely an "ingenious but disingenuous" attempt to "construct a process of deliberation and deadlock after the fact"».

1376 Patricia Nacimiento, *Article V(1)(d),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 281, 289 (2010).

(B) No intervención de terceros en funciones exclusivas del árbitro

(i) Marco general y principales supuestos

El árbitro no puede delegar a otros sujetos los aspectos centrales de su rol de árbitro: las tareas de decidir el caso, atender audiencias o evaluar documentos.[1377] Es decir, las tareas que conforman la función *decisoria* del árbitro deben realizarse de manera *intuitu personae*. Así:

> La misión jurisdiccional confiada al árbitro es eminentemente personal, y el contrato con el árbitro se realiza *intuitu personae*. Esto implica que el árbitro debe cumplir el mismo su misión, sin delegar a un tercero, incluso si este trabaja en la misma firma de la que él es abogado […]. Es importante entonces, en la etapa de adopción de decisión, que el árbitro conozca el caso, delibere y participe en la formación de la voluntad del tribunal arbitral; para hacer esto, el presidente debe conservar el control intelectual de la cuestión objeto de litigio y el coárbitro contribuir al procedimiento decisorio […]. El laudo emitido en violación de esta regla no escrita, que es a veces no estimada en la práctica arbitral, podrá ser anulada […].[1378]

Luego, si una persona que no es árbitro participa en los aspectos centrales del rol de árbitro, entonces esta es un árbitro *de facto*: funge de árbitro pese a que no transitó por el procedimiento de constitución del tribunal arbitral.[1379-1380]

El paradigma del árbitro de facto es el secretario arbitral que realiza funciones que son propias y exclusivas de los árbitros. Por ejemplo, es claro que si un secretario redacta la versión final —no susceptible de cambios— del laudo, está actuando como árbitro de facto.

Los principales temas en los que la actuación del secretario puede calificar como árbitro de facto son los siguientes: deliberaciones, redacción del laudo e investigación de cuestiones de hecho o de derecho. En todos estos temas existen casos claros y casos discutibles (zonas grises).[1381]

En ciertos casos, la actuación del secretario difícilmente puede calificar como la de un árbitro de facto. Por ejemplo, la presencia del secretario en las deliberaciones,[1382] la verificación de las citas bibliográficas del laudo,[1383] o la recopilación de textos académicos sobre una cuestión específica son actuaciones que un secretario puede realizar sin problema alguno.

1377 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 1999 (2d ed. 2014).

1378 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_709/2014, sentencia de 21 de mayo de 2015 (Disponible en 33(4) ASA Bull. 865 (2015)). Traducción libre al español.
Texto original:
«La mission juridictionnelle confiée à l'arbitre est éminemment personnelle, et le contrat d'arbitre est conclu intuitu personae. Cela implique que l'arbitre doit accomplir lui-même sa mission, sans la déléguer à un tiers, fût-il un confrère travaillant dans le même cabinet que lui s'il est avocat […]. Il importe donc, au stade de la prise de décision, que l'arbitre connaisse le dossier, délibère et participe à la formation de la volonté du tribunal arbitral; pour cela, le président doit conserver la maîtrise intellectuelle de l'issue du litige et le coarbitre contribuer au processus décisionnel […]. La sentence rendue en violation de cette règle non écrite, qui est parfois méconnue dans la pratique arbitrale […], pourra être annulée […]».

1379 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* § 8.21, 349 (2019).

1380 Esto, a la vez, representa una afectación al debido proceso. Si un sujeto que no es árbitro interviene en las funciones de los árbitros, se produce una afectación al principio de oportunidad razonable para presentar una posición. En realidad, el esquema completo de derechos derivados del debido proceso se ve quebrado.

1381 Una interesante guía es la *Traffic Light Scale of Permissible Tribunal Secretary Tasks,* que clasifica los principales supuestos según su gravedad en tres listados (rojo, ámbar y verde) (J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* 411 (2019)).

1382 ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration* § 185, 25 (2017).

1383 *Id.*

En otros casos, la actuación del secretario claramente será la propia de un árbitro de facto. Por ejemplo, que el secretario tenga voto en las deliberaciones,[1384] que la redacción de la versión final del laudo esté a cargo del secretario,[1385] o que el análisis y valoración de ciertas pruebas realizada por el secretario carezca de fiscalización posterior.[1386]

Entre los dos polos relatados, se ubica una zona gris con casos difíciles.

Es claro que un secretario podría estar presente en las deliberaciones, y también es claro que no tiene derecho a voto. ¿Puede el secretario tener voz? En principio, el secretario no debería poder dar su opinión sobre el caso.[1387] Sin embargo, existen supuestos en los que indirectamente la percepción del secretario podría tener injerencia en la visión de los árbitros.

Dado su involucramiento en labores previas como la investigación del derecho aplicable, el secretario arbitral podría asistir al tribunal arbitral en la identificación de los puntos principales a deliberar.[1388] Sin embargo, esto podría impactar en la visión de los árbitros sobre el grado de relevancia de las distintas cuestiones que conforman la controversia.

Por otro lado, el grado máximo de intervención aceptable del secretario en la redacción del laudo es una cuestión muy discutida. Es claro que el secretario no puede redactar la versión final; pero si vamos un paso atrás, incluso si hubiese supervisión *ex post* de los árbitros ¿sería aceptable que el secretario redacte todo o gran parte del laudo?

Bajo una visión estricta, se podría sostener que la redacción es una tarea exclusiva del tribunal arbitral.[1389] Sin embargo, la redacción del laudo —o mejor dicho, de ciertas secciones del laudo— por el secretario es una práctica no descartada por todos.[1390] Naturalmente, existen secciones del laudo que podrían ser redactadas por el secretario sin mayor problema, como las secciones «procesales».[1391] La discusión radica, principalmente, en los *merits* del laudo: en la exposición del razonamiento del tribunal arbitral que sustenta su decisión.[1392]

El caso icónico —por la cuantía en juego— es el de *Rusia v. Yukos (Isle of Man)*. En este caso, Rusia pidió la anulación del laudo por, entre otras razones, la indebida participación de un asistente del tribunal. Estudios forenses lingüísticos presentados por Rusia concluían con un 95 % de certeza que el asistente redactó secciones sustantivas y sustanciales del laudo.[1393]

1384 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* 414 (2019).

1385 *Id.*

1386 *Id.* at 413.

1387 *Id.* at 414.

1388 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* 445 (2012).

1389 Felix Dasser & Emmanuel O. Igbokwe, *Chapter III: The Award and the Courts, Efficient Drafting of the Arbitral Award: Traditional Ways Revisited – Lesson Learned from the Past?,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019* at 279, 299 (2019).

1390 Art. 3(2)(j) de la *Guía de Young ICCA sobre secretarios arbitrales – Reportes de ICCA n.º 1.*
«Artículo 3.- Funciones del Secretario Arbitral
(2) Sobre esa base, las tareas del secretario arbitral pueden incluir todas o algunas de las siguientes: […]
(j) Redactar secciones adecuadas del laudo».

1391 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2302 (2d ed. 2014).

1392 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* § 5.257, 268 (2019).

1393 Alison Ross, *Valasek wrote Yukos awards, says linguistic expert* (October 20, 2015), https://globalarbitrationreview.com/article/1034846/valasek-wrote-yukos-awards-says-linguistics-expert

La corte de apelaciones de la Haya desestimó la demanda de anulación.[1394] En estricto, un factor central para la decisión de la corte neerlandesa fue la dificultad de probar que los árbitros delegaron en el asistente funciones decisorias.[1395] Sin embargo, la corte precisó también que el solo hecho de que el asistente haya redactado en borrador secciones del laudo no constituía una violación *seria* al mandato del tribunal arbitral; para ello, sería necesario que el asistente hubiese tenido la responsabilidad final sobre dichas partes.

> […] the violation of the mandate must be serious. In a case such as the present, a violation of the mandate […] can only be said to have occurred if the substantive decisions relevant to the arbitral awards had been delegated to [the assistant] and/or if [the assistant] had had final responsibility for (certain parts of) those awards. Should such a situation arise, there is no question of the arbitrators personally not fulfilling the core tasks of their mandate. The submission by [the assistant] of draft texts written under the responsibility of the arbitrators and accepted by them does not justify the conclusion that the Tribunal has (seriously) violated its mandate.[1396]

(ii) El examen para determinar una intervención indebida

A nuestro juicio, el análisis para determinar si un secretario arbitral actuó como árbitro de facto se compone por dos etapas centrales.[1397]

En primer lugar, es necesario determinar si existe un acuerdo expreso de las partes en cuanto a las funciones del secretario arbitral. Esta parece ser una de las principales lecciones del caso *Rusia vs. Yukos (Isle of Man)*.[1398] La falta de claridad en cuanto al rol del secretario genera riesgos para el arbitraje. Luego, la existencia de un acuerdo expreso reduce o elimina las zonas grises sobre las funciones del secretario.[1399] Si las partes estipulan que el laudo debe ser redactado exclusivamente por los árbitros, la redacción por otros sujetos, aun de las partes «formales» o «procedimentales» del laudo, representa una transgresión al acuerdo de las partes y por lo tanto podrá derivar en la anulación del laudo.

Es sólido considerar que si existe autorización de las partes entonces no habrá transgresión al procedimiento o a la correcta composición del tribunal arbitral. En principio, no parece existir límite a la autonomía de las partes para definir qué funciones tendrá el secretario.[1400] Por ejemplo, si las partes acuerdan permitir que el secretario pueda participar con voz (pero sin voto) en las deliberaciones, no existiría infracción alguna cuando ello se produzca.

En segundo lugar, se debe analizar si en el caso concreto la actuación del secretario tuvo una injerencia material en las funciones decisorias de los árbitros.

Este impacto puede ser directo o indirecto.

1394 Corte de apelaciones de la Haya, caso 200.197.079/01, decisión de 18 de febrero de 2020.

1395 José Rosell, *La redacción del laudo por el secretario del tribunal: Opiniones contrastadas,* 38 Spain Arbitration Rev. 9, 19-20 (2020).

1396 Corte de apelaciones de la Haya, caso 200.197.079/01, decisión de 18 de febrero de 2020, p. 109.

1397 El análisis es extrapolable a cualquier otro sujeto que participe en el arbitraje.

1398 Simon Maynard, *Laying the fourth arbitrator to rest: re-evaluating the regulation of arbitral secretaries,* 34(2) Arbitration Int'l 173, 182 (2018).

1399 Zachary Douglas*, The Secretary to the Arbitral Tribunal,* in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 87, 88 (2014).

1400 J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* § 5.126, 223 (2019).

El impacto directo se produce cuando el secretario asume de manera expresa funciones que corresponden a los árbitros. Aquí encajan supuestos como el secretario con voto en las deliberaciones, o que redacta la versión final del laudo o parte del laudo sin control posterior alguno.

El impacto indirecto se produce cuando el secretario influye indebidamente en la decisión de los árbitros. Aquí, los árbitros retienen la atribución de decidir el caso, son ellos quienes dan la «última palabra» al respecto. Pese a ello, se puede sostener que aun si el secretario carece de facultades decisorias, su participación en el procedimiento de toma de decisiones genera una influencia sobre los árbitros. «Introduce a secretary into the [decision-making] process and, inevitably, you introduce his views into the award».[1401]

En este punto, el análisis involucra cuestiones de psicología y neurociencias. Después de todo, los árbitros son humanos, emplean un análisis no solo deductivo, sino también inductivo y están sujetos a sesgos.[1402] Es difícil sostener que los árbitros no se ven influenciados por factores ajenos a la sustancia pura de la controversia.

Ahora bien, la influencia sobre los árbitros debe ser *indebida*. Esto, en esencia, se produce cuando los árbitros no retienen el control sobre el procedimiento de toma de decisiones.[1403] En esencia, el procedimiento analítico de los árbitros se ve afectado indebidamente cuando los árbitros toman como base alguna premisa o idea establecida por el secretario y construyen su juzgamiento sobre tal cimiento.[1404]

La elaboración por el secretario de cualquier documento no libera al tribunal arbitral de revisar el expediente.[1405] Si los árbitros delegan en el secretario ciertas tareas y no toman un rol activo en la supervisión de tales tareas, existe el riesgo de que la visión del secretario altere indebidamente el procedimiento de razonamiento de los árbitros sobre el caso. En términos coloquiales, el árbitro debe hacer *doble check*.

Para finalizar: el hecho de que el secretario sea imparcial e independiente no significa que su actuación no constituya una intromisión indebida. Las partes escogieron a los árbitros para que ellos y solo ellos resuelvan el caso.

(C) Reunión del tribunal para deliberaciones

Si el tribunal arbitral es *colegiado*, se espera que la adopción de la decisión sobre el caso derive de un procedimiento interno de discusión y reflexión del caso entre los árbitros. Se espera *deliberación*.

La deliberación no es un tema cubierto exhaustivamente a nivel normativo. La LMU hace una escueta mención sobre ella;[1406] y lo mismo sucede, siguiendo su estela, en España[1407] y algunos

1401 Constantine Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration,* 18(2) Arbitration Int'l 147, 157 (2002). El autor glosa la posición, no la comparte.

1402 Rebecca K. Helm, Andrew J. Wirstrich & Jeffrey J. Rachlinski, *Are Arbitrators Human?,* 13(4) J. of Empirical Studies 666 (2016).

1403 Constantine Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration,* 18(2) Arbitration Int'l 147, 157 (2002). El autor glosa la posición, no la comparte.

1404 Funke Adekoya, *When Does the Use of an Arbitral Secretary Detract from the «Intuitu Personae» Principle?,* in J. E. Kalicki M. Abdel Raouf (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration* 744, 753 (2019).

1405 Andrea Meier*, Assistance to the Tribunal: an Overview,* in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 77, 81 (2014).

1406 Art. 20(2), que establece que los árbitros podrán reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para distintas actuaciones, incluyendo la deliberación.

1407 Arts. 26.2 y 38.3 de la Ley 60/2003.

países de Latinoamérica.[1408] En esencia, la deliberación cuenta con las siguientes características *por default* (las partes pueden pactar algo distinto).

- Libertad de forma. La «reunión» de los árbitros no debe entenderse necesariamente en sentido físico. Los árbitros pueden optar por distintos canales de comunicación para deliberar.[1409] Así, según una corte de Perú:

> [La deliberación] no se restringe a la proximidad interpersonal de los deliberantes, para hacer conocer los pro y contra de los motivos de una decisión, sino que la acepción es más lata en sus efectos; y ello es así, porque su extensión supera el tiempo y sus limitaciones del avance tecnológico e informático, es decir el [árbitro] tuvo la libre determinación de hacer llegar de cualquier forma idónea y efectiva sus pareceres, concordancias o discordancias de ser el caso, respecto de ambos proyectos, no habiendo hecho uso de ellas, de acuerdo a su libre albedrío.[1410]

- Carácter secreto. La confidencialidad de las deliberaciones es considerada una nota central del arbitraje.[1411] Algunas normas[1412] y reglamentos[1413] reconocen dicho carácter de forma expresa.

  La confidencialidad permite que los árbitros puedan expresar de forma libre su posición en cuanto al caso, sin riesgo de que ello pueda ser empleado después por alguna parte como sustento de un cuestionamiento contra el laudo.[1414] Esto, naturalmente, deriva en que no se pueda filtrar información sobre las deliberaciones a las partes o a cualquier otro sujeto. Dicha filtración podría generar un vicio en la constitución del tribunal —en la vertiente de deliberación— y derivar en la anulación del laudo.[1415]

  En cualquier caso, debemos recordar que las reglas de deliberación son reglas procedimentales como cualquier otra. Luego, están sujetas al acuerdo de las partes. Así, las partes podrían establecer un esquema de deliberaciones «abiertas»[1416] (asumiendo los riesgos que ello conlleva).[1417] A nuestro criterio el carácter secreto debe considerarse como una regla supletoria, y no como un elemento esencial e indisponible de las deliberaciones.[1418]

1408 Chile (art. 20(2) de la LACI), Colombia (art. 93 de la Ley 1563/2012), México (art. 1436 del C.Com.) y Perú (arts. 30, 35 y 61 de la LAP).

1409 Jingzhou Tao, *Chapter 33: Deliberations of Arbitrators,* in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 349, 352 (2017).

1410 Lima, SSC2 244-2014, p. 16.

1411 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2810 (2d ed. 2014).

1412 Francia (art. 1479), España (art. 38.3 de la Ley 60/2003) y Perú (art. 61 de la LAP).*
*España y Perú establecen que, ante la solicitud de las partes, los árbitros deberán entregar documentación del expediente, salvo que esta atente contra el secreto de la deliberación. De ello se infiere que la deliberación es secreta.

1413 Art. 30.2 del Reglamento de la LCIA; Regla 15 de las Reglas de arbitraje de la ICSID.

1414 Jingzhou Tao, *Chapter 33: Deliberations of Arbitrators,* in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 349, 357 (2017).

1415 Dicho supuesto, por sí mismo, podría calificar como una infracción al principio de imparcialidad y por tanto al debido proceso arbitral.

1416 Ya se han dado casos de apertura total de la fase de deliberación. Marc Blessing reporta uno (Phillip Capper *et al., Dealing with Bias and Obstruction*, in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 43, 54-55 (2014)).

1417 Las deliberaciones «abiertas» derivan en que las partes sepan el resultado *antes* de la emisión del laudo. Ello puede hacer que adopten acciones dirigidas, de antemano, a frustrar el arbitraje o la eventual materialización de los efectos del laudo (Bernhard Berger, *Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations,* 31(2) ASA Bull. 244, 257 (2013)).

1418 Miguel Gómez Jene, *Principio de Colegialidad,* 5(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 257, 262 (2012).

Ahora bien, pese a que las deliberaciones son parte integrante del procedimiento arbitral y por tanto existe libertad de las partes para regular el tema, existe un mínimo que es indisponible. Este mínimo consiste en que los árbitros participen en la deliberación y lo hagan en forma directa. Una infracción a dicho núcleo derivaría en la anulación del laudo tanto por indebida composición del tribunal arbitral[1419] como por infracción al debido proceso arbitral.[1420]

Por un lado, la obstaculización o el impedimento arbitrario a un árbitro para deliberar representa una infracción a la correcta composición del tribunal arbitral. Al respecto, el caso *Goeller v. Liberty Mut. Ins. Co.* resulta ilustrativo. En este, la judicatura consideró lo siguiente:

> The record indicates, and it is not disputed, that one of the members of the panel in this case was denied his opportunity to deliberate. When an arbitrator, properly appointed and entitled to act, is denied access to the deliberations of the other arbitrators, their decision is not a decision. It matters not whose arbitrator he or she may be. What is important is that all viewpoints must at least be heard. Each must be entitled to the opportunity to persuade the others, be permitted to dissent and to maintain his voice in the decision. It is manifest that that principle was violated in this case.[1421]

En ese sentido, la correcta composición del tribunal arbitral en la deliberación significa la participación de los árbitros durante todo el mencionado procedimiento deliberativo. Y es particularmente importante que el procedimiento deliberativo concluya con la participación de todos los árbitros. Así, en el conocido caso *Puma,* la judicatura de Madrid señaló:

> De lo transcrito se desprende que, con independencia de la participación del Sr. [árbitro] en el profundo proceso de discusión que había tenido lugar en reuniones previas, lo cierto es que a 31 de mayo todavía no se había adoptado ninguna solución concreta por el colegio arbitral, pues existían diversas posibilidades abiertas y, sin embargo, aquel resultó excluido de la última fase de deliberación y de la decisión del laudo notificado a las partes. […] No solo no se advirtió al Sr. [árbitro] de la celebración de la reunión de la que salió la decisión notificada a las partes como laudo, sino que tampoco se le permitió participar de otro modo ni influir en alguna medida en la conformación de la decisión final del órgano arbitral.[1422]

Ahora bien, determinar cuándo «culmina» la deliberación puede resultar complicado. Puede haber discrepancia entre los miembros del tribunal arbitral sobre si se debe seguir deliberando o no. En específico, un árbitro podría considerar que las deliberaciones deben continuar, pero los otros consideran que seguir deliberando no va a modificar las posiciones adoptadas. Luego, es sólido considerar que las deliberaciones podrán tenerse por concluidas incluso si uno de los árbitros desea prolongarlas.[1423]

Por el otro, la naturaleza *intuito personae* de la función de árbitro descarta que el árbitro pueda manifestarse en las deliberaciones a través de un representante. La persona que funge como árbitro es quien debe expresar su posición, cruzar ideas y atender discusiones con los otros árbitros. Si un tercero interviene en las deliberaciones como «representante» del árbitro, estas son nulas.

1419 Bernhard Berger, *The Legal Framework: Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations*, in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 7, 10 (2014).

1420 La presencia de un tercero ajeno al tribunal en «representación» de un árbitro genera innumerables problemas en cuanto a la imparcialidad, independencia, confidencialidad del rol de árbitro, etcétera.

1421 523 Pa. 541, 545-46 (1990).

1422 SAP Madrid 200/2011, de 10 de junio de 2011. Nota: la denuncia se encauzó bajo el artículo 41.1.f) de la LA 60/2003 (transgresión al orden público).

1423 Suecia, Corte de apelaciones de Svea, caso T 8735-01, decisión de 15 de mayo de 2005.

4.2.2.2. Inobservancia a las reglas sobre el procedimiento arbitral

El incumplimiento de las reglas sobre las actuaciones arbitrales fijadas por las partes activará la causal bajo análisis. Aquí, la casuística puede dar un número virtualmente infinito de casos, en tanto hay innumerables maneras de construir un procedimiento arbitral. Los árbitros deberán respetar las reglas fijadas por las partes sobre plazos, audiencias especiales, actuaciones concretas, empleo de medios tecnológicos, etcétera.

De manera referencial, podemos glosar los siguientes casos:[1424]

Elección de set de reglas procedimentales distinto al pactado por las partes. En *Siginon Maritime Ltd. v. Gitutho Associates* (2005),[1425] la *High Court of Kenya* evaluó un caso en el que las partes habían optado por las reglas establecidas en el *Architects and Quantity Surveyors Act*; sin embargo, el árbitro consideró que el caso se llevaba bajo las reglas del *Chartered Institute of Arbitrators, Kenya*. La corte declaró fundado el pedido de anulación de laudo.

El caso es doblemente llamativo porque la regla infringida fue una que obligaba al árbitro a hacer registros escritos de lo sucedido en audiencias, lo que a simple vista puede no representar una afectación material al procedimiento.[1426]

Omisión de revelación. El deber de revelación de circunstancias que puedan generar dudas sobre la imparcialidad e independencia puede estar consignada como una regla procedimental. Luego, el incumplimiento de revelar constituye una infracción al esquema procedimental fijado por las partes.[1427] Naturalmente, ello no significa que la infracción sea automáticamente material.[1428]

Incumplimiento a regla de decidir sobre la competencia de manera previa al laudo. El *Digest* reporta que las cortes de Estonia conocieron un caso en el que la regla era que los árbitros decidan sobre su jurisdicción antes del laudo, pero que estos lo hicieron en el laudo.[1429] El laudo no fue anulado.[1430] A nuestro criterio, habría que evaluar con sumo cuidado la gravedad de la infracción en el caso concreto para determinar si se justifica la anulación del laudo.

Incumplimiento a reglas sobre la admisión y producción de prueba. Las partes pueden establecer reglas específicas sobre la admisión y producción de prueba. Si el tribunal arbitral no cumple con estas reglas, el laudo podría ser anulado.

En un caso alemán, las partes acordaron que exhibirían todos los documentos que los peritos de parte hubiesen empleado para elaborar sus reportes.[1431] El tribunal arbitral desestimó una solicitud por la cual una parte pedía que la otra exhiba todos los documentos que emplearon los peritos. La *Oberlandesgericht* de Frankfurt consideró que el tribunal arbitral transgredió el acuerdo de la parte

---

1424 Muchos de ellos han sido reportados por el *Digest* (UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 156-59 (2012)).

1425 [2005] eKLR, Misc Civil Appli 719 of 2004, http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/12686/

1426 Una regla de este tipo asegura que el tribunal arbitral prestará atención a las presentaciones orales desarrolladas en las audiencias. Si el tribunal arbitral incumple con una regla de este tipo, las partes no cuentan con esta garantía, garantía que consideraban importante pues constituía una regla del arbitraje.

1427 Más aun, el incumplimiento se da por la sola omisión, mientras que dicha omisión por sí misma no es suficiente para concluir que se infringen los deberes de imparcialidad e independencia.

1428 SAP Madrid 221/2008, de 5 de mayo de 2008 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 804 (2013)).

1429 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 157 (2012).

1430 *Id.*

1431 *Oberlandesgericht* Frankfurt, decisión de 17 de febrero de 2011 (Resumen en 11(1) SchiedsVZ 49 (2013)).

y por eso anuló el laudo.[1432] El caso sirve para ilustrar cómo las reglas sobre prueba establecidas por las partes deben respetarse, aun cuando el marco normativo subyacente tenga una visión muy distinta en cuanto a los temas regulados por las partes —en Alemania la producción de documentos se da bajo requisitos bastante restrictivos—.[1433]

Incumplimiento del plazo para emitir o notificar el laudo. Las partes pueden pactar plazos límites para la emisión o la notificación de un laudo. Este límite puede manifestarse en la forma de un plazo *global* para la duración del arbitraje o de un plazo máximo para la emisión del laudo que se computa desde algún hito anterior.

Según expusimos antes, la emisión extemporánea de un laudo puede configurar un supuesto de exceso de autoridad.[1434] Si el límite de tiempo proviene de un acuerdo entre las partes, entonces la emisión extemporánea también podrá calificar como uno de incumplimiento a las reglas procedimentales de regulación convencional.

La libertad de las partes permite establecer plazos no solo a la emisión del laudo, sino también a su notificación.[1435] El incumplimiento de estos plazos puede ser fundamento para pedir la anulación del laudo. Vale recordar que el análisis de materialidad para casos bajo esta causal debe considerar que estas reglas son *relevantes* para las partes, aun cuando para un tercero puedan parecer poco significativas.[1436]

Laudar sin las mayorías requeridas. En un caso español, las partes habían acordado que el tribunal arbitral debía laudar en unanimidad.[1437] Dado que el laudo no se emitió en unanimidad, sino solo en mayoría, el mismo fue anulado.[1438] En realidad, no parece discutible que las partes puedan pactar al respecto.[1439]

La resolución del fondo de la controversia en función a una ley distinta a la escogida por las partes. Si las partes escogieron una ley «A» como norma aplicable a la controversia, que el tribunal arbitral resuelva con una ley «B» parecería implicar una infracción al acuerdo entre las partes.[1440]

Motivación. Este tema se desarrolla en un apartado posterior.[1441]

1432 *Id.*

1433 Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* 236-37 (2015).

1434 Ver 3.2.3.3.(A).

1435 A manera de ejemplo, la Ley 60/2003 reconoce esto de manera expresa (art. 37.7).

1436 Ver 2.4.1.2.(B)(II) del capítulo III.

1437 SAP Murcia 448/2009, de 8 de octubre de 2009.

1438 *Id.*

1439 Art. 29 de la LMU (establece reglas de toma de decisiones predeterminadas, pues estas pueden variar bajo acuerdo expreso de las partes). Este esquema es replicado en España (art. 35 de la Ley 60/2003), Chile (art. 29 de la LACI), Colombia (art. 102 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012), México (art. 1446 del C.Com), y Perú (art. 52.1 de la LAP)

1440 Sin embargo, esto variará según si el ordenamiento considera que la elección del derecho aplicable constituye un tema procedimental o un tema de fondo. Así en *Brunswick Bowling & Billiards Corporation v. Shanghai Zhonglu Industrial Co Ltd*, caso en que las partes discutían cuál era la ley aplicable, la *High Court* de Hong Kong señaló que dicho caso no podía ampararse en la causal del artículo 34(2)(a)(IV) puesto que «the determination on the applicability of the choice of law clause […] is not a matter of arbitral procedure» ([2009] HKCFI 94).
En cualquier caso, la aplicación de una ley distinta a la elegida por las partes para la resolución del fondo también puede encausarse bajo la causal de exceso de autoridad (ver 3.2.3.3.(C)).

1441 Ver 4.2.3.

Elementos no sustantivos del laudo. Por regla general, el incumplimiento de requisitos formales del laudo raramente causará que el mismo sea anulado. Sin embargo, en algunos casos ello podría darse dada la gravedad del hecho.[1442]

Por ejemplo, el requisito de firma del laudo constituye un aspecto procedimental sujeto a la libertad de regulación de las partes. Ahora bien, parecería *inmaterial* que no se cumpla con el requisito de la firma; sin embargo, no podemos descartar casos en los que dicho incumplimiento pueda ser grave. En dos casos de Perú, se encontró que la firma del presidente del tribunal en el laudo era falsificada, pues fue hecha por el secretario arbitral.[1443] Al respecto, la judicatura consideró que «el laudo impugnado no respetó lo pactado entre las partes arbitrales, pues aquel no está suscrito por el Árbitro Presidente (contiene una firma que no le pertenece)».[1444]

Incumplimiento al pacto sobre distribución de costos. Es estándar que las partes cuentan con libertad para establecer reglas sobre los costos del arbitraje.[1445] Sobre ello, el incumplimiento a dichas reglas permite la impugnación del laudo.[1446] En esa línea, en un caso de Perú, el convenio arbitral estipulaba que la parte perdedora asumiría la totalidad de los costos arbitrales; sin embargo, el laudo ordenó que cada parte asuma sus gastos de defensa. La corte declaró fundado el pedido de anulación de laudo —aunque, vale precisar, solo en el extremo resolutivo que distribuía los costos— por incumplirse el acuerdo de las partes.[1447]

Incumplimiento a límites temporales sobre presentación de pretensiones. Las partes pueden establecer restricciones de tiempo para la presentación de pretensiones. Por ejemplo, en contratos de construcción, las partes podrían establecer que las pretensiones que surjan de hechos posteriores al inicio de un primer arbitraje no podrán ser acumuladas dentro de tal arbitraje, sino que la parte interesada deberá iniciar un arbitraje adicional.

En un caso peruano, las partes acordaron que la presentación de pretensiones adicionales luego de la demanda solo podía hacerse para nuevas controversias que hayan surgido posteriormente a dicho hito. Sin embargo, el tribunal arbitral aceptó pretensiones adicionales sobre temas que preexistían a la presentación de la demanda. La judicatura dispuso la nulidad del laudo por la causal bajo análisis.[1448]

Para todos los casos mencionados, recordemos que la infracción debe ser material. Es decir, el incumplimiento a la regla convencional debe generar algún perjuicio sustancial en los derechos de la parte que solicita la anulación del laudo.

4.2.3. Caso especial: la motivación

Los vicios en la motivación del laudo como causal de anulación constituyen un tema complejo y controvertido. A continuación, desarrollaremos el marco *ideal* de control judicial de la motivación; y la situación en Iberoamérica.

1442 Günther J. Horvath, *The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award,* 18(2) J. of Int'l Arbitration 135, 144 (2001).
1443 Lima, SSC1 67-2017; SSC2 68-2017.
1444 Lima, SSC1 67-2017, p. 7.
1445 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3087 (2d ed. 2014).
1446 SAP Madrid de 24 de diciembre de 2008 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 589 (2013)).
1447 Lima, SSC2 27-2014.
1448 Lima, SSC2 196-2016.

4.2.3.1. Marco ideal

En esencia, y salvo acuerdo de las partes, el control judicial de la motivación debería estar restringido a verificar que *exista* motivación (existencia definida bajo estándar de inteligibilidad). Hay, sin embargo, ciertas excepciones.

(A) Regla general - control de existencia

(i) Fundamentos

Según expusimos antes,[1449] la motivación no es un requisito esencial e indisponible para la validez del laudo. Las partes pueden decidir si generar en los árbitros la obligación de motivar el laudo. Así, en muchos ordenamientos, la regla predeterminada es que el laudo deba estar motivado, salvo pacto en contrario de las partes;[1450] se trata, en realidad, de la regla más común en derecho comparado.[1451]

Si el tribunal arbitral tiene la obligación de motivar y no lo hace, está incumpliendo con una regla procedimental. El incumplimiento de reglas procedimentales establecidas por las partes es una causal de anulación.[1452] Luego, el incumplimiento a la obligación de motivar encaja bajo la causal de incumplimiento de reglas procedimentales.[1453]

En estricto, la motivación *no* es una exigencia imperativa del debido proceso. Es decir, el no expresar una motivación no trasgrede el debido proceso.[1454] Luego, «la exigencia de motivación del laudo no tiene naturaleza constitucional ni deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».[1455]

(ii) Ámbito del control

[a] Delimitación: existencia (estándar de inteligibilidad)

El control judicial ideal de la motivación consiste en verificar si esta existe.[1456] *That's all.* La judicatura debe limitarse a corroborar que la motivación está presente, sin evaluar la «calidad» de la motivación.[1457]

1449 Ver 2.2.3.2. del capítulo I.

1450 Art. 31(2) de la LMU.

1451 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3039 (2d ed. 2014).

1452 Art. 34(2)(a)(IV) de la LMU. Virtualmente todos los países del mundo contemplan esta causal de anulación.

1453 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 157 (2012).

1454 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 1638, 948 (1999).

1455 Jesús Remón, *Orden público y acción de anulación,* in M. J. Menéndez Arias (coord.), *Anuario de Arbitraje 2017* at 407, 418 (2017).

1456 Jesús Remón, *Orden público y acción de anulación,* in M. J. Menéndez Arias (coord.), *Anuario de Arbitraje 2017* at 407, 419 (2017); Alfredo Bullard González, *El control judicial del arbitraje,* in *Ponencias de Cuarto Congreso Internacional del Arbitraje 2010,* at 23, 30-31 (2012).

1457 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 886 (4th ed. 2014); entre muchos otros. Este parece ser un criterio aceptado, *al menos como punto de partida*, en distintos países. Entre ellos, Bélgica* y Francia**.
* Bélgica, Corte de primera instancia de Bruselas, decisión del 23 de febrero de 2017, caso 2015/7647/A (Resumen en Maarten Draye, *Asbl L. v. Asbl C., Court of First Instance Brussels, Case n.º 2015/7647/A, 23 February 2017 (A reason is a reason and a time limit a time limit Or is it? – The arbitral tribunal's duty to provide reasons and abide by applicable time limits to render its award),* 2017(1) b-Arbitra 119 (2017)).
** Paul Giraud, *Cas d'ouverture du recours en annulation,* 2016(3) Revue de l'Arbitrage 877, 885 (2016) («Le juge s'assure qu'une motivation existe mais se refuse à se laisser entraîner vers une révision au fond des sentences arbitrales»); Denis Bensaude, *French Code of Civil Procedure (Book IV), Article 1520 [Grounds for setting aside and for appeal of an enforcement order]*, in L. A. Mistelis (ed.), *Concise International Arbitration* 1175, 1178 (2015).

Ahora bien, pese a que existe cierta aceptación al criterio de existencia, la definición y alcance del mismo no es igual en todos lados. Para ciertos ordenamientos, verificar la existencia de la motivación puede incluir revisar su logicidad, suficiencia o rigurosidad.[1458]

A nuestro criterio, la *existencia* de la motivación se define a la luz del estándar de *inteligibilidad*. Existencia de motivación significa que el laudo cuenta con un discurso que presente las razones por las que llegó a la decisión final. Un discurso con respuestas inteligibles[1459] y que exhibe un análisis del caso.

El estándar de existencia equivale a un umbral mínimo. El laudo deberá anularse solo si carece *absolutamente* de motivación.[1460] Es decir, la inexistencia de motivación debe ser *manifiesta*. Esta debe ser evidente bajo una lectura simple y superficial del laudo.[1461] A continuación, algunos supuestos que califican como motivación inexistente.

- Ausencia de texto. Si el laudo se limita a consignar la decisión y no existe conjunto de palabras en las que se trate el caso, es claro que la motivación es inexistente.

- Texto que no contiene análisis. El laudo debe presentar un discurso *analítico* del caso. No califica como motivación que el tribunal arbitral considere que le convenció la prueba de una parte y no la de la otra,[1462] o que la argumentación o la teoría del caso de una parte tiene sentido y la de la otra no. Es decir, el vicio se produce «cuando el juez o el árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos».[1463]

  En un caso de Perú, el laudo se limitaba a reseñar la posición de las partes, para luego concluir de la siguiente manera:

  > Sin embargo, a partir de todo lo actuado, en particular de las diversas exposiciones de las partes en las Audiencias de Ilustración dispuestas por el Tribunal arbitral, este colegiado valora la explicación realizada por [A] y considera que [B], no ha probado su caso, en lo que se refiere al año 2003 […].[1464]

  La judicatura consideró que el laudo infringía el deber de motivación.

  > [S]e tiene que, nos encontramos frente a una decisión que no cumple con realizar una debida motivación en la medida que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la misma. A dicha conclusión arriba el colegiado debido a que, el razonamiento glosado, no expone la razón o razones para sustentar por qué se adhiere a los alegatos presentados por [A], siendo insuficiente, reproducir in extenso, los alegatos realizados por una de las partes.[1465]

1458 Estos elementos son objeto de revisión en otros estándares, los que son desarrollados más abajo.

1459 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 874 (4th ed. 2014).

1460 Jesús Remón, *Orden público y acción de anulación,* in M. J. Menéndez Arias (coord.), *Anuario de Arbitraje 2017* at 407, 419 (2017).

1461 Fernando Cantuarias Salaverry, *La motivación del laudo arbitral,* 11 Revista de Economía y Derecho 67, 70 (2006).

1462 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 9.157, 554 (6th ed. 2015).

1463 Lima, SSC2 905-2010, p. 4.

1464 Extracto glosado en Lima, SSC2 155-2012, p. 11.

1465 Lima, SSC2 155-2012, p. 24.

- Texto que carece de relación con la controversia. Si el laudo exponer un discurso que carece de sentido alguno para la controversia, no existe motivación. Aquí hay dos subsupuestos centrales. Por un lado, casos en que el discurso no puede leerse; es decir, no es posible hacer un resumen o análisis del mismo porque carece de sentido. Por otro lado, casos en los que el discurso tiene sentido pero *nada* dice sobre el caso; por ejemplo, un laudo que hace un análisis dogmático de la *force majeure* y nada más.

[b] Justificación

A nuestro juicio, un estándar más elevado de control de la motivación equivaldría a interferir con la competencia exclusiva del tribunal arbitral para resolver el fondo de la controversia. Permitir evaluar y calificar si la motivación cumple con ciertas cualidades (suficiencia, logicidad, etcétera) significa un juzgamiento indirecto sobre el fondo de la controversia.

El proceso judicial de anulación de laudo no permite a los jueces evaluar el fondo de la controversia.[1466] Calificar la motivación de «defectuosa», «ilógica», «insuficiente», etcétera, equivale a hacer un juicio sobre la validez de la decisión arbitral y por tanto incide de manera indirecta en el fondo de la controversia.[1467]

Permitir al juez determinar si la motivación es correcta, suficiente, lógica, rigurosa, etcétera, significa desproveer al árbitro de la última palabra sobre el fondo de la controversia. Su *libertad* de decisión está sujeta a la aprobación del juez. De la misma forma que un artista al servicio de un mecenas: si al mecenas no le gusta la obra del artista, esta no verá la luz. El mecenas no interviene directamente en el cuadro, pero su poder de veto cercena la libertad de expresión del artista. Lo mismo sucede con el laudo y el control judicial de las cualidades de la motivación.

Por contraste, la verificación de la existencia de la motivación no representa una intromisión en el fondo de la controversia. Cuando la motivación no existe, la judicatura no hace juicio alguno sobre la motivación: no se puede calificar aquello que no existe.[1468]

[c] Aplicación de otros estándares

Existen distintos estándares de control de la motivación. En doctrina, se ha hablado de motivación suficiente, razonable, lógica, completa, entre otros.[1469] Una forma simple y completa de categorización está en aplicar los niveles de justificación del razonamiento jurídico: justificación interna y justificación externa.

La justificación interna se refiere a la validez de la deducción *lógica* del razonamiento jurídico.[1470] Se trata de respetar las reglas de la lógica formal (observación de principios como el de identidad, no contradicción y tercio excluido). La justificación externa trata sobre la *solidez* (*soundness*) de las premisas que se emplean en el razonamiento.[1471] Es decir, las premisas deben ser ciertas, debe existir un sustento para las mismas.

1466 Ver 2.1.1. del capítulo III.

1467 Fernando Cantuarias Salaverry & José Luis Repetto Deville, *El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas,* 51 Ius Et Veritas 32, 43-45 (2015).

1468 Gino Rivas Caso, *La motivación de las decisiones arbitrales* 301 (2017).

1469 Sin embargo, el contenido y alcance de estos conceptos no es unívoco en todos los ordenamientos ni tampoco en la literatura académica sobre los mismos.

1470 Jerzy Wróblewski, *Legal decision and its justification,* 14 Logique et Analyse 409, 412 (1971).

1471 *Id.*

El estándar de la motivación puede elevarse bajo tales nociones. Los jueces podrían evaluar si la motivación es lógica, es suficiente o es lógica y suficiente.

- Si el laudo señala que debe aplicarse una norma X pero luego decide aplicar la norma Y e ignora la X entonces la motivación podría calificar como ilógica.

- Si el laudo señala que el evento Z califica como *force majeure* pero no da razones que justifiquen tal afirmación, la motivación podría calificar como insuficiente.

(iii) Libertad de las partes para expandir el control judicial

Las partes pueden pactar que la motivación cumpla con ciertas cualidades. En ese caso, si alguna de las partes considera que la motivación carece de tales cualidades, entonces podrá requerir la anulación del laudo por incumplimiento a la regla procedimental pactada sobre la motivación.[1472] En suma, las partes tienen la libertad de fijar el estándar de motivación que los jueces aplicarán en un eventual proceso judicial de anulación de laudo.

Este pacto de las partes, por cierto, no equivale a expandir las causales de anulación. La causal de anulación ya existe (incumplimiento a reglas procedimentales de regulación convencional). Las partes establecen una regla procedimental, y por lo tanto su incumplimiento podrá derivar en la anulación del laudo.

(B) Excepciones

Existen escenarios en los que la revisión de la motivación está permitida. Esto se da cuando la motivación sirve como un instrumento para que los jueces puedan verificar si el razonamiento del tribunal arbitral denota (i) un exceso de autoridad; (ii) una transgresión al debido proceso; o (iii) una violación a normas de orden público.

(i) Exceso de autoridad

La motivación puede servir para verificar que el tribunal arbitral incurrió en exceso de autoridad. Esto, según señalamos antes,[1473] se da para ciertos casos específicos.

- Incongruencia en la *causa petendi*
  Si el tribunal arbitral concede una pretensión por una *causa petendi* ajena a la planteada por el demandante, el laudo deberá ser anulado. La motivación puede servir como medio para demostrar el exceso.[1474]

- Decisión en equidad no autorizada
  Si el tribunal arbitral resuelve el caso bajo criterios de equidad sin autorización de las partes, el laudo deberá ser anulado. La motivación sirve como medio para reflejar la aplicación de equidad en vez de las normas aplicables.[1475]

- Inaplicación del derecho aplicable al fondo de la controversia

---

1472 Alfredo Bullard González, *Comentario al artículo 56,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 611, 631-632 (2011).

1473 Ver 3.2.3.2.(B)(IV), 3.2.3.3.(B)(I) y 3.2.3.3.(C).

1474 Ver 3.2.3.2.(B)(IV).

1475 Ver 3.2.3.3.(B)(I).

> Si el tribunal arbitral resuelve el caso bajo un conjunto de normas distinto al escogido por las partes, el laudo deberá ser anulado. La motivación es un medio para corroborar tal exceso.[1476] Por ejemplo, los fundamentos del laudo se amparan en normas de derecho inglés, cuando las partes establecieron que cualquier controversia se resolvería bajo el derecho español.

(ii) Debido proceso

La obligación de motivar el laudo no deriva del debido proceso. Sin embargo, un laudo motivado facilita la determinación de transgresiones al debido proceso.[1477] Es decir, el laudo puede ser empleado para demostrar que se dio la transgresión. Por ejemplo: el laudo señala que estima convincente la postura del demandante pues el árbitro único tiene una larga relación con aquel y no duda de su honestidad. En este caso, el laudo serviría para corroborar que el árbitro no fue imparcial y pedir la anulación al amparo de tal hecho.

Sin embargo, el ámbito de control tiene límites. La revisión de la motivación no puede utilizarse para invocar cuestiones que inciden en la competencia exclusiva del tribunal arbitral para resolver el fondo. Así, ciertas alegaciones de afectación al derecho a la valoración de prueba («la motivación demuestra que el tribunal ignoró la prueba ofrecida») o al derecho de defensa («la motivación demuestra que mis argumentos no fueron atendidos») buscan en realidad que las cortes judiciales ingresen al fondo de la controversia.

(iii) Orden público

La judicatura puede ingresar al fondo de la controversia para verificar la transgresión al orden público. La motivación sirve como instrumento a la judicatura para evaluar si el tribunal arbitral transgredió el orden público. Esto se desarrolla más adelante.[1478]

4.2.3.2. Situación en Iberoamérica

En líneas generales, en Iberoamérica el control judicial de la motivación opta por un estándar invasivo. No se verifica solo la existencia de la motivación, sino también que esta cumpla ciertas cualidades.

(i) España

Los tribunales de España analizan la existencia, logicidad, suficiencia y la ausencia de errores patentes en la motivación del laudo. A través de ellas, se busca repeler la arbitrariedad.[1479] El incumplimiento de las señaladas cualidades es considerado una transgresión al orden público.[1480] En realidad, virtualmente todas las demandas de anulación por afectación a la motivación se suelen amparar en la causal del artículo 41.1.f) de la Ley 60/2003 (causal sobre orden público).

1476 Ver 3.2.3.3.(C).

1477 Philippe Fouchard *et al., Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 1638, 948 (1999).

1478 Ver 6.3.1.

1479 SAP Málaga de 1 de septiembre de 1993 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 811 (2013)).

1480 La motivación es considerada integrante de la Tutela Judicial Efectiva (reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución de España), e integrante del orden público procesal. Así, «no será preciso insistir en que la motivación, como antídoto al servicio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución española), en la medida en que el laudo lleva aparejada, igual que una sentencia firme, acción ejecutiva (artículo 44 de la Ley de arbitraje y 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es un pilar básico del Estado de Derecho y por lo tanto, cuestión de orden

La situación en España es particular: por una modificación reciente (Ley 11/2011) la motivación del laudo es una exigencia imperativa.[1481] Esta variación parecería haber dado a las cortes el sustento para consolidar e incluso ampliar la intensidad de la revisión de la motivación.[1482]

En esencia, la jurisprudencia denota una *equiparación* entre el control de la motivación de una sentencia judicial y de un laudo arbitral.[1483] Los jueces deben emitir una decisión «motivada y razonable y no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente»,[1484] y lo mismo aplica, por equiparación, para los árbitros. Estas categorías permiten verificar si la motivación existe y sobre ello hacer un análisis de (α) la justificación interna (logicidad) y de (β) la justificación externa (suficiencia), además de poder calificar (γ) el acierto o error en el razonamiento del árbitro mediante la categoría de *error patente*.

(α) Los jueces pueden evaluar si la motivación es *lógica* (justificación interna). Si el razonamiento es contradictorio, este deberá anularse, pues la contradicción devela arbitrariedad («arbitrariedad por incoherencia»).[1485] Sin embargo, no parece que el requerimiento se restringa a la validez bajo la teoría de la lógica formal, sino que cubre también casos en los que el razonamiento no parece tener sentido acertado.

> Por lo demás, las razones que expone el Laudo como fundamento de su decisión son comprensibles y en modo alguno pueden calificarse de arbitrarias, ilógicas, contrarias a criterios de experiencia o incoherentes *con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, entre los cuales se halla, señaladamente, el principio de equivalencia de prestaciones: desde el punto de vista de la justicia del resultado obtenido, lo cierto es que el Tribunal Arbitral da cuenta de la decisión a la que llega en virtud de unos hechos que no permiten cuestionar mínimamente —y no digamos con virtualidad anulatoria— la aequitas de la condena que impone.*[1486]

La logicidad se refiere entonces a la corrección desde la lógica formal y también a que el razonamiento no sea *incoherente* con los principios que conforman el derecho aplicable al caso. En otras palabras, el control de logicidad es una puerta para calificar el acierto o error en el juzgamiento de los árbitros.

(β) Los jueces pueden evaluar si la motivación es *suficiente* (justificación externa). La motivación debe presentar un conjunto de fundamentos que constituyan una respuesta *completa* para la controversia. La suficiencia se enlaza a la noción de *ratio decidendi*: fundamentos esenciales de la decisión.[1487] El laudo debe presentar las razones mínimas suficientes para justificar la decisión; debe sustentar los hechos sobre los que aplica el derecho y también debe sustentar la aplicación e interpretación de las normas escogidas.

---

público constitucional regulada en normas imperativas de ineludible cumplimiento para todo árbitro cuya resolución de fondo es, por lo demás, inapelable» (STSJ Galicia 18/2012, de 2 de mayo de 2012, fundamento segundo).

1481 Art. 37.4 de la Ley 60/2003.

1482 Rogers Canals Vaquer, *La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción al orden público,* 11(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547, 553 (2018).

1483 Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (Editorial), *En torno a la nulidad del laudo por insuficiencia de motivación,* 10(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 657, 657-58 (2017); Rogers Canals Vaquer, *La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción al orden público,* 11(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547, 553 (2018).

1484 Sentencia TCE 215/2006, de 3 de julio de 2006.

1485 STSJ Madrid 36/2019, de 1 de octubre de 2019, fundamento sexto.

1486 STSJ Madrid 38/2019, de 8 de octubre de 2019, fundamento segundo.

1487 STSJ Cataluña 76/2015, de 2 de noviembre de 2015, fundamento cuarto; STSJ Andalucía 14/2013, de 11 de octubre de 2013, fundamento tercero.

Existe un amplio margen de subjetividad en cuanto a la definición de «suficiente». La motivación deberá calificar como suficiente *según lo que los jueces entiendan por suficiente*. Esto, en cierto modo, es reconocido por las cortes, pues la suficiencia es un «concepto jurídico indeterminado, [y] ha de ser apreciada no apriorísticamente o en abstracto sino a la luz de las circunstancias concretas del caso».[1488]

Sea como fuere, la insuficiencia implica evaluar que los principales argumentos y pruebas hayan sido consideradas en el análisis. De lo contrario, la motivación es considerada arbitraria. La judicatura ha señalado que le «corresponde comprobar si la probatoria que realizó el laudo arbitral no resulta arbitraria por apartarse notoriamente del resultado probatorio o por omitir injustificadamente la evaluación de medios probatorios que resulten trascendentes para la resolución de las cuestiones debatidas».[1489]

(γ) Las cortes españolas también evalúan si existe *error patente* en la resolución del conflicto. El error patente se refiere a la equivocación manifiesta en la resolución del caso.[1490] En ese sentido, si los árbitros cometen un «error» evidente en la determinación de los hechos o la aplicación del derecho, el mismo derivará en la anulación del laudo. Un ejemplo:

> En consecuencia, […] el árbitro incurre en un error patente en la motivación del Laudo, aplicando una norma legal, cuya reforma no afectaba al contrato celebrado entre las partes, que era de fecha anterior a su entrada en vigor, y en la misma basa el árbitro la desestimación de las pretensiones de la demandante, por lo que nos encontramos ante una decisión irrazonada, pues tal y como indica la jurisprudencia constitucional, el citado error equivale a una ausencia de fundamentación en Derecho, y ello implica una vulneración del artículo 24 de la CE, y por tanto del orden público, por lo que procede estimar la demanda y declarar la nulidad del Laudo Arbitral de fecha 14 de marzo de 2014.[1491]

El problema de esta categoría es que su aplicación significa una fuerte intervención sobre el fondo de la controversia. La verificación del error patente permite a los jueces reevaluar los hechos y el derecho, lo que hace ilusoria la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo.

(ii) Chile

Para el arbitraje local, el control de la motivación del laudo existe y parece equipararse al control de las sentencias judiciales.[1492]

En el arbitraje internacional, las cortes chilenas han expresado que la demanda de anulación no puede servir de medio para ingresar al fondo del asunto.[1493] Además, la LACI sigue fielmente a la LMU, por lo que las causales se interpretan de manera restrictiva.[1494] Todo ello permitiría colegir que la motivación está fuera del control judicial sobre los laudos derivados de arbitraje internacional.

1488 SAP Coruña 17/2003, de 24 de enero de 2003, fundamento cuarto. En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 13/2014, de 19 de noviembre de 2014, entre otras (el criterio es reproducido en distintas sentencias).

1489 STSJ Madrid 15/2018, 5 de abril de 2018, fundamento quinto.

1490 Sentencia TCE 147/1999, del 4 de agosto de 1999; Sentencia TCE 25/2000, del 31 de enero de 2000, entre otras.

1491 STSJ Madrid 58/2015, de 21 de julio de 2015, fundamento segundo.

1492 Ver 2.1.2.(i)[c] del capítulo VI.

1493 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2013, Rol 1971-2012, fundamento décimo octavo.

1494 Ver 2.4.2.2. del capítulo III.

Las cortes chilenas han dado muestras de adoptar esa postura. En un caso, la parte demandante pidió la anulación del laudo por afectación al orden público procesal, alegando la falta de fundamentación del mencionado laudo. La corte, sin embargo, desestimó ese reclamo pues consideró que la demandante había interpretado de manera extensiva el concepto de orden público.[1495]

Sin embargo, la jurisprudencia sobre anulación de laudo derivado de arbitraje internacional es escasa.[1496] No es posible descartar que, con un universo mayor de casos, las cortes chilenas adopten otra postura en cuanto al control judicial del laudo.

(iii) Colombia

Las cortes colombianas analizan la existencia, logicidad y suficiencia de la motivación. Sin embargo, este control se da a través de la vía judicial de *tutela* (que puede interponerse contra laudos derivados de arbitraje local o de arbitraje internacional).[1497-1498] Para la Corte Constitucional de Colombia, el control aplica cuando «el laudo carece de motivación material o la motivación es manifiestamente irrazonable».[1499]

(iv) México

En México, parece que el ámbito de control de la motivación se limita a verificar que esta existe, aunque también se podrían anular laudos que presentan un razonamiento groseramente errado o injusto.

Por un lado, la judicatura sostiene que la motivación en el arbitraje no puede equipararse a la motivación de la función jurisdiccional; pues emana de un pacto entre las partes.[1500] Es razonable inferir que el control de la motivación del laudo no es igual al control de la motivación de la sentencia judicial. Luego, el control parecería estar restringido a verificar el respeto del acuerdo de las partes: que *exista* motivación, nada más.

Por otro lado, Las cortes mexicanas podrían anular el laudo si la motivación denota un razonamiento que sea manifiestamente injusto o incorrecto, pues ello transgrediría el orden público. Ello se desprende del caso de amparo directo 71/2014:

> Cuando la fricción del laudo con un interés protegido por el orden público sea menor, debe prevalecer el principio de promover el arbitraje, pues toda vez que las partes acordaron someterse al arbitraje, debe aceptar la decisión del árbitro, incluido las posibles deficiencias interpretativas del derecho en que incurra, a menos que sea abiertamente injusta o incorrecta.[1501]

La decisión del árbitro debe aceptarse salvo que sea manifiestamente errada o injusta. Se abre aquí un margen de control similar al control del *error patente* de España. Este control cubre tanto errores de hecho como de derecho.

1495 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2013, Rol 1971-2012, fundamento décimo octavo.

1496 Al 2018, se reportan solo 12 casos (María Fernanda Vásquez Palma, *Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia Chilena,* 136 Vniversitas 1, 9 (2018)).

1497 Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 65 (2013).

1498 Sobre la vía judicial de tutela, ver 3.3. del capítulo VI.

1499 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-790/10, de 1 de octubre de 2010.

1500 Registro 166509, Primera Sala, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, septiembre de 2009, p. 428. Tesis: 1ª.CLXXXIV/2009.

1501 Amparo directo 71/2014, sentencia de 24 de marzo de 2017.

En cuanto a los hechos, los jueces podrían disponer la nulidad en casos en que las determinaciones de hecho del laudo sean groseramente equivocadas. Casos en que las constataciones de los árbitros son «manifiestamente contrarias a los hechos del expediente».[1502]

Sobre la aplicación del derecho, la norma señala que deben aceptarse las decisiones arbitrales incluso con deficiencias interpretativas, salvo casos abiertamente injustos o incorrectos; luego, una deficiencia interpretativa «abiertamente incorrecta» podría derivar en la anulación del laudo.

Para finalizar, es sólido afirmar que este control se restringe a casos *gravísimos*, casos en los que virtualmente no exista duda o discusión sobre el error cometido por el tribunal arbitral.

(v) Perú

Los tribunales peruanos analizan la existencia, logicidad y suficiencia de la motivación.[1503] Si la motivación no cumple con tales cualidades, el laudo podrá ser anulado por la causal de debido proceso (artículo 63.1.b) de la LAP) o de incumplimiento de reglas procedimentales (artículo 63.1.c) de la LAP).[1504]

En Perú, el control judicial de la motivación tiene su fundamento en la jurisprudencia. La LAP establece una prohibición expresa para los jueces sobre ingresar al fondo o calificar la motivación (artículo 62.2).[1505] En teoría, ello debería descartar que la judicatura analice las cualidades de la motivación.

Sin embargo, en el conocido caso *Cantuarias,* el Tribunal Constitucional ha señalado que el arbitraje es jurisdicción y por tanto «no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso».[1506] Después, en el caso *María Julia* (otro *leading case*), dicho órgano ratificó la aplicación del debido proceso y la tutela procesal efectiva.[1507] Esto ha derivado a que se *equipare* el control de la motivación del laudo con el de la motivación de la sentencia.

Esto significa que las cortes peruanas no solo evalúan la existencia de motivación, sino también la justificación interna (logicidad) y la justificación externa (suficiencia). Así, las cortes han generado una causal jurisprudencial (*non statutory ground*), pues las cortes no deberían evaluar la logicidad o la suficiencia de la motivación de un laudo.

La motivación debe ser *lógica*. La judicatura evalúa que la motivación respete los principios de la lógica formal, que no existan «rupturas de logicidad en el razonamiento del tribunal arbitral».[1508] En esencia, verifica que la fundamentación no sea *contradictoria*.[1509] Un laudo se anulará si el tribunal

---

1502 Francisco González de Cossío, *La Finalidad de los Laudos en México - Reflexión y Propuesta sobre un Caso Reciente,* 31 Spain Arbitration Rev. 93, 101 (2018).

1503 Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* 119-27 (2013).

1504 Lima, SSC2 30-2015, p. 7; SSC2 39-2015, p. 8; SSC2 74-2015, pp. 5-6; entre otras.

1505 «Artículo 62.- Recurso de anulación.
[…]
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

1506 Sentencia TCP 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

1507 Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, fundamento 7.

1508 Lima, SSC1 203-2015, p. 17.

1509 Lima, SSC1 150-2015.

arbitral «afirma y niega un mismo hecho de modo tal que no es posible entender cuál es el verdadero sentido de la decisión».[1510]

La motivación debe ser *suficiente*. La judicatura verifica que las premisas o afirmaciones centrales tengan un sustento. No basta decir que se produjo el evento A, es necesario sustentar por qué se llegó a tal conclusión. En específico, esto habilita a las cortes a verificar que los principales argumentos de las partes hayan sido analizados.[1511] Lo mismo sucede con las pruebas, las principales deben ser analizadas, no solo enunciadas. Así:

> De la lectura del fundamento iii.1 del citado laudo aparece que, en efecto, se limita a efectuar una enumeración de cada uno de los medios probatorios aportados por el demandante; pero el árbitro no analiza ni expresa las razones porqué [sic] los aludidos medios probatorios no le generan convicción de la existencia de una deuda a favor del recurrente.[1512]

5. INARBITRABILIDAD - ARTÍCULO 34(2)(B)(I)

5.1. Fundamentos de la causal

5.1.1. La razón de ser de la causal

Los Estados regulan y delimitan el ámbito de cada institución jurídica. Esta situación, naturalmente, no es ajena al arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, pero no es aplicable en todos los escenarios posibles. En tal sentido, «national laws establish the domain of arbitration».[1513]

Así, por arbitrabilidad podríamos entender al ámbito (el «reino») en el que el arbitraje puede desenvolverse. El Estado permite que los conflictos entre ciertos sujetos ubicados dentro de ese ámbito puedan ser resueltos vía arbitraje, y lo hace en función a su propia visión política, económica y social.[1514]

El fundamento de la delimitación a las materias arbitrales radica en la preocupación estatal de que ciertas disputas sean resueltas solo por autoridades gubernamentales. El sustento final de esto radica en un componente público involucrado en tales disputas.[1515] Por regla general, el arbitraje comercial es una institución de derecho *privado*, y entonces parecería que este no asume la solución de conflictos con tal componente público.

La noción contraria a la de arbitrabilidad es la de inarbitrabilidad. El arbitraje no puede abordar materias no arbitrables. Hacer ello representa una grave violación al propio diseño de la institución —pues en ese diseño la ley excluyó del alcance del arbitraje a ciertas materias—, y también a la competencia exclusiva de los jueces para aquellos temas que, precisamente, no son arbitrables.

1510 Lima, SSC1 250-2016, p. 6.
1511 Lima, SSC2 86-2014; SSC2 34-2012; SSC1 36-2015; entre otros.
1512 Lima, SSC2 7-2012, p. 8.
1513 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.127, 111 (6th ed. 2015).
1514 *Id.*
1515 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 957 (2d ed. 2014).

5.1.2. Relación de la arbitrabilidad con el orden público

La arbitrabilidad de una materia puede tener (o no) relación con el orden público. Por ejemplo, la persecución de delitos constituye un conflicto no arbitrable, pues la imposición, por parte de un árbitro, de una pena privativa de libertad atentaría contra el orden público.

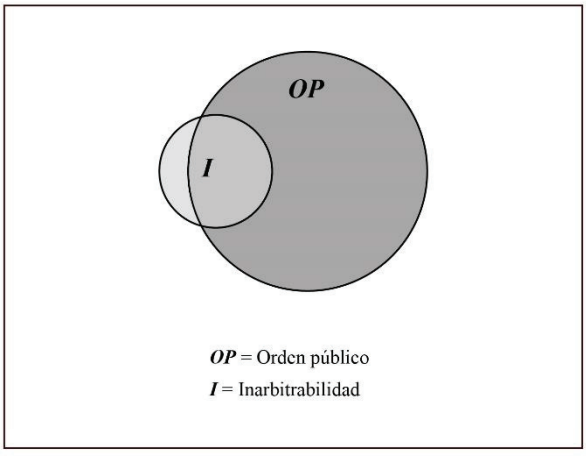
Al respecto, es necesario determinar de forma precisa cuál es la relación entre la arbitrabilidad y el orden público. En específico, la arbitrabilidad, *como categoría*, no resulta una cuestión de orden público, se trata simplemente de un conjunto de normas imperativas. En efecto, son normas de observancia obligatoria, pero que no necesariamente integran el orden público. En palabras de Paulsson:

> Most national laws declare arbitration agreements to be unenforceable with respect to certain matters. There is no reason to say that agreements to arbitrate such disputes are against public policy, any more than saying that driving an automobile on a bicycle path is against public policy. The law does not allow it; that is all; that is enough.[1516]

Naturalmente, *algunas* materias pueden ser inarbitrables, precisamente, por constituir cuestiones de orden público. Volvemos aquí al ejemplo de la persecución de un delito penal; dicho tema es inarbitrable porque atentaría contra el orden público que árbitros pudieran resolverlo.

En esa línea, la ley podría establecer la inarbitrabilidad de temas que, en estricto, nada tienen que ver con el orden público. Supongamos que la ley prohíbe someter a arbitraje controversias derivadas de contratos de suministro. Las disputas que surgen de contratos de suministro no son cuestiones de orden público, y sin embargo la ley establece su inarbitrabilidad.

En síntesis, las disposiciones de arbitrabilidad no son, por sí mismas, cuestión de orden público. Puede decirse que el orden público no es relevante para la inarbitrabilidad,[1517] en el sentido de que esta puede existir sin la necesaria presencia de aquella. Igual, la inarbitrabilidad de una materia específica podría en algunos casos fundamentarse en el orden público. De forma gráfica:



1516 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 115 (2013).

1517 Stavros L. Brekoulakis, *Chapter 2 – On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 19, 44 (2009).

5.2. Estructura y contenido

5.2.1. Delimitación de la causal (inarbitrabilidad objetiva)

En estricto, la noción de arbitrabilidad puede desglosarse en dos dimensiones distintas.

- Arbitrabilidad *objetiva*. Esta se enfoca en la controversia. Existe un conjunto de materias y clases de disputas que pueden ser resueltas vía arbitraje, y otras que no. Esta es, precisamente, el foco de la causal bajo análisis.

- Arbitrabilidad *subjetiva*. Esta se enfoca en los sujetos involucrados en la controversia. La arbitrabilidad subjetiva versa sobre la *capacidad* de las partes para someterse a arbitraje,[1518] y en general a la autorización que da la ley a los sujetos para realizar dicho sometimiento. La ley puede definir quiénes pueden someter sus controversias a arbitraje. Por ejemplo, el sistema normativo podría excluir la arbitrabilidad de controversias en las que el Estado sea parte, como de hecho sucede en ciertos países.[1519]

Pues bien, la causal se centra en la inarbitrabilidad *objetiva*. La LMU cubre casos en los que el «objeto de la controversia» es inarbitrable.[1520] El esquema de la LMU, diseñado para arbitrajes *comerciales*, no concibe restricciones a la arbitrabilidad subjetiva,[1521] y por tanto tampoco contempla una causal de anulación para tal tema.

5.2.2. Ley aplicable

Por regla general, en los procesos de anulación de laudo se aplicará la arbitrabilidad de la ley de los tribunales que conocen la anulación, que virtualmente siempre serán los de la sede del arbitraje.[1522] La LMU[1523] reconoce expresamente ello, y la normativa de Iberoamérica[1524] va en ese mismo sentido. Al respecto, analizaremos los fundamentos de la aplicación de la ley de la sede y la aplicabilidad de leyes de otros países.

5.2.2.1. Sobre la aplicación de la ley de la sede

Si el arbitraje tuvo sede en el país A, parece lógico que las cortes del país A apliquen su ley al evaluar la arbitrabilidad en un proceso judicial de anulación de laudo.

Ahora bien, sucede que en algunos casos la ley de la sede podría no ser considerada relevante para determinar la cuestión de arbitrabilidad en el caso concreto.[1525] Esto sucedería en casos de

---

1518 Roque J. Caivano, *Arbitrabilidad y orden público,* 12 Foro Jurídico 62, 64 (2013).

1519 Orlando Cabrera, *La arbitrabilidad de los contratos administrativos en Latinoamérica: un mar embravecido a explotar,* 7 Lima Arbitration 272, 291 (2017).

1520 Dicho esquema ha sido seguido en Iberoamérica; España (art. 41.1.e) de la Ley 60/2003), Chile (art. 34(2)(b)(i) de la LACI), Colombia (art. 108.2.a de la Ley 1563/2012), México (art. 1457.II del C.Com.) y Perú (art. 63.1.e) y 63.1.f) de la LAP).

1521 Tema distinto es que el sujeto, en el caso concreto, tenga la capacidad para vincularse a arbitraje. Carecer de dicha capacidad puede derivar en la anulación del laudo (art. 34(2)(a)(i)).

1522 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.51, 586 (6th ed. 2015).

1523 Art. 34(2)(b)(i).

1524 España (arts. 2.1 y 41.1.e) de la Ley 60/2003), Chile (art. 34(2)(b)(i) de la LACI), Colombia (art. 108.2.a de la Ley 1563/2012), México (art. 1457.II del C.Com.) y Perú (art. 63.1.e) y 63.1.f) de la LAP).

1525 Stavros L. Brekoulakis, *Chapter 2 - On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 19, 44 (2009).

desconexión de la controversia con la sede del arbitraje. Y es que si, por ejemplo, las partes son de otros Estados, la norma que rige la validez sustantiva del contrato (y del convenio arbitral) es de otro país, y la ejecución del contrato no tiene impacto alguno en la ley de la sede, no parecería tan válido que las cortes de la sede del arbitraje apliquen su marco normativo de arbitrabilidad. Así, no habría razón para que la sede del arbitraje tenga un interés en declarar que la controversia no es arbitrable bajo sus leyes cuando la misma sí es arbitrable bajo las leyes que rigen la validez sustantiva de la relación.[1526]

En esa línea, se ha sostenido que las cortes deberían evaluar si la ley de la sede establecía la competencia de dichas cortes para resolver la controversia que fue resuelta por los árbitros. En caso negativo, las cortes deberían no anular el laudo por transgredir las normas de inarbitrabilidad de la sede, pues estas no han sido afectadas.

> […] the national courts should examine whether the resolution of the dispute by the arbitral tribunal violated any jurisdictional rule of the seat (i. e. the *lex fori*), granting exclusive jurisdiction to the national courts of the seat over the dispute which was actually determined by the tribunal.
>
> The answer to this question depends on whether the national courts of the seat had jurisdiction on the specific dispute in the first place; this in turn will depend on whether the dispute had any territorial link with the seat. If the answer to this question is negative, the national courts of the seat should refuse to set the award aside. In such as case, the national law of the seat on arbitrability will not have been violated. In fact, the national law of the seat will not come into play at all.[1527]

A nuestro juicio, la posición es parcialmente atendible. Es necesario trazar una distinción entre las disposiciones de arbitrabilidad que son a la vez cuestiones de orden público internacional[1528] y aquellas que no lo son.[1529]

Por un lado, las disposiciones de arbitrabilidad que sean a la vez cuestiones de orden público internacional serán siempre aplicadas por las cortes. Bajo el esquema de la Convención de Nueva York, puede entenderse que esta hace que los Estados deban tratar a la arbitrabilidad como un «mechanism tailored to safeguard specified national public policies».[1530]

Y es que, aun si el arbitraje careciese de conexión material con la sede, no parece razonable que las cortes deban declarar válido un laudo[1531] y por tanto reconocerle efectos dentro de su ordenamiento[1532] cuando aquel aborde materias que no son arbitrables por razones de orden público.[1533]

1526 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 600 (2d ed. 2014).

1527 Stavros L. Brekoulakis, *Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 99, 108 (2009).

1528 Ver 6.1.2.1.(B)

1529 Sobre la relación entre el orden público y la arbitrabilidad, ver 5.1.2.

1530 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3311 (2d ed. 2014).

1531 Desestimar una demanda de anulación significa, en términos prácticos, reconocer al laudo como válido, máxime si las cuestiones de arbitrabilidad y orden público pueden ser conocidas de oficio.

1532 Vale notar que la ejecución de un laudo local puede estar sometida a un proceso judicial expeditivo, el que no necesariamente contará con las causales de oposición a ejecución de laudos *extranjero* previstas en la Convención de Nueva York.

1533 En estricto, si la inarbitrabilidad se funda en una cuestión de orden público *local,* podría sostenerse que el laudo sí debe ser reconocido y no debe ser anulado en la sede. Es decir, solo si la inarbitrabilidad se funda en una cuestión de orden

Por otro lado, las disposiciones de arbitrabilidad que no sean a la vez cuestiones de orden público internacional *podrían* no ser aplicadas en casos sin conexión material alguna con la sede. La respuesta final dependerá de cómo está estructurado el proceso judicial de ejecución de laudo. Y es que aun si el caso arbitral careciese de conexión con el país de la sede, el intentar ejecutar el laudo en dicho país significaría dar fuerza en el territorio a un mandato que deriva de una controversia no arbitrable.

- Si el proceso de ejecución en la sede permite oposición fundada en inarbitrabilidad, entonces no habría problema en que la judicatura que evalúa la anulación no aplique las disposiciones de arbitrabilidad ajenas al orden público.

- Si el proceso de ejecución en la sede no contempla oposición formulada en inarbitrabilidad, entonces la única vía para impedir la ejecución del laudo dentro del territorio es la de la anulación. Luego, las cortes sí deberían considerar las disposiciones de arbitrabilidad ajenas al orden público.

Esta eventual inaplicabilidad de disposiciones de arbitrabilidad que no derivan del orden público se puede fundamentar en la necesidad de favorecer el desarrollo del arbitraje comercial. Así, «it will be necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration».[1534]

5.2.2.2. Sobre la aplicabilidad de otras leyes

La aplicabilidad de una ley distinta a la de la sede para la noción de arbitrabilidad puede evaluarse bajo dos escenarios distintos: aplicar una ley distinta *en vez de* la ley de la sede; y aplicar una ley distinta *en adición a* la ley de la sede.

Aplicar una ley distinta *en vez de* la ley de la sede no parece viable. Según expusimos, no parece factible remover de forma total la ley de la sede para este tema, pues muchas disposiciones de arbitrabilidad son cuestiones de orden público.

Aplicar una ley distinta *en adición a* la ley de la sede es una cuestión interesante. Se sostiene que esto podría estar justificado cuando las cortes originalmente legitimadas para resolver la controversia se ven impedidas de aplicar su derecho debido a la decisión de las partes de llevar el tema a arbitraje (arbitraje en otro país). Así, los intereses del referido país se ven desprotegidos.

> Further, it can happen that the court that has jurisdiction over a matter and prohibits arbitration of this matter is never seized of the dispute either because none of the parties attempts to initiate court proceedings or enforce the award obtained elsewhere in this jurisdiction. In this situation, the interests of the state cannot be efficiently protected unless a state where some activity with regards to arbitration is carried out in its national courts applies foreign law.
>
> Therefore, sometimes application of the law of a foreign state that has exclusive jurisdiction is justified and necessary.[1535]

---

público *internacional* el laudo debería ser anulado, siguiendo la misma lógica que la anulación de laudos derivados de arbitraje internacional por afectación al orden público internacional.
Sobre las clasificaciones de orden público local y orden público internacional, ver 6.1.2.1.

1534 *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 639 (1985).

1535 Victoria Barausova, *The Law Governing Arbitrability: Problems and Proposals,* 2017(2) International Commercial Arbitration Rev. 136, 148 (2017).

Existen tres argumentos centrales para habilitar a un juez de anulación de laudo a aplicar normas de arbitrabilidad de un país extranjero. Primero, se sostiene que los jueces podrían recurrir al principio de cortesía internacional para aplicar disposiciones de arbitrabilidad de un país extranjero.[1536]

Segundo, se sostiene que la corte puede recurrir a la aplicación del esquema estándar de elección de derecho aplicable para cuestiones de orden público, esquema que permitiría a la corte aplicar el orden público de otro Estado (con conexión material al caso).[1537] A través de ello, la corte podría aplicar disposiciones de arbitrabilidad de otro Estado, al menos aquellas que deriven del orden público de aquel otro Estado.

Tercero, y enlazado al argumento anterior, se puede sostener que en ciertos casos inaplicar disposiciones de arbitrabilidad de una ley extranjera podría resultar contrario al orden público de la sede. Es decir, el orden público de la sede puede incorporar disposiciones de arbitrabilidad provenientes de normas extranjeras. Esto se daría cuando sea una cuestión de orden público que ciertas controversias sean resueltas ante las cortes judiciales de algún país.[1538] En el caso *Fincantieri,* la Corte Suprema Federal de Suiza acotó que:

> In the present case, public policy could only be relevant if it required imperatively that the claim at issue be submitted to a State authority.
>
> Hence, the arbitrability of the dispute does not depend on the material existence of the claim. Thus, it cannot be denied for the only reason that mandatory provisions of law or a given material public policy make the claim null and void or its execution impossible; it could be denied only as far as the claims are concerned which should have been heard exclusively by a State court, according to provisions of law which were to be taken into consideration for reasons of public policy.[1539]

A nuestro juicio, estos argumentos no parecen tener la suficiente fuerza para que las cortes de la sede apliquen la ley de otro país al evaluar la arbitrabilidad, al menos cuando ello no está expresamente permitido.

En cuanto a los dos primeros argumentos, sucede que las causales de anulación suelen componer una lista *taxativa* y suelen estar sujetas a una interpretación *restrictiva*.[1540] Si las disposiciones sobre anulación por inarbitrabilidad y por afectación al orden público estipulan que tales conceptos se evalúan bajo la ley de la sede, no habría manera de aplicar una ley distinta.[1541]

El tercer argumento es una construcción bastante compleja y difícil de generalizar. Las cortes suizas parecen considerar que el orden público *de Suiza* incluye rechazar la resolución de

---

1536 *Id.*, at 149-50.

1537 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 605-06 (2d ed. 2014).

1538 Victoria Barausova, *The Law Governing Arbitrability: Problems and Proposals,* 2017(2) International Commercial Arbitration Rev. 136, 148-49 (2017).

1539 Suiza, Corte Suprema Federal, sentencia de 23 de junio de 1992 (Disponible en 20 Y'book Commercial Arbitration 766 (1995)). En la misma línea: Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_370/2007, sentencia de 21 de febrero de 2008 (Disponible en 26(2) ASA Bull. 334 (2008)).

1540 Ver 2.1.2. y 2.4.2. del capítulo III.

1541 Este es el caso de la LMU, de Chile (art. 34(2)(b) de la LACI), de Colombia (art. 108.2 de la Ley 1563/2012) de México (artículo 1457.II del C.Com) y de Perú (art. 63.1.e) y 63.1.f) de la LAP).
En España, las causales de anulación por inarbitrabilidad y por afectación al orden público no señalan expresamente que tales nociones se determinan bajo la ley española (art. 41.1 de la Ley 60/2003). Sin embargo, si se aplica una interpretación restrictiva la conclusión sería que solo la ley española debería tomarse en cuenta para ambos conceptos.

controversias mediante arbitraje cuando alguna ley (de Suiza o de algún otro país) establezca la competencia exclusiva de cortes públicas para tales controversias. ¿Puede sostenerse hoy que sucede lo mismo en otros países? La respuesta es negativa.

En realidad, la respuesta estándar hoy en día estaría en considerar que las normas de arbitrabilidad de otro país son *irrelevantes,* al menos para el proceso judicial de anulación de laudos. Si las partes escogieron la sede y si además escogen como ley aplicable al convenio la ley de la sede, no habría espacio para aplicar normas de arbitrabilidad de una ley distinta. *Tamil Nadu v. ST-CMS* evidencia esto:

> Indian law is expressly excluded from the separate arbitration agreement. Furthermore, it is nothing to the point if, under Indian law, the proper law of the PPA, the dispute in question cannot be decided other than by an Indian tribunal or Indian statutory body, according to Indian law. That is an irrelevance to an English court, the court of the seat of the arbitration, dealing with an arbitration provision specifically governed by English law. Whether or not a foreign court would insist on its own jurisdiction or the jurisdiction of a statutory tribunal in India in matters of this kind is an irrelevance […]. The parties have agreed to arbitration in accordance with English law and it is by that law alone that the ambit of the arbitration provision can be determined, as a matter of construction. To delve into the proper law of the PPA to seek for any provision mandatorily applicable by that law to the issue of jurisdiction, is impermissible.[1542]

La corte inglesa consideró que la inarbitrabilidad de la controversia bajo la ley india —país que tenía conexión material con la controversia— no era relevante, pues el convenio arbitral se regía bajo derecho inglés y la sede era Inglaterra.

En resumen, la aplicabilidad de normas de arbitrabilidad de una ley distinta a la ley de la sede parece ser difícil.

Ahora bien, más allá de que esa sea la respuesta actual, es necesario evaluar si esa es la respuesta *ideal.* ¿Deberían las cortes poder aplicar disposiciones de arbitrabilidad de una ley extranjera al evaluar la validez del laudo?

La respuesta parecería ser negativa. Si consideramos que un laudo anulado es un resultado *indeseado* para el arbitraje, entonces optar por un control judicial más estricto no parece idóneo.

Además, la decisión judicial sobre la validez del laudo no tiene, *per se*, efecto vinculante en el resto de los ordenamientos nacionales. En cualquier caso, cada ordenamiento tiene la soberanía y autoridad para impedir que el laudo no declarado nulo en la ley de la sede no surta efectos en su territorio si es que no cumple con sus reglas de arbitrabilidad. Precisamente, en el caso *Fincantieri,* el Tribunal Supremo Federal de Suiza precisó que eran las partes las que debían evaluar el riesgo de que el laudo emitido en Suiza, que se pronuncia sobre temas arbitrables según la ley suiza, sea no reconocido en otros ordenamientos.[1543]

Para finalizar, vale notar que los árbitros, a diferencia de los jueces, sí pueden evaluar la arbitrabilidad de la controversia bajo una ley distinta a la de la sede. Esto permite la aplicación de

---

1542 *Tamil Nadu Electricity Board v St-Cms Electric Company Private Ltd,* [2007] EWHC 1713 (Comm).

1543 Suiza, Corte Suprema Federal, sentencia de 23 de junio de 1992 (Disponible en 20 Y'book Commercial Arbitration 766 (1995)).

la ley del ordenamiento en el que se ejecuta la operación objeto del contrato.[1544] Luego, si una controversia definitivamente no es arbitrable bajo el ordenamiento en el que se produjo la operación comercial, es sólido considerar que los árbitros declararán que carecen de competencia para resolver tal controversia.

5.2.3. Ámbito de materias arbitrables

5.2.3.1. Marco general

(A) Sobre los distintos criterios rectores

¿Qué es la materia arbitrable? Es aquella, según expusimos, que puede someterse a arbitraje. No parece, al menos en este nivel, que pudiéramos ser más específicos. En efecto, fuera del entendimiento general de que las controversias *comerciales* son susceptibles de arbitraje —deducción que deriva de la propia etiqueta de «arbitraje comercial»—, no es viable establecer algún otro tipo de delimitación que sea aplicable al menos para la gran mayoría de países.

En esa línea, el recurrir a instrumentos internacionales, como la Convención de Nueva York o la LMU tampoco resulta útil aquí, pues estas no establecen delimitación alguna al concepto de arbitrabilidad.[1545]

A nivel internacional, los países emplean ciertos criterios rectores que, aunque similares, no son idénticos. La arbitrabilidad puede definirse a la luz del concepto de materia disponible (*disposable matter*),[1546] del concepto de naturaleza patrimonial,[1547] de la exclusión de derechos fundamentales, etcétera.

En Iberoamérica, el criterio rector es el de materia disponible.[1548] Por ello, nos enfocaremos en este.[1549]

1544 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 598 (2d ed. 2014).

1545 La Convención de Nueva York se limita a reconocer el concepto de arbitrabilidad («asunto que pueda ser resuelto por arbitraje) (art. II.1). La LMU sigue la misma línea.

1546 Francia (art. 2059 del *Code Civile*), Italia (art. 806 del *Codice di procedura civile*), España (art. 2.1 de la Ley 60/2003) emplean este criterio.

1547 Alemania (§ 1030.1 del ZPO) y Suiza (art. 177.1 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado) siguen este criterio.

1548 España (art. 2.1 de la Ley 60/2003), Colombia (art. 1 (para arbitraje nacional) de la Ley 1563/2012), Perú (art. 2.1 de la LAP).
En Colombia, para el arbitraje internacional la Ley 1563/2012 sigue el esquema de la LMU y no señala criterio alguno para determinar la arbitrabilidad. Sin embargo, parece razonable considerar que la noción de arbitrabilidad del arbitraje internacional deberá observar el esquema establecido en el *ordenamiento* nacional —incluyendo las disposiciones de arbitraje local de la Ley 1563/2012— (Daniel Restrepo-Soto, *La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje,* 5(1) EAFIT J. of Int'l L. 63, 66 (2014)). Al respecto, la jurisprudencia refiere que el arbitraje *solo* —término, que duda cabe, problemático— puede abordar cuestiones transigibles, es decir, de libre disposición (Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, § 3.1.1).
En Chile, para el arbitraje interno se sostiene que el criterio de libre disponibilidad se deriva de ciertas disposiciones —en específico, art. 228 del Código Orgánico de Tribunales— (María Fernanda Vásquez Palma, *La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno*, 12(1) Revista Ius et Praxis 181, 202-03 (2006)). Además, esa parece ser la línea adoptada por algunas autoridades locales, pues estos han considerado que cuestiones sobre derechos «irrenunciables» (es decir, no disponibles) no pueden ser llevados a arbitraje (Sentencia emitida por el Fiscal Nacional Económico, de 20 de enero de 1994). Para el arbitraje internacional, la LACI emplea como criterio al concepto de controversia «comercial» y estipula una lista referencial de operaciones económicas que califican bajo dicha etiqueta (art. 2(g)).
En México, se considera que la arbitrabilidad de un tema pasa por cumplir cuatro criterios: (i) tema no excluido de forma expresa; (ii) que no se refiera a derechos indisponibles; (iii) que no afecte el interés público; y (iv) que no involucre derechos de tercero (Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 249 (4th ed. 2014)).

1549 Ver 5.2.3.2.

(B) Arbitrabilidad vs. normas imperativas

Un aspecto vital de la arbitrabilidad está en su relación con las normas imperativas. Todo ordenamiento jurídico maneja disposiciones de obligatorio cumplimiento. Y surge la interrogante de si los árbitros tienen la autoridad y legitimidad suficiente para pronunciarse sobre esta clase de normas, y si en esa línea las controversias que involucren normas imperativas deben ser inarbitrables.

Pues bien, la presencia de normas imperativas no hace que un tema sea inarbitrable.[1550] Esto es importante pues incluso temas clásicos que se someten a arbitraje (p. ej. el tráfico de mercancías) pueden estar regulados también por normas imperativas. El «riesgo» de que los árbitros inapliquen o interpreten erradamente la norma imperativa no puede llevar a que el tema sea inarbitrable, pues bajo esa lógica virtualmente cualquier disputa no sería susceptible de arbitraje.[1551]

La norma imperativa podría incluso fundarse en una cuestión de orden público, y ello no convierte a la controversia en inarbitrable.[1552]

5.2.3.2. Arbitrabilidad y materias disponibles

Las materias de libre disposición hacen referencia a un «complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible»;[1553] en otras palabras, derechos que una persona puede manejar de forma libre. La persona podría ejercerlos, no ejercerlos, «transferirlos» o inclusive extinguirlos. Por ejemplo, el derecho de propiedad de una persona sobre un vehículo le permite manejarlo, guardarlo (no usarlo), venderlo o incluso destrozarlo.

Las decisiones que toma una persona sobre materias de su libre disposición no tienen, en teoría, impacto material alguno fuera de la esfera de dicho individuo. La sociedad no sufre afectación directa alguna.[1554] En el ejemplo anterior, si la persona decide guardar su vehículo y nunca usarlo, pues tal decisión no tiene impacto material para la sociedad.

En ese esquema, parece válido que los conflictos sobre materia disponible puedan ser resueltos mediante arbitraje. Sucede que «[s]i una persona —en su esfera de libertad y autonomía de voluntad— puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza».[1555]

Y es que claro, si no existe interés alguno de la sociedad en tales conflictos, parece válido que los sujetos involucrados puedan resolver sus disputas mediante un mecanismo privado —el que naturalmente como cualquier otra institución jurídica debe respetar las normas del ordenamiento legal—. En el ejemplo del vehículo, a la sociedad le da igual cuál es el monto total que el propietario actual le debe al anterior propietario por la transferencia del carro. Que dichos sujetos decidan que un tercero determine tal monto carece de interés social.

Por contraste, existen materias que no son de libre disposición. En estas, la situación es inversa, o bien no existe un derecho o pretensión individual, o bien el derecho o pretensión que recae en

---

1550 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 950 (2d ed. 2014).

1551 Elina Mereminskaya, *La relación entre arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada,* 17 Revista Foro de Derecho Mercantil 121, 129 (2007).

1552 Sobre la aplicación de normas de orden público por un tribunal arbitral, ver 6.2.2.2.

1553 Silvia Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje* 90 (1998).

1554 Indiscutiblemente todos los actos de cada persona tienen al menos un impacto indirecto en la sociedad.

1555 Roque J. Caivano, *Negociación, conciliación y arbitraje* 228 (1998).

un sujeto además tiene un interés para la sociedad en general, lo que restringe el campo de libertad de manejo de aquel sobre tal derecho o pretensión.

Un ejemplo de inexistencia de derecho o pretensión individual: A comete un delito de daños sobre un inmueble de B. B puede tener derecho a un resarcimiento («reparación civil»), pero no tiene derecho individual alguno a reclamar el encarcelamiento de A. La persecución del delito se fundamenta en el interés de la sociedad en sancionar tal clase de acto.

Un ejemplo de derecho o pretensión individual que tiene un interés para la sociedad en general: en Perú, un trabajador que gana el sueldo mínimo no puede, junto con su empleador, someter a arbitraje disputas relativas al pago de sus vacaciones u otros conceptos que se generan de la relación laboral.[1556] En este caso, el trabajador es único titular de sus derechos, y sin embargo el interés social involucrado —hacer respetar los derechos laborales— le impide a aquel someter a arbitraje sus pretensiones.

En ambos casos, el sustento final es el mismo: existe un interés público sobre el tema que debe ser atendido y respetado. Esa valoración derivaría en que el tema no puede ser sometido a arbitraje, y que deba dilucidarse bajo el esquema heterocompositivo clásico de solución de disputas (proceso judicial). Esto, precisamente, explica por qué las cuestiones de orden público pueden hacer que ciertos temas sean inarbitrables.

5.2.3.3. Relación referencial de temas arbitrales y no arbitrables

«No hay una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser sometidas a arbitraje».[1557] Sin embargo, es posible dar una lista referencial de asuntos arbitrables y no arbitrables.

(A) Materias arbitrables

Asuntos comerciales en general (derechos patrimoniales). La libre disponibilidad de derecho es evidente en las dinámicas comerciales, pues estas versan sobre derechos patrimoniales. Las disputas sobre compra, venta, transporte, cesión, y en general de la circulación de bienes o de la prestación de servicios pueden someterse a arbitraje. Esto es así en la mayoría de países del mundo,[1558] y de ahí que se hable de arbitraje *comercial*.

Derechos patrimoniales por responsabilidad no contractual. Por regla general, los conflictos sobre estos derechos son arbitrables, sean asuntos comerciales o no, contractuales o no. El conflicto sobre derecho a un resarcimiento por responsabilidad extracontractual es arbitrable.

Esto, incluso, puede cubrir casos de reparación civil derivada de un delito penal. Sí, el delito no puede ser objeto de arbitraje, pero la consecuencia «civil» sí puede ser arbitrable,[1559] pues esta última sí constituye un derecho de libre disposición del afectado.

Conflictos societarios. Una sociedad puede someter las controversias «intrasocietarias» (sociedad con sus miembros, directivos, socios, representantes, entre otros sujetos vinculados a la sociedad) a

---

1556 Sin embargo, aquellos trabajadores que tengan un sueldo mayor a 70 Unidades de Referencia Procesal (aproximadamente USD 8'000.00), pueden someter a arbitraje controversias de índole laboral (6.ª Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo).

1557 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 971 (4th ed. 2014).

1558 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 2.160, 124 (6th ed. 2015).

1559 José Fernando Merino Merchán, *Ley de Arbitraje, Artículo 2 [Materias objeto de arbitraje]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 43, 56 (2014).

arbitraje.[1560] Este tema deriva de la noción general de disponibilidad, por lo que no requiere estar normativamente reconocida de manera expresa.[1561]

Asuntos testamentarios. Una persona puede disponer que las eventuales disputas relacionadas a la distribución de sus bienes sean llevadas a arbitraje. Lo llamativo del arbitraje testamentario es que el convenio surge de un acto unilateral. Ello *no* es relevante para la evaluación de la arbitrabilidad objetiva; para esta, bastaría aplicar el criterio de patrimonialidad.[1562] Si las disputas testamentarias versan sobre derechos patrimoniales, entonces deberían ser consideradas arbitrables.

En Iberoamérica, el arbitraje testamentario parece tener reconocimiento y aceptación.[1563] Algunos países incluso lo reconocen en sus leyes.[1564]

Conflictos que involucran derecho de la competencia (antitrust, competition law). Al menos en Estados Unidos[1565] y en Europa,[1566] las disputas *inter partes* sobre acuerdos comerciales que involucran temas de derecho de competencia (p. ej. fijación de precios) pueden ser sometidas a arbitraje.

Asuntos enlazados a propiedad intelectual. Es sólido considerar que las disputas sobre la explotación y manejo de derechos de propiedad intelectual, así como controversias sobre alcance e infracciones (de un privado a otro privado) a licencias o titularidades de tales derechos son arbitrables.[1567] Por contraste, cuestiones sobre la existencia, validez y registro de propiedad intelectual suelen ser consideradas no arbitrables.[1568]

Conflictos en relaciones de consumo. Las relaciones de consumo, que en su esencia son transacciones comerciales, suelen verse reguladas por marcos normativos especiales. Sobre ello, algunos ordenamientos reconocen la arbitrabilidad de disputas derivadas de tales relaciones.[1569]

(B) Materias no arbitrables

Si bien las materias no arbitrables pueden variar de ordenamiento en ordenamiento, existen algunos temas que parecen ser considerados inarbitrables en virtualmente todo el mundo.

Persecución de delitos penales. La desconexión entre derecho penal y arbitraje parece ser bastante evidente:

1560 Por todos, ver Pilar Perales Viscasillas, *Chapter 14 - Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 273 (2009).

1561 Sin perjuicio de ello, en Perú la LAP reconoce expresamente que estas controversias pueden dilucidarse en arbitraje (6.ª Disposición Complementaria).

1562 Irene Welser & Gregor Klammer, *Chapter 1: The Arbitration Agreement, Unilateral Arbitration Clauses*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2018* at 3, 19 (2018).

1563 Werner Vega Trapero, *Consideraciones acerca del arbitraje en materia sucesoria,* 1(2) Ius Ibero 13 (2012); Francisco González de Cossío, *Terceros y arbitraje. El que toma el botín, toma la carga*, 5 Lima Arbitration 92 (2013).

1564 España (art. 10), Perú (7.ª Disposición Complementaria de la LAP).

1565 *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth,* 473 U.S. 614 (1985). Sobre la base del caso *Mitsubishi,* que reconocía la arbitrabilidad de cuestiones de competencia para arbitrajes internacionales, las cortes estadounidenses han reconocido también la arbitrabilidad de cuestiones de competencia para arbitrajes domésticos (Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 968 (2d ed. 2014))

1566 *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV,* caso C-126/97, de 1 de junio de 1999.

1567 Anna P. Mantakou, *Chapter 13 - Arbitrability and Intellectual Property Disputes*, in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 263, § 13-17, 270 (2009).

1567 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3326 (2d ed. 2014).

1568 *Id.* at 992.

1569 España (Real Decreto 231/2008), Chile (Ley 19.496, artículo 16), Colombia (Decreto 1829/2013, artículo 80 y ss.), México (Ley Federal de Protección al Consumidor, artículo 99 y ss.) Perú (Decreto Supremo 046-2011-PCM) reconocen la arbitrabilidad de disputas de consumo.

> Arbitration and criminal law appear to live on two distant planets, and their paths do not seem to ever have to cross each other. Arbitration is based upon private autonomy, and its purpose is to adjudicate private disputes. Criminal law endeavours to restrict private autonomy for the sake of the general interest. Criminal law is at the core of the State's mandatory laws, while arbitration is autonomous from states.[1570]

La persecución y sanción del delito se fundamenta en el interés social por la protección de ciertos bienes jurídicos. Luego, los árbitros no pueden decidir si un sujeto es culpable de la comisión de un ilícito penal y tampoco pueden establecer penas o sanciones propias del derecho penal: «Establishing the existence or non-existence of a criminal offence by way of a decision cannot be within the authority of the arbitral panel».[1571]

Cuestionamiento a actos administrativos. El ciudadano tiene un derecho individual a cuestionar un acto administrativo, pero el acto en sí mismo y el sujeto contra el que se impugna son manifestaciones del interés público. Por lo tanto, estos asuntos son virtualmente inarbitrables en todo el mundo.

Controversias tributarias. La postura general es que las disputas enlazadas a impuestos no son arbitrables.[1572]

5.3. Caracteres especiales del control judicial

Por regla general, el análisis de la arbitrabilidad de la controversia involucra evaluar la *sustancia* de la controversia, sin entrar a resolver la misma.

En efecto, para que los jueces puedan definir si la controversia es arbitrable, será necesario que evalúen en qué consiste la controversia. Este análisis, en la mayoría de los casos, podría considerarse como uno «abstracto», que no requiere un tratamiento de las particularidades del caso concreto.

Por ello, el análisis no interfiere con la competencia de los árbitros para decidir los méritos (*merits*) de la disputa. Los jueces no evalúan si las pretensiones planteadas deben ser estimadas o no, sino que analizan si *de entrada dichas pretensiones podían someterse a arbitraje*. Si la corte considera que el laudo se pronunció sobre cuestiones arbitrables, la decisión de este queda intacta; y si por el contrario la corte anula el laudo por considerar que toca temas no arbitrables, dichos temas podrán dilucidarse en un nuevo proceso ante otra corte (la que sí se pronunciará sobre el fondo de la controversia).

No obstante, en algunos casos la cuestión sobre arbitrabilidad podría considerarse a la vez como una defensa de fondo. Por ejemplo, A inicia un arbitraje al amparo de un contrato de locación de servicios y pide una compensación; frente a ello, B responde que el contrato esconde una relación laboral, la que no puede llevarse a arbitraje.[1573-1574]

1570 Alexis Mourre, *Chapter 11 - Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal*, in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 207, § 11-1, 207 (2009).

1571 Matti S. Kurkela, *Criminal laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not,* 26(2) ASA Bull. 280, 286 (2008).

1572 William W. Park, *Chapter 10 – Arbitrability and Tax*, in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 179, § 10-4, 180 (2009).

1573 Para este ejemplo, supongamos que las controversias derivadas de contratos laborales no son arbitrables.

1574 El ejemplo se inspira en las controversias que surgen sobre la relación entre compañías de transporte o *delivery* y sus colaboradores (sujetos que realizan el transporte o el *delivery* contactado mediante la compañía). Es usual que se discuta si la mencionada relación es laboral o civil y que la decisión al respecto tenga un impacto en la arbitrabilidad de la controversia (ver, por ejemplo, Uruguay, Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, decisión de 3 de junio

Evaluar la naturaleza del contrato es una cuestión de fondo. Sin embargo, en este ejemplo, es a la vez una cuestión de arbitrabilidad. La naturaleza del contrato resulta un hito esencial para definir si los reclamos derivados de dicho contrato pueden ser resueltos en arbitraje. Luego, la decisión sobre la arbitrabilidad tiene un impacto en la discusión sobre el fondo de la controversia. Siguiendo el ejemplo, si los árbitros concluyesen que la materia es arbitrable, toda defensa relativa a que la relación es laboral quedaría sin sustento.

En resumen, el análisis de la arbitrabilidad por regla general implica una evaluación de la sustancia de la controversia, sin resolverla. Sin embargo, en algunos casos podrá ser necesario abordar y decidir sobre aspectos que constituyen, a la vez, defensas sobre o cuestiones del fondo de la controversia.

5.4. Particularidades normativas en Iberoamérica

5.4.1. Chile (arbitraje local)

En el arbitraje local de Chile, la normativa ha establecido un conjunto de materias que no pueden ser sometidas a arbitraje (*arbitraje prohibido*). Estas derivan de los artículos 229,[1575] 230[1576] y 357[1577] del Código Orgánico de Tribunales y podemos clasificarlas de la siguiente manera:

- Cuestiones de derecho privado: estado civil de la persona, alimentos, derecho a pedir separación de bienes entre esposos, conflictos entre representante legal y representado.

- Cuestiones de derecho público o cuestiones con algún componente de interés público: asuntos penales, causas «de policía local», responsabilidad civil de jueces o funcionarios por actos ministeriales, conflictos de competencia entre tribunales, «negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público».[1578]

- Cláusula abierta: todo negocio en el que se requiera la intervención del ministerio público.

---

de 2020, en la que se concluyó que la relación entre Uber y un conductor era de naturaleza laboral). Pero la discusión no solo impacta en el plano de la arbitrabilidad, sino también en el fondo.

1575 «Artículo 229.- No podrán ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer».

1576 «Art. 230. Tampoco podrán someterse a la decisión de árbitro las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un represente legal y su representado, y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial.
Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227».

1577 «Artículo 357.- Debe ser oída la fiscalía judicial:
1.º) Eliminado.
2.º) En las contiendas de competencia suscitadas por razón de la materia de la cosa litigiosa o entre tribunales que ejerzan jurisdicción de diferente clase;
3.º) En los juicios sobre responsabilidad civil de los jueces o de cualesquiera empleados públicos, por sus actos ministeriales;
4.º) En los juicios sobre estado civil de alguna persona;
5.º) En los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público, siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio y cuyo conocimiento corresponda al tribunal indicado en el artículo 50; y
6.º) En general, en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente la audiencia o intervención del ministerio público».

1578 Art. 357 del Código Orgánico de Tribunales.

Así, la norma aborda asuntos en los que el Estado tiene un interés o aquellos que involucran al derecho de familia.[1579]

A continuación, algunas precisiones en cuanto a estas materias no arbitrables.

En primer lugar, un problema de los marcos normativos antiguos y desfasados de arbitraje en Latinoamérica es que niegan la autonomía de las partes.[1580] Esto, en el tema específico de arbitrabilidad, puede significar una exclusión de temas comerciales o controversias que involucren derechos de libre disposición.

Sin embargo, el marco normativo de Chile sobre materias no arbitrables en arbitraje local resulta acertado en líneas generales y no niega u obstaculiza la arbitrabilidad de cuestiones comerciales.

En segundo lugar, y enlazado a lo anterior, los temas establecidos como no arbitrables en la normativa de arbitraje local chileno constituyen temas que, bajo estándares internacionales, efectivamente no necesariamente califican como cuestiones susceptibles de arbitraje.

- Cuestiones penales y causas de policía local —casos de infracciones a ciertas normas administrativas— no parecen temas que deban someterse a arbitraje. En ambos, existe un evidente interés público en la persecución y sanción de una conducta ilícita.

- Los conflictos de competencia entre tribunales constituyen un tema de organización *judicial;* el componente público es indiscutible. Por ello, es válido que el tema no sea susceptible de arbitraje.

- La responsabilidad de funcionarios en ejercicio de funciones constituye un tema con un fuerte interés público, de ahí que sea válido disponer que no sea arbitrable.

- Las corporaciones o fundaciones de derecho público no podrían llevar a arbitraje conflictos sobre sus bienes debido, precisamente, al interés público que subyace en su propia naturaleza de personas jurídicas de derecho público.

- Los conflictos entre representante legal y representado no son arbitrables. Por representante legal, la norma se refiere a todo supuesto en el que la representación nazca por mandato de la ley.[1581]

- El estado civil de las personas es una cuestión de orden público en Chile. Además, las sentencias judiciales que se dictan al respecto tienen eficacia *erga omnes,* que por contraste el laudo no genera.[1582]

- Las controversias sobre alimentos y separación de bienes de esposos no son arbitrables.[1583] Es razonable considerar que estos temas involucran un componente de

---

1579 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 16 (2d ed. 2016).

1580 Sergio Huidobro Corbett, *Reflexiones sobre Algunas Similitudes y Diferencias entre las Leyes de Arbitraje Internacional Española y Chilena*, II(6) Revista Brasileira de Arbitragem 75, 77 (2005).

1581 Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* 124 (5th ed. 2005).

1582 *Id.* at 127.

1583 En específico, solo los alimentos a devengarse en el futuro son inarbitrables. Los alimentos ya devengados y los alimentos voluntarios son de naturaleza disponible (artículos 336 y 337 del Código Civil de Chile) y por tanto pueden ser objeto de arbitraje.

derecho de familia que en muchas sociedades se considera de interés público. Por lo tanto, establecer su inarbitrabilidad tiene sentido.

En tercer lugar, la lista de materias no arbitrables del Código Orgánico de Tribunales no es taxativa. El artículo 357 contiene una cláusula abierta que cubre todo «negocio» en el que la ley requiera la intervención del ministerio público. Esto no es sorpresivo, pues es evidente que la lista glosada no cubre todas las clases de controversias no arbitrables.

5.4.2. Perú

En Perú, el estándar de control de esta causal es particularmente alto para el arbitraje local. Veamos la LAP:

> «Artículo 63.- Causales de anulación
>
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando […]
>
> […]
>
> 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 […], tratándose de un arbitraje internacional».

Según la norma, la inarbitrabilidad debe ser *manifiesta* en arbitrajes nacionales, pero no así en arbitrajes internacionales.

Luego, en los arbitrajes locales de Perú, para que la corte pueda sancionar la nulidad del laudo, debe estar frente a un caso *evidente*. Empleando un aforismo propio de otra rama, la inarbitrabilidad debe quedar verificada más allá de toda duda razonable.

La LAP, al permitir la arbitrabilidad de materia disponible sin establecer restricciones o limitaciones expresa, está adoptando un esquema de presunción positiva de arbitrabilidad.[1584] En ese sentido, las cortes parten presuponiendo que el tema es arbitrable.

Sobre dicha base, el legislador decide elevar el estándar de certeza. Esta decisión logra dos objetivos. Por un lado, refuerza el esquema de presunción positiva de arbitrabilidad. Por el otro, garantiza que las cortes adopten un percepción uniforme y predecible sobre los límites de la arbitrabilidad. En efecto, al elevar el estándar de certeza, se evita la existencia de decisiones judiciales disímiles en casos discutibles. Los casos «difíciles» terminarán en decisiones a favor de la arbitrabilidad del tema, y el laudo será anulado solo aquellos casos en que la inarbitrabilidad sea patente.

Sin embargo, no queda claro por qué el legislador decidió adoptar tal opción de forma parcial. Es decir, por qué solo elevó el grado de certeza para la evaluación de la inarbitrabilidad en arbitrajes nacionales, pero no para arbitrajes internacionales.

1584 José Fernando Merino Merchán, *Ley de Arbitraje, Artículo 2 [Materias objeto de arbitraje]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 43, 44 (2014).

Si el fundamento de la elevación del estándar de certeza es reforzar la presunción positiva de arbitrabilidad, no parece justificable que la medida recaiga solo en una clase de arbitrajes (nacionales) y no en otra (internacionales). A su vez, si el fundamento es aumentar el nivel de uniformidad en los pronunciamientos judiciales, la elevación parcial del estándar tampoco tiene sentido; vale notar que, sea que el laudo derive de arbitraje nacional o internacional, si el Perú es la sede entonces serán los jueces peruanos los que conocerán la demanda de anulación.

En realidad, si una intención del legislador era hacer más atractivo el Perú como plaza de arbitrajes internacionales, hubiera sido conveniente que también se pida una «manifiesta» inarbitrabilidad para la anulación de laudos derivados de arbitrajes internacionales.

6. ORDEN PÚBLICO - ARTÍCULO 34(2)(B)(II)

6.1. Fundamentos de la causal

Ningún ordenamiento jurídico tolerará actos jurídicos que atenten contra el orden público. En esa línea, el orden público puede considerarse como una limitación sensata para los acuerdos privados.[1585] La voluntad de las partes, dirigida a generar acuerdos de distinta clase (no solo contratos) debe respetar necesariamente dicha noción. Pues bien, el laudo arbitral no escapa a dicho esquema; por ello es que en la mayoría de ordenamientos jurídicos este podrá ser anulado en caso viole dicha noción.[1586]

6.1.1. Noción de orden público

El orden público es un concepto inasible.

Para nadie es un secreto que el concepto de orden público es un concepto difuso, amplio e impreciso.[1587] Sin embargo, una definición válida es la siguiente: en el derecho doméstico, el orden público es un conjunto de disposiciones que las partes no pueden regular,[1588-1589] pues dicho conjunto se compone de reglas, principios o valores que sirven para los intereses políticos, sociales o económicos *esenciales* de la nación.[1590]

Así, el orden público constituye la congregación de elementos necesarios para el desarrollo adecuado de la vida social. ¿Cuáles son tales elementos? ¿Qué valores, principios y políticas se insertan dentro de dicha noción? La ambigüedad del orden público salta a la vista en el preciso momento en que se pide delimitar el contenido del mismo.

En cualquier caso, el orden público, en tanto conformado por disposiciones de distinta clase, puede materializarse en distintas fuentes de derecho. Son especialmente relevantes dos:

1585 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 130 (2013). El autor, sin embargo, es bastante crítico en cuanto a la delimitación de dicha noción.

1586 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3312 (2d ed. 2014).

1587 Roque J. Caivano, *Arbitrabilidad y Orden público,* 12 Foro Jurídico 62, 66 (2013).

1588 Yves Derains, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration,* in P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* 227, 227 (1987). El autor hace referencia al derecho francés, sin embargo, la premisa es aplicable para virtualmente todos los ordenamientos.

1589 Por ejemplo, ver art. 1255 del Código Civil de España.

1590 Pierre Mayer & Audley Sheppard, *Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,* 19(2) Arbitration Int'l 249, 255 (2003). Recomendación 1(d) del documento, esta aborda el concepto de orden público «internacional»; sin embargo, el extremo citado es aplicable para toda noción de orden público.

(i) Normas. Las cuestiones de orden público pueden estar incorporadas en normas de distinto rango (Constitución, leyes, reglamentos, etcétera). Aquí podemos hacer una subdistinción:

- La consigna de orden público puede estar materializada dentro de una norma, pero como *principio*. Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre derechos del niño, que recoge el principio del «interés superior del niño»[1591] ha sido integrada en varios países como una norma legal.[1592]

- La consigna de orden público puede estar materializada dentro de una norma como una *regla*. Naturalmente, las reglas que encauzan cuestiones de orden público son *imperativas*.[1593] Sin embargo, vale precisar que no toda regla imperativa contiene cuestiones de orden público.[1594]

  - ❖ Regla imperativa que contiene una cuestión de orden público:
    Una ley que prohíbe de plano el juego y la apuesta en territorio nacional. Como ya señalamos antes, algunos países consideran esencial para el desarrollo de la sociedad el veto absoluto a tales actividades lúdicas.

  - ❖ Regla imperativa que no es cuestión de orden público:
    Una norma que prohíbe el tránsito de patinetas eléctricas en la vereda no es una norma de orden público.

  Aquí, es esencial apreciar que el hecho de que una regla imperativa sea cuestión de orden público no vuelve automáticamente inarbitrable a la disputa.[1595] En realidad, los árbitros pueden resolver controversias que impliquen aplicar e interpretar normas de orden público. Tales ejercicios no invalidan, por sí mismos, la competencia arbitral y la arbitrabilidad de la disputa. Como veremos más adelante, la violación al orden público se produce, entre otros casos, cuando el *resultado* de la aplicación, inaplicación, y/o interpretación de la norma que realizaron los árbitros viola el mencionado orden.[1596]

(ii) Jurisprudencia. Las consignas de orden público pueden estar reconocidas en jurisprudencia. Por ejemplo, en Perú, una sentencia del Tribunal Constitucional señala que una prohibición de bebidas alcohólicas durante cierto evento religioso se fundamentaría en la protección del orden público.[1597]

Vale reiterar de nuevo la naturaleza difusa del orden público. Sí, existen ciertos temas que, de forma virtualmente indiscutible, constituyen cuestiones de orden público, como por ejemplo el rechazo al terrorismo o al narcotráfico. Sin embargo, en muchos otros temas la situación no es tan contundente; lo que genera zonas grises de difícil análisis.

1591 En estricto, el principio debería denominarse el de «mejor interés» del niño, pues esa es la traducción correcta de la versión en inglés («the best interests of the child»).

1592 Por ejemplo, Perú (art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes).

1593 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 129 (2013).

1594 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 971 (4th ed. 2014).

1595 *Id.*

1596 Ver 6.2.2.2.

1597 Sentencia TCP 3283-2003-AA/TC, fundamento 31.

6.1.2. «Clases» de orden público

El orden público puede clasificarse de distintas formas (orden público de derecho político, social o económico; material o procesal, de protección o de dirección; etcétera). Sin embargo, para este trabajo la clasificación prioritaria está en las siguientes: orden público nacional, internacional y transnacional; y la dualidad orden público sustantivo y procesal.

6.1.2.1. Orden público local, internacional y transnacional

(A) Orden público local

El orden público nacional de un Estado, tanto para sistemas de *common law* como de derecho civil, se refiere al conjunto de reglas primordiales de justicia y moral para la sociedad *de ese Estado.*[1598] Naturalmente, los componentes y la extensión de esta noción variarán de Estado en Estado.

(B) Orden público internacional

El orden público internacional tiene una extensión menor que el orden público nacional.[1599] Este equivaldría al núcleo fundamental del orden público, aquellas nociones verdaderamente fundamentales para el marco normativo de la sociedad.[1600] Es decir, una suerte de núcleo esencial de valores. El Estado los considera tan esenciales que no solo lo aplicaría a temas internos, sino también a temas que incluyesen algún componente extranjero, como lo sería la ejecución de un laudo extranjero. Así, el orden público internacional incluye «fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned».[1601]

Ahora bien, la noción de orden público internacional no es universal. No existe un marco común para las naciones sobre dicho concepto. En realidad, y al igual que el orden público doméstico, cada país define su concepto de orden público internacional. Así, en *Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*, *justice* Bokhary señaló:

> […] there are references in the cases and texts to what has been called «international public policy». Does this mean some standard common to all civilized nations? Or does it mean those elements of a State's own public policy which are so fundamental to its notions of justice that its courts feel obliged to apply the same not only to purely internal matters but even to matters with a foreign element by which other States are affected? I think that it should be taken to mean the latter. If it were the former, it would become so difficult of ascertainment that a court may well feel obliged […] to abandon the search for it.[1602]

Sobre lo expresado, la distinción entre orden público doméstico y orden público internacional puede ser difícil, pero existen supuestos que logran ello. Un buen ejemplo es el de las rentas obtenidas por operar un casino.[1603] Un laudo arbitral que resuelva disputas de dos socios sobre las ganancias de un casino podría considerarse contrario o no al orden público según qué acepción específica se utilice.

1598 Margaret L. Moses, *Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 169, 173 (2019).

1599 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 160 (2012).

1600 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.87, 600 (6th ed. 2015).

1601 Pierre Mayer & Audley Sheppard, *Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,* 19(2) Arbitration Int'l 249, 255 (2003). Recomendación 1(d).

1602 [1999] 2 HKCFAR 111.

1603 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.82, 598 (6th ed. 2015).

- Para un país X, el laudo transgrediría el orden público nacional. Pensemos en un país que ha tenido severos problemas con actividades adictivas. La sociedad ha considerado primordial impedir totalmente que tales actividades se desarrollen, pues las consecuencias sociales serían —en función a experiencias previas— graves.

  Así, el país podría establecer normas que prohíben el juego y la apuesta. Pero dicha actividad no solo es ilegal, sino que también atenta contra el orden público nacional. Para dicha sociedad, su norma desarrollo depende de que tal actividad esté vetada.

- Para el mismo país X, el laudo podría no transgredir el orden público internacional. Es difícil argumentar que la prohibición del juego y la puesta constituye una parte del núcleo esencial para la vida en sociedad. Veamos esto a detalle:

  Las partes A y B, empresas de nacionalidad distinta a X, someten a arbitraje una disputa sobre las ganancias de un negocio de casino y la sede del arbitraje está en el país X. Si las partes son foráneas y el negocio de casino está ubicado en otro país, ¿cómo dicho laudo atentaría contra las nociones más fundamentales de la estructura social de dicho país?

  Aun si en el país X el juego y la apuesta están prohibidos y constituyen un tema de especial sensibilidad para la sociedad, el laudo expedido no representa una transgresión al núcleo esencial del funcionamiento social; es decir, no atenta contra el orden público internacional del país X.

(C) Orden público transnacional

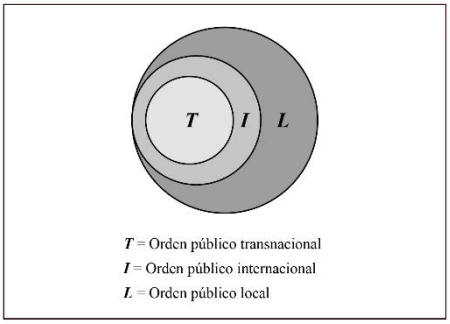
El orden público transnacional es una noción más acotada incluso que el orden público internacional, pero constituye un concepto distinto en sustancia a aquel, una «especie» distinta.[1604] El orden público transnacional se refiere a aquellos principios de justicia o moralidad con vocación universal, es decir, que son ampliamente aceptados en países civilizados.[1605] Protege «essential values and interests of the international community».[1606] Aquí, por ejemplo, recaen actividades intolerables para la sociedad moderna, como la esclavitud.

1604 Catherine Kessedjian, *Transnational Public Policy,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 857, 861 (2007).

1605 Margaret L. Moses, *Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 169, 179 (2019).

1606 Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration,* in P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* 258, 287 (1987).

En esencia, estas clases pueden ilustrarse de la siguiente manera:[1607]



6.1.2.2. Orden público sustantivo y procesal

La clasificación entre orden público sustantivo y orden público procesal ha sido adoptada en diversos ordenamientos.[1608]

El orden público sustantivo se refiere al conjunto de disposiciones que regulan las materias nucleares de la sociedad.[1609] Contiene reglas, principios o valores de orden sustantivo, desligadas a proceso o procedimientos. Esto incluye, por ejemplo, la proscripción de actividades enlazadas a la esclavitud, el terrorismo, la pedofilia, entre otras. Además, implica la protección de principios vitales como el de *pacta sunt servanda*.[1610]

El orden público procesal se refiere a las disposiciones procedimentales esenciales;[1611] conjunto de reglas, valores y principios que son el núcleo de la justicia procedimental. Todo procedimiento o proceso debe cumplir con un mínimo de garantías de tal importancia que su transgresión afecta al orden público. Naturalmente, aquí encajan principios como los de oportunidad razonable para presentar una posición e igualdad.[1612]

Es evidente que el orden público procesal versa sobre las consignas rectoras del *debido proceso.*[1613] Igual, orden público procesal y debido proceso no son idénticos. El orden público procesal se refiere al contenido nuclear esencial de la justicia procedimental; en términos coloquiales, al «corazón» del debido proceso. En la práctica, lamentablemente, la diferenciación puede resultar difícil.

Ahora bien, la dimensión procesal del orden público genera cierta disyuntiva en cuanto a su conjugación con otras causales de anulación. En efecto, esta causal puede cubrir casos de debido

---

1607 La ilustración da a entender que (i) el contenido del orden público local es más amplio que el del orden público internacional; y que (ii) el contenido del orden público internacional siempre es más amplio que el del orden público transnacional. Sin embargo, ello no será así siempre. En algunos casos, el debido proceso arbitral internacional podría tener la misma extensión que el debido proceso arbitral transnacional; y el debido proceso arbitral local podría tener la misma extensión que el debido proceso arbitral internacional.

1608 IBA, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention* 12 (2015).

1609 Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* § 12.141., 302 (2019).

1610 IBA, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention* 16 (2015).

1611 Margaret L. Moses, *Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 169, 176 (2019).

1612 IBA, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention* 14-15 (2015).

1613 José Carlos Fernández Rozas, *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española,* 8(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 823, 840 (2015).

proceso (artículo 34(2)(a)(II)), de exceso de autoridad (artículo 34(2)(a)(III)) o de incumplimiento a reglas de regulación convencional (artículo 34(2)(a)(IV)).[1614] Al respecto, salvo disposición específica que establezca algo distinto, parecería que un reclamo que encaje en más de una causal podrá ser empleado bajo cualquiera de las causales en las que encaje.

Así, en España, muchos casos sobre afectación al debido proceso son encauzados bajo la causal de afectación al orden público (artículo 41.1.f) de la Ley 60/2003), pese a la existencia de la causal de debido proceso (artículo 41.1.b) de la Ley 60/2003).

6.2. Estructura y contenido

6.2.1. Noción objeto de protección

La clasificación ensayada de orden público local, internacional y transnacional es pertinente para delimitar qué noción debe ser objeto de protección. En esencia, en arbitrajes locales, es factible aplicar la noción de orden público *nacional*; y en arbitrajes internacionales, podría aplicarse la noción de orden público *internacional*.

De entrada, vale notar que a nivel normativo son pocos los ordenamientos que hacen empleo de la clasificación ensayada. Así, la mayoría emplea el término genérico de «orden público» (*ordre public, public policy*) en la causal respectiva de anulación de laudo. En esa línea están varias de las principales sedes de arbitraje en Europa[1615] y Latinoamérica.[1616] Por contraste, otros, en minoría, aluden a «orden público internacional» para regular la causal de anulación (con aplicación restringida al arbitraje internacional, en algunos casos).[1617]

Sin embargo, fuera del marco normativo, se sostiene que un gran número de cortes sí aplica el concepto de orden público internacional —como causal de denegación de ejecución de laudos extranjeros—.[1618] Es decir, sobre el término genérico de «orden público» consignado en la norma —en estricto, la Convención de Nueva York—, las cortes aplican, para arbitraje internacional, la noción de orden público internacional.

Sea como fuere, más adelante haremos un análisis de los conceptos empleados en Iberoamérica.[1619]

1614 Margaret L. Moses, *Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 169, 176 (2019). La autora hace referencia al traslape entre causales de oposición a ejecución de laudo de la Convención de Nueva York, pero dicho razonamiento es perfectamente aplicable a las causales de anulación de la LMU.

1615 Alemania («*öffentlichen ordnung*» (§1059(2)(2)(b) del ZPO)), España (art. 41.1.f) de la Ley 60/2003), Inglaterra («*public policy*» (art. 68(2)(g) de la *Arbitration Act*)).

1616 Chile (art. 34(2)(b)(II) de la LACI), México (art. 1457.II del C.Com.).

1617 Francia alude a «*l'ordre public international*» (art. 1520.5 (para arbitraje internacional) del *Code de procédure civile*); Portugal emplea el término de «*ordem pública internacional*» (art. 46(3)(b) de la *Lei 63/2011*); Perú (art. 63.1.f) de la LAP) y Colombia (art. 108.2.b de la Ley 1563/2012) emplean el término de orden público internacional.

1618 Dirk Otto & Omaia Elwan, *Article V(2),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 345, 366 (2010).

1619 Ver 6.4.2.

6.2.2. Formas de transgresión al orden público

6.2.2.1. Comparación entre oposición a ejecución y anulación

Las causales de anulación de la LMU replican, en su esencia, a las causales de oposición a la ejecución de laudos extranjeros de la Convención de Nueva York. Ahora bien, en la causal sobre afectación al orden público existe una diferencia en la redacción de tales instrumentos.

Art. V(2)(b) de la Convención	Artículo 34(2)(b)(II) de la LMU
«Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».	«Que el laudo es contrario al orden público de este Estado».

Bajo el artículo V(2)(b) de la Convención, se denegará la ejecución del laudo cuando el reconocimiento o ejecución del mismo resulte contrario al orden público. Es decir, la denegación debe darse cuando el resultado práctico del reconocimiento y/o ejecución del laudo resulte intolerable para el ordenamiento jurídico.[1620] Por contraste, el artículo 34(2)(b)(ii) consigna como causal de anulación que el laudo, «en sí mismo», sea contrario al orden público.

Sin embargo, en nuestra opinión, el ámbito de protección es, en términos abstractos, el mismo. En ambos casos, la causal se dirige a prevenir los efectos de un laudo que resulta contrario al orden público. La diferencia es solo una de posición inicial: el laudo extranjero requiere ser «aceptado» por las cortes para ser reconocido en el ordenamiento jurídico y desplegar efectos; por contraste, el laudo doméstico surte efectos desde su emisión, precisamente la anulación del laudo pondrá fin[1621] a dicha situación.

Esta precisión, a nuestro juicio, resulta importante pues confirma la uniformidad, al menos en teoría, entre la causal de denegación de ejecución de laudo y la causal de anulación de laudo (ambas sobre orden público). Esto permite recurrir de forma válida a la jurisprudencia sobre ejecución de laudos extranjeros para el análisis de la nulidad del laudo por afectación al orden público.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, vale resaltar que en la práctica el ámbito de protección puede variar, pues la noción de orden público no es idéntica para todos los países.

6.2.2.2. Formas específicas de transgresión al orden público

¿*Cómo* un laudo puede violar el orden público? En líneas generales, no solo los mandatos del laudo pueden transgredir el orden público, sino también el contenido subyacente del laudo.[1622] Existen, en estricto, diversas maneras de transgresión al orden público. En esencia, los casos pueden desglosarse en tres supuestos principales:

(A) El laudo que atenta directamente, por su decisión o por su motivación, contra el orden público.
(B) El laudo que valida un arbitraje en el que se produjo una violación contra el orden público.
(C) El laudo que valida una relación sustantiva que va en contra del orden público.

1620 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 136 (2013).

1621 «Pondrá fin» es una expresión coloquial aquí. A nuestro criterio, y según expondremos en 4.1.1.2. del capítulo V, la declaración de nulidad es *ex tunc*, el laudo nunca fue válido y por tanto nunca desplegó efectos.

1622 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3319 (2d ed. 2014).

(A) Laudo que transgrede directamente al orden público

Un laudo puede, por sí mismo, violar el orden público. En estos casos, la relación material subyacente, el convenio arbitral y el procedimiento arbitral son válidos y observan el orden público. Sin embargo, el laudo quiebra dicho esquema y transgrede tal concepto.

Esto se puede dar a través de los mandatos resolutivos del laudo, de la motivación del laudo, o del razonamiento (*reasoning*) aplicado para resolver el mismo —lo que se denota a través de la mencionada motivación (*statement of reasons*)—.

El mandato del laudo podría atentar de forma flagrante contra el orden público. Es decir, la sola lectura de lo ordenado por el laudo devela que la ejecución violará el orden público.

Por ejemplo, un laudo que ordene el encarcelamiento de una persona atenta indiscutiblemente contra el orden público. Esto es evidente con la sola lectura del extremo resolutivo. La lectura del mandato basta para concluir que el tribunal arbitral decidió arrogarse atribuciones que son exclusivas de los jueces, y cuyo empleo por otros sujetos constituye una violación al orden público.

La motivación del laudo puede evidenciar transgresiones a elementos esenciales para el debido proceso, tan vitales que integran el orden público *procesal*. En España, la lesión al derecho a la valoración de la prueba[1623] y la ausencia de motivación (arbitrariedad)[1624] constituyen una afectación al orden público procesal.

El razonamiento, exteriorizado a través de la motivación, puede evidenciar que la decisión transgrede el orden público *material*. A nuestro juicio, hay dos subsupuestos distintos.

- Casos en los que el tribunal arbitral viola normas de orden público en la resolución del caso.

  Por ejemplo, imaginemos un contrato de arrendamiento de máquinas tragamonedas en un país que tiene una norma de orden público que proscribe el juego y la apuesta en absoluto. Sobre ello, si en un arbitraje una parte demandarse el pago de una suma fijada en el contrato y el laudo ordenase tal pago, dicha decisión atenta contra el orden público. Los árbitros debieron considerar la norma que prohibía al juego y la apuesta; al no aplicarla —o aplicarla incorrectamente—, se ha generado un resultado intolerable para el orden público.[1625]

  Ahora bien, es vital apreciar que la infracción de normas imperativas no significa necesariamente una afectación al orden público,[1626] pues no toda norma imperativa integra dicho orden. Así, por un lado, no existe afrenta al orden público en casos en los que la aplicación de normas de derecho extranjero (al fondo de la controversia) atenta contra normas imperativas de la sede.[1627]

1623 STSJ Madrid 15/2018, de 5 de abril de 2018.

1624 Ver 4.2.3.2.(i).

1625 Este es un caso, creemos, de orden público nacional. Consideramos que dicho contrato no vulneraría el orden público internacional.

1626 SAP Tenerife de 27 de octubre de 2006 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 820 (2013)); Corte Suprema de Colombia, Sentencia de casación civil de 27 de julio de 2011, § 6.5, 46-47*.
* Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Petrotesting%20Colombia%20SA%20&%20Southeast%20Investment%20Corp%20(Petrotesting)%20v%20Ross%20Energy%20SA.pdf

1627 Corte Suprema de Corea, *Adviso N.V. v. Korea Overseas Construction Corp.,* decisión de 14 de febrero de 1995 (Resumen en 21 Y'book Commercial Arbitration 612, 615 (1996)).

Por otro lado, la aplicación de los árbitros de normas imperativas (ajenas al orden público) no debe estar sujeta a decisión judicial.[1628] Es decir, no puede emplearse la causal de orden público para alegar que los árbitros «malinterpretaron» o «inaplicaron» normas imperativas.

- Casos en los que el *discurso* del tribunal arbitral va contra de valores o principios del orden público; que precisamente cubre un núcleo de derechos fundamentales y libertades públicas.[1629] Por ejemplo: un laudo que fundamenta su decisión en criterios discriminatorios intolerables (racismo);[1630] en dicho caso, la norma atenta contra el núcleo del principio de igualdad y no discriminación.

(B) Laudo que deriva de un arbitraje que viola el orden público

Un laudo transgrede el orden público cuando proviene de un arbitraje que violó, en alguna etapa del mismo (convenio arbitral o procedimiento), dicha noción.

- El procedimiento arbitral puede violar el orden público procesal. Es decir, el procedimiento no observó el núcleo del debido proceso (arbitral). En cuanto a este tema, nos remitimos al análisis del artículo 34(2)(a)(II) de la LMU.[1631]

- El convenio arbitral puede violar el orden público. Es anómalo, pero el convenio arbitral por sí mismo puede resultar lesivo al orden público.[1632] Un ejemplo (ya empleado): un convenio arbitral con reglas para la designación de árbitros que evidencia racismo.

(C) Laudo que valida una relación material que transgrede el orden público

En algunos casos, el laudo transgrede el orden público pues *valida* una relación material que viola dicha noción.

En estos casos, el vínculo material de las partes, que generó controversias llevadas a arbitraje, es un vehículo de actividades que transgreden la noción de orden público. Aquí por ejemplo, encajan los contratos que materializan efectos de la corrupción,[1633] y en esa línea también los contratos que materialicen o contribuyan al terrorismo, esclavitud, narcotráfico, lavado de dinero, etcétera. Luego, cuando el laudo emite mandatos relativos a tales contratos (p. ej. se ordena a una parte que pague a otra una suma derivada del contrato), este valida una operación violatoria del orden público, pues le reconoce efectos.[1634]

1628 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 129 (2013).

1629 Sentencia TCE 43/1986, de 15 de abril de 1986. En el mismo sentido, SAP Burgos de 27 de septiembre de 1999 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 815 (2013)); SAP Madrid de 7 de noviembre de 1992 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Id.* 820 (2013)); entre otras.

1630 Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* 109 (2013). El autor precisa que en un caso como este «la nulidad de la decisión arbitral se deriva de la afectación a valores sociales básicos reconocidos en la Constitución para permitir la convivencia en una sociedad democrática».

1631 Ver 2.

1632 Ver 1.2.2.3.(C).

1633 Principios Translex, principio IV.7.2(a). Por contraste, la cuestión es más discutible para los contratos obtenidos mediante corrupción. No es inusual que estos sean considerados anulables (Principios Translex, principio IV.7.2(b)), lo que implica que el mismo puede mantenerse válido y surtir efectos si nadie lo denuncia.

1634 Naturalmente, la «validación» realizada en el laudo no significa que los árbitros hayan querido proteger una relación material que transgrede el orden público. En realidad, en estos casos lo usual es que las partes escondan el componente violatorio del orden público; luego, los árbitros podrían no haber notado tal componente, o haberlo notado pero sin lograr verificar de forma concluyente que el mismo existe.

Soleimany v. Soleimany es un ejemplo perfecto para ilustrar estos casos.

> It is in our view inconceivable that an English court would enforce an award made on a joint venture agreement between bank robbers, any more than it would enforce an agreement between highwaymen, […]. Where public policy is involved, the interposition of an arbitral award does not isolate the successful party's claim from the illegality that gave rise to it.[1635]

Este esquema también se evidencia en el caso francés *Belokon*.[1636] En dicho caso, la *Cour d'appel* de Paris concluyó que la operación subyacente involucraba lavado de dinero. Para dicha corte, dar por válido el laudo (no anularlo) derivaría en que el *award creditor* se beneficie de una actividad criminal, y por lo tanto significaría una transgresión al orden público.[1637]

Por cierto, esta validación de los árbitros puede ser explícita o implícita. Será expresa cuando los árbitros declaren la validez del contrato (o del aspecto de la relación que transgrede el orden público). Será implícita cuando la validación se desprenda de las conclusiones de los árbitros; por ejemplo, cuando los árbitros ordenan la ejecución de un contrato que transgrede el orden público, pues al ordenar su ejecución, están implícitamente comunicando que el contrato es válido.

Para finalizar, es importante apreciar que la tutela del orden público puede requerir una *evaluación* sobre el fondo de la controversia. Y es que para determinar si se respetaron las disposiciones de orden público puede ser necesario ingresar al fondo del asunto.[1638]

6.2.2.3. Caso especial: afectación a la *res judicata*

Un supuesto de particular importancia es la transgresión a la cosa juzgada. Es decir, casos en que un laudo arbitral se pronuncia sobre cuestiones ya tratadas o decididas en un pronunciamiento previo que tiene efectos de cosa juzgada.

(A) Delimitación de conceptos

La cosa juzgada es un principio de derecho virtualmente presente en todo el mundo. Se trata de un principio de carácter transnacional,[1639] pues existe en las tradiciones de derecho civil y *common law*.

El principio de cosa juzgada puede definirse por su *finalidad*: la cosa juzgada significa que la decisión es final y pone fin a la disputa. La cosa juzgada emana efectos positivos y negativos. El efecto positivo es que la decisión debe materializarse en la realidad;[1640] una decisión (judicial o arbitral) que no pueda hacerse efectiva no es en verdad una decisión, sino solo una recomendación. El efecto negativo es que la controversia se extingue, la misma no puede volver a discutirse. Si las sentencias judiciales o los laudos arbitrales careciesen de este carácter, «litigation would become interminable, the rights of parties would be involved in endless confusion […]».[1641]

En cuanto al efecto negativo, la determinación de si una controversia cuenta ya con cosa juzgada se hace mediante el examen de triple identidad: las mismas pretensiones (*relief requested*), la misma *causa petendi* y las mismas partes.

1635 [1998] QB 785, 799-800.
1636 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 21 de febrero de 2017 (Disponible en 2017(3) Revue de l'Arbitrage 915 (2017)).
1637 *Id.*
1638 Ver 6.3.1.
1639 Principio 28 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.
1640 Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* 198 (2017).
1641 Henry Campbell Black, *A Treatise on the Law of Judgments: Including the Doctrine of Res Judicata* § 500, 599 (1891).

Fuera de dicha base, los caracteres específicos del principio varían en cada ordenamiento.[1642] Para la tradición de derecho civil, el carácter de cosa juzgada recae solo sobre la parte resolutiva de la decisión, es decir, de la respuesta asignada a las controversias.[1643] Por otro lado, en la tradición del *common law,* el principio de cosa juzgada tiene un alcance mayor, pues cubre también cuestiones de derecho o de hecho ya discutidos (*issue of law or fact*) —conocida como *issue estoppel*—.[1644]

(B) Transgresión a la cosa juzgada

Las maneras en que se puede transgredir la cosa juzgada son variadas.[1645] Para este trabajo, lo relevante está en los casos en que un laudo va contra una decisión previa que es cosa juzgada, sea un laudo arbitral o una sentencia judicial.

Es claro que si ya existe una decisión con calidad de cosa juzgada, entonces llevar a arbitraje las mismas pretensiones no es válido. El tribunal arbitral debería declinar de pronunciarse sobre tales pretensiones. La cuestión aquí es bajo qué fundamento debe darse esa declinación. Al respecto, se señala que la preexistencia de una decisión con efectos de cosa juzgada puede ser tratada como una cuestión de admisibilidad, de competencia o de potencial afectación al orden público.[1646-1647]

En efecto, es sólido sostener que el resolver una controversia ya resuelta antes va contra el orden público: *Interest reipublicae ut sit finis litium* (es de interés público que haya una conclusión del litigio). Esto sucede cuando una decisión previa con calidad de cosa juzgada es ignorada *totalmente*.[1648] Un laudo arbitral que disponga mandatos sobre pretensiones (*claims*) que ya fueron decididas de manera previa representa una afrenta a un fundamento básico de la sociedad: la no rediscusión de un tema ya cerrado.[1649]

En este punto, es necesario considerar si la decisión previa (decisión que genera efectos de cosa juzgada) es *reconocida* en la sede. Si la decisión previa ha sido emitida en la misma sede, es sólido concluir que la misma surte efectos de manera automática, por lo que no hay mayor problema.

1642 Incluso el propio examen de triple identidad no es idéntico en todos los ordenamientos de tradición de derecho civil. Un estudio de la normativa de países en Europa y América ha corroborado ello (Pedro J. Martínez-Fraga, *Adán, ¿No te apetece dar un segundo mordisco a la manzana?: Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (res judicata) en el arbitraje comercial y de inversiones,* 5(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 357, 370-76 (2012)).

1643 Filip de Ly & Audley Sheppard, *ILA Interim Report of Res Judicata and Arbitration,* 25(1) Arbitration Int'l 35, 50 (2009).

1644 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3735 (2d ed. 2014).

1645 En esencia, podemos manejar cuatro escenarios distintos: laudo arbitral que transgrede un laudo previo firme, laudo arbitral que transgrede una sentencia judicial previa firme, sentencia judicial que transgrede un laudo previo firme, y sentencia judicial que transgrede una sentencia judicial previa firme.

1646 Gretta Walters, *Fitting a Square Peg into a Round Hole: Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?,* 29(6) J. of Int'l Arbitration 651, 665-71 (2012).

1647 En sentido estricto, la existencia de cosa juzgada podría calificar como una cuestión de admisibilidad, de competencia, procedimental en sentido estricto o del fondo de la controversia; y en todos estos casos la decisión de los árbitros podría violar el orden público.

1648 Anne-Catherine Hann, *Chapter III: The Award and the Courts, Res Judicata as a Challenge for Arbitral Tribunals,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014,* at 329, 340 (2014).

1649 Esta, en todo caso, es la posición tradicional; la cosa juzgada podría ser considerada como ajena al orden público (Filip de Ly & Audley Sheppard, *ILA Final Report of Res Judicata and Arbitration,* 25(1) Arbitration Int'l 67, 81 (2009)).
En nuestra opinión, si la decisión previa con calidad de cosa juzgada es una sentencia judicial, difícilmente podría sostenerse que la observación de la cosa juzgada no es una cuestión de orden público. Las cortes no aceptarían que sus decisiones finales puedan ser, si así las partes lo desean, dejadas sin efecto para reabrir la *misma* discusión.
Por contraste, si la decisión previa con calidad de cosa juzgada es un laudo arbitral, existe un mayor margen para alegar que la rediscusión de la controversia en nuevo arbitraje no transgrede el orden público si las partes están de acuerdo en ello. En última instancia, puede decirse que las partes son dueñas de su controversia, y estas pueden llevarla a arbitraje cuantas veces quieran.

Por contraste, si la decisión previa se ha emitido en un país extranjero, será necesario que las cortes de la sede del arbitraje le reconozcan efectos. Un laudo —y lo mismo aplica para una sentencia— no surte efectos, incluyendo el efecto de cosa juzgada, en una jurisdicción distinta al lugar en que se emitió si es que no es reconocido en esta última jurisdicción.[1650]

Ahora bien, la definición y contenido del concepto de cosa juzgada variará según cada ordenamiento. Es claro que las cortes judiciales de la sede aplicarán el concepto de cosa juzgada bajo la ley de la sede; no obstante, será necesario también analizar la decisión previa bajo la ley del lugar en que aquella se emitió. Las cortes deberían determinar si la decisión previa califica como una decisión firme y final bajo la ley del lugar en que se emitió, y sobre ello definir qué efectos genera esa decisión bajo la ley local (la ley de la sede de la corte judicial).[1651]

Esto permite a las cortes de la sede negar el reconocimiento a una decisión previa cuando el órgano careciese de competencia para emitir tal decisión. Precisamente, si una decisión judicial extranjera se pronunció sobre el fondo de la controversia pese a ser incompetente, tal decisión no debería ser reconocida.

En un caso suizo, una de las partes obtuvo una sentencia judicial en el extranjero (Ucrania) que declaraba inválida una adenda al contrato. Posteriormente el tribunal arbitral resolvió que la adenda era válida. Al respecto, la Corte Suprema Federal de Suiza desestimó la demanda de anulación al considerar que la corte ucraniana carecía de competencia para pronunciarse sobre el fondo de la controversia.[1652]

En resumen, el respeto a la cosa juzgada puede considerarse una cuestión de orden público. Por lo tanto, si un laudo se pronuncia sobre pretensiones ya resueltas de manera previa, el mismo debería ser anulado. En cualquier caso, si la decisión previa proviene del extranjero, son las cortes de la sede las que definirán si le reconocen efectos o no.

(C) Excurso: cosa juzgada como una cuestión de competencia

En nuestra opinión, la presencia de cosa juzgada deriva en que el tribunal arbitral sea incompetente para resolver las pretensiones. Según expusimos antes, la presencia de cosa juzgada hace ineficaz al convenio arbitral en cuanto a las controversias ya resueltas.[1653]

Es decir, si un tribunal arbitral resuelve una pretensión que ya había sido decidida antes (cosa juzgada), el laudo podría anularse por la causal de invalidez del convenio. Esto, sin perjuicio de que el caso a la vez pueda calificar también como una transgresión al orden público.

Por cierto, si el tribunal arbitral se considera incompetente pues a su criterio las pretensiones ya han sido resueltas por una decisión previa con calidad de cosa juzgada, la decisión podría no ser cuestionable por la vía de anulación de laudo, pues el tratamiento de las decisiones negativas sobre

---

1650 Daniel Girsberger & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* § 1265, 313 (3d ed. 2016).

1651 Audley William Sheppard, *Chapter 8. Res Judicata and Estoppel,* in B. Cremades Sanz Pastor & Julian D. M. Lew, *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* 219, 229 (2005). Sin embargo, la cuestión sobre qué ley aplica para determinar si existe cosa juzgada no es pacífica, existen varias leyes que podrían aplicarse: *lex fori, lex arbitri,* ley del lugar en que se emitió la decisión previa, ley que gobierna el fondo de la controversia. Al respecto, ver Nathalie Voser & Julie Raneda, *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution,* 33(4) ASA Bull. 742 (2015).

1652 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_508/2013, sentencia de 27 de mayo de 2014 (Disponible en 33(4) ASA Bull. 865 (2015)).

1653 Ver 1.2.2.3.(E).

competencia es variado. Al respecto, bajo el esquema de la LMU, solo las decisiones afirmativas sobre competencia pueden ser cuestionadas en vía judicial.[1654]

(D) Situación en Iberoamérica

El tratamiento de la cosa juzgada como fundamento de anulación de laudo es variado en Iberoamérica.

(i) España

En España, la institución de la cosa juzgada es una cuestión de orden público.[1655] En el ordenamiento español, la cosa juzgada tiene un efecto preclusivo o negativo, y un efecto positivo o prejudicial. El efecto preclusivo o negativo consiste en que una disputa ya resuelta no puede volver a litigarse de nuevo.[1656] El efecto positivo «impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes».[1657]

En ese sentido, la cosa juzgada no solo recae sobre el mandato dispositivo de la decisión, sino sobre los *puntos litigiosos* —expresión que puede traducirse como *issues of fact or law*— que fueron abordados en un caso (p. ej. si en un caso se considera que el contrato es válido, subsecuentes litigios sobre el incumplimiento del contrato deberán trabajar sobre la base de que el contrato es válido).

Esta noción y efectos de la cosa juzgada ya han sido reconocidos como aplicables no solo a las sentencias judiciales, sino también a los laudos arbitrales.[1658]

La transgresión a la cosa juzgada se denuncia a través de la causal de afectación al orden público (artículo 41.1.f) de la Ley 60/2003).[1659] La verificación de si las pretensiones ya fueron resueltas por una decisión previa pasa por la aplicación del examen de triple identidad (mismas partes, mismas pretensiones y misma *causa petendi*).[1660]

Ahora bien, en España, la decisión negativa errada sobre competencia por existencia de decisión previa con calidad de cosa juzgada *también constituye una transgresión al orden público*, y por lo tanto también permite demandar la anulación del laudo bajo la causal del artículo 41.1.f). En efecto:

> [N]o es discutible, en efecto, que la arbitraria, ilógica, inmotivada o patentemente errada apreciación de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y lo conculca en su dimensión más radical o nuclear como es la que concierne al «acceso a la Jurisdicción» —en este caso, arbitral—: si concurriesen los defectos de motivación expuestos es evidente de toda evidencia que el Laudo debería ser anulado por contravención del orden público ex art. 41.1.f) LA.[1661]

1654 Ver 7.2.3.1.

1655 STS de 16 de marzo de 1993, entre otras.

1656 STS de 23 de marzo de 1990.

1657 STS 307/2010, de 25 de mayo de 2010.

1658 STSJ Madrid 22/2019, de 20 de junio de 2019, fundamento sexto; Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 43 [Cosa juzgada y revisión de laudos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 863, 866 (2014).

1659 STSJ Madrid 22/2019, de 20 de junio de 2019; STSJ Madrid 4/2016, de 19 de enero de 2016; STSJ Cataluña 47/2015, de 15 de junio de 2015.

1660 STSJ Madrid 22/2019, de 20 de junio de 2019; STSJ Cataluña 47/2015, de 15 de junio de 2015.

1661 STSJ Madrid 40/2017, de 6 de junio de 2017, fundamento segundo.

En estos casos, la decisión negativa representa una transgresión al derecho a obtener una respuesta a su pretensión.[1662] El acceso a la justicia es considerado una cuestión de orden público. Sea como fuere, a nuestro criterio no es necesario recurrir a la causal de orden público, pues el artículo 22.3 de la Ley 60/2003 abre la puerta a cuestionar las decisiones negativas sobre competencia, sea cual sea su fundamento.[1663]

(ii) Chile

En Chile, el marco normativo dualista hace necesario analizar el arbitraje local y el arbitraje internacional de manera separada.

En el arbitraje internacional, la protección de la cosa juzgada se encausaría a través de la causal de transgresión al orden público (artículo 34(2)(b)(II) de la LACI). Aunque también podría hacerse a través de la causal de invalidez del convenio arbitral (artículo 34(2)(a)(I)), alegando que el convenio arbitral es ineficaz para resolver cuestiones ya resueltas por una decisión previa.

Por contraste, no parece que exista una vía para cuestionar una decisión arbitral negativa sobre competencia.[1664] Esto significa que si un tribunal arbitral se considera incompetente debido a una decisión previa con efectos de cosa juzgada que ya resolvió la controversia, las partes no podrían recurrir a las cortes nacionales para revertir ello.

En el arbitraje local, la transgresión a la cosa juzgada puede ser denunciada mediante diversas vías. Por un lado, la parte puede presentar un recurso de casación en la forma, que incluye una causal de transgresión a la cosa juzgada (artículo 768 del Código de Procedimiento Civil de Chile).[1665] Por otro lado, contra el laudo podría interponerse un recurso de revisión, que permite cuestionar decisiones por transgresión a la cosa juzgada (artículo 810.4 del Código de Procedimiento Civil chileno).[1666]

(iii) Colombia

En Colombia, al igual que en Chile, el marco normativo dualista hace necesario evaluar por separado el arbitraje local y el arbitraje internacional.

En el arbitraje internacional, la protección de la cosa juzgada se encausaría a través de la causal de afectación al orden público (artículo 108.2.b) de la Ley 1563/2012). Aunque también podría hacerse a través de la causal de invalidez del convenio arbitral (artículo 108.1.a)), alegando que el convenio arbitral es ineficaz para resolver cuestiones ya resueltas por una decisión previa.

Asimismo, bajo el artículo 79[1667] de la Ley 1563/2012, las decisiones negativas sobre competencia pueden ser cuestionadas a través de una demanda de anulación de laudo. Esto incluye

---

1662 STSJ Cataluña 2/2019, de 14 de enero de 2019.

1663 Ver 7.2.3.2.

1664 La LACI sigue fielmente el esquema de la LMU. Sobre el control judicial de decisiones negativas sobre competencia bajo la LMU, ver 7.2.3.1.

1665 Ver 2.1.2.(I)[c] del capítulo VI.

1666 Ver 2.1.2.(I)[d] del capítulo VI.

1667 «Artículo 79.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.
[…]
Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato, cualquiera de las partes, dentro del mes siguiente al recibo de la notificación de dicha decisión, podrá impugnarla mediante recurso de anulación en los términos del artículo 109 y contra esta resolución no cabrá ningún recurso o acción.

naturalmente a las decisiones negativas sobre competencia fundadas en la existencia de una decisión previa con efectos de cosa juzgada.

En el arbitraje local, la protección de la cosa juzgada puede darse a través de dos vías distintas. Por un lado, se puede demandar la anulación del laudo alegando que el tribunal carece de competencia (artículo 41.2 de la Ley 1563/2012).[1668] Por otro lado, se puede iniciar un proceso denominado recurso de revisión, que contiene una causal específica para este tema.[1669]

(iv) México

El Código de Comercio está inspirado en la LMU. Luego, la transgresión a la cosa juzgada podría invocarse bajo la causal de violación al orden público (artículo 1457.II del C.Com.), o bajo la causal de invalidez del convenio (artículo 1457.I(a)) alegando que el convenio es ineficaz para controversias ya resueltas anteriormente.

(v) Perú

En Perú, las normas sobre cosa juzgada son de orden público.[1670] Ahora bien, la jurisprudencia peruana considera que la existencia de una decisión con calidad de cosa juzgada significa que la controversia es *inarbitrable,*[1671] y por tanto el laudo se anula por la causal sobre arbitrabilidad.[1672-1673] La postura peruana es interesante y respondería a dos razones principales:

- La ley de arbitraje anterior (Ley 26572) establecía expresamente que las controversias que ya estuviesen resueltas por sentencia judicial no eran arbitrables.[1674]

- La LAP, norma vigente, establece un diseño peculiar para las causales de anulación de laudo. Como veremos más adelante, la causal de transgresión al orden público (artículo 63.1.f)) solo existe para arbitrajes internacionales.[1675] Para arbitrajes locales, esto hace más difícil encausar la transgresión a la cosa juzgada a través de la causal de afectación al orden público pues esta en sentido estricto no existe.

En armonía con la tradición de derecho civil que da forma al ordenamiento peruano, la determinación de si existe cosa juzgada previa sobre las pretensiones se hace bajo el examen de triple identidad.[1676]

Está fuera de discusión que la cosa juzgada cubre las pretensiones que fueron debatidas y resueltas mediante una decisión firme. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia denota que la cosa

---

Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato como cuestión previa, pero solo respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión que admitió la incompetencia o el exceso en el encargo solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia».

1668 Ver 3.1.1.1.(A) del capítulo VI.

1669 Ver 3.1.2.1.(A) del capítulo VI.

1670 Lima, SSC2 60-2011.

1671 Es decir, el tribunal arbitral sería incompetente porque la disputa no es arbitrable.

1672 Lima, SSC1 122-2012; SSC1 57-2011; SSC2 60-2011; SSC1 329-2011; entre otras.

1673 En menor medida, y sin rechazar que la cosa juzgada deriva en inarbitrabilidad, algunos pronunciamientos consideran que la transgresión a la cosa juzgada significa una afectación al debido proceso, que puede ser denunciada a través de la causal del artículo 63.1.b) de la LAP (Lima, SSC1 122-2012; SSC2 273-2014; SSC2 361-2014).

1674 Artículo 1.2 de la Ley 26572 de Perú.

1675 Ver 6.4.1.3.

1676 Lima, SSC1 329-2011.

juzgada también cubre los puntos litigiosos. Así, en un voto singular, se ha señalado que «la violación de la cosa juzgada se produce no solo cuando se inicia un proceso idéntico al que ha finalizado con una resolución que adquirió la calidad indicada, sino que, también se produce esa afectación, cuando lo decidido de modo definitivo en una determinada causa vuelve a ser discutido como parte de una pretensión distinta».[1677]

Precisamente, algunos casos denotan que, para las cortes, si un primer laudo determinó ciertas cuestiones de hecho o de derecho, subsecuentes laudos —entre las mismas partes— deben respetar tales determinaciones. Así:

> En este punto también se advierte que el Tribunal Arbitral ha citado varios argumentos vertidos en el laudo arbitral de 11 de enero de 2011, pero no con el fin de hacer suyos dichos argumentos, sino para corroborar la conclusión a la que arribó (luego de la valoración de los medios probatorios que consideró pertinentes) respecto de la existencia de otros frentes de trabajo; y en otro caso con la finalidad de resaltar que con lo decidido en el laudo, objeto de anulación, no está vulnerando el Principio de Cosa Juzgada aplicable al otrora fallo arbitral.
>
> Debiendo sostener adicionalmente, sin perjuicio de lo expuesto, que era inevitable no recurrir a los argumentos expuestos en el primer laudo, debido a la estrecha vinculación que existía entre este y el que es materia de análisis, y a efectos de evitar decisiones contradictorias.[1678]

En otro caso, un tribunal arbitral de un primer caso estableció que el plazo de ejecución del contrato vencía en una fecha X —lo que era un punto litigioso, no una pretensión—. En un siguiente caso arbitral, otro tribunal trabaja sobre dicha fecha.[1679] Al analizar ello, la judicatura señaló lo siguiente:

> Se observa que en el Laudo materia de este pronunciamiento, se ha considerado el laudo anterior, se le ha analizado, interpretado, se ha arribado a una conclusión respecto de sus alcances objetivos, y con base en tales alcances se ha procedido a emitir pronunciamiento respecto de lo pedido.[1680]

Por otro lado, las decisiones negativas sobre competencia fundadas en la supuesta existencia de una decisión previa con efectos de cosa juzgada pueden ser cuestionadas por la vía de anulación de laudo. El artículo 41.5 de la LAP permite el cuestionamiento a las decisiones negativas sobre competencia, sea cual sea su fundamento.[1681]

6.3. Caracteres especiales del control judicial

Los caracteres generales del control judicial y las particularidades para las causales —incluyendo la causal sobre orden público— han sido desarrollados antes.[1682] Sin embargo, el desarrollo de un par de caracteres especiales fue postpuesto hasta este punto, pues requerían un desarrollo más integral de la noción de orden público. Estos caracteres son la posible intervención sobre el fondo de la controversia y la interpretación restrictiva de la causal de orden público.

1677 Lima, SSC1 13-2012, voto singular de Wong Abad.
1678 Lima, SSC1 6-2012.
1679 Casos arbitrales glosados en Lima, SSC2 95-2012.
1680 Lima, SSC2 95-2012.
1681 Ver 7.2.3.2.
1682 Ver 2. del capítulo III.

6.3.1. Posible intervención sobre el fondo de la disputa

El rol de la judicatura es determinar si el laudo es contrario al orden público. Dicho rol le habilita a revisar que las normas de orden público aplicables al caso hayan sido respetadas. A esta revisión se le conoce como *second look*, y su origen está en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*:

> Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed. The Convention reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the «recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country».[1683]

El *second look* puede considerarse como una consecuencia de permitir la arbitrabilidad de un área de derecho que involucra normas imperativas derivadas de orden público. El control ya no se enfoca en la arbitrabilidad —porque la materia es reconocida como arbitrable— sino más bien en el orden público.[1684] Es decir, verificar que las normas de orden público sean respetadas.

Es razonable considerar que la tarea de verificar que las normas de orden público sean respetadas permite a la judicatura analizar por su cuenta los hechos y el derecho del fondo de la controversia. Bajo la causal de transgresión al orden público, los jueces pueden, de forma bastante restringida eso sí, abordar errores *in iudicando*.[1685]

Los jueces pueden evaluar de nuevo los hechos del fondo de la controversia. La causal de afectación al orden público permite a los jueces ingresar al terreno fáctico y probatorio del fondo de la controversia.

Por ejemplo, en cierto país, una norma de orden público prohíbe la comercialización de máquinas «de apuesta» en general. Sobre ello, A y B celebran un contrato para la adquisición de placas madre de procesadores. Surge una controversia sobre la calidad de las placas madre y esta es dilucidada en arbitraje.

El tribunal arbitral, conocedor de la prohibición de juego y apuesta, hace *ex officio* un análisis de las placas madre. Dispone incluso una pericia y sobre ello concluye que las placas, en estricto, no califican como máquinas «de apuesta». Sobre ello, emite un laudo y ordena a B el pago de una suma.

B demanda la anulación por inarbitrabilidad y afectación al orden público. La judicatura hace un nuevo análisis de los hechos y dispone también una pericia para apreciar las características técnicas de las placas madre. Al final, la judicatura encuentra que las placas madre *están exclusivamente diseñadas* para integrar máquinas de apuesta. No existe otra utilidad posible para tales placas.

La corte anula el laudo. La judicatura concluye que el contrato comercializaba máquinas de apuesta, por lo que reconocerle efectos jurídicos viola el orden público. En este caso, la judicatura condujo una revisión de los hechos de la controversia material. La judicatura ingresa al fondo de la controversia.

1683 *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 638 (1985).

1684 Alexis Mourre, *Chapter 1: Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives,* in G. Blanke & P. Landolt, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* 3, 29 (2011). El autor se refiere en específico al derecho de la competencia, pero el razonamiento es generalizable.

1685 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* 1064 (2008).

Los jueces pueden evaluar de nuevo la determinación del derecho. La causal de afectación al orden público permite a los jueces definir qué normas aplican y cómo se interpretan. En algunos ámbitos, la facultad de analizar la aplicación de normas (de orden público) ya ha sido reconocida:

> […] en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.[1686]

El artículo 81 del Tratado CE (antes artículo 85) establece prohibiciones de prácticas anticompetitivas en la comunidad europea. Luego, las cortes pueden evaluar si la citada norma ha sido correctamente aplicada en arbitrajes que lidien con cuestiones de derecho de la competencia.

Así, la judicatura puede evaluar si el conflicto fue resuelto «sin aplicar o tener en cuenta las normas imperativas o prohibitivas, de orden público, que rigen la materia controvertida».[1687] En igual sentido, las cortes también podrían evaluar si la interpretación fue correcta o no.[1688]

Por ejemplo, un país establece que las cláusulas de no competencia solo son válidas si están restringidas a un «período razonable». Un tribunal arbitral podría considerar que la «razonabilidad» puede interpretarse de forma tal que un plazo de 10 años es adecuado al caso concreto. Sin embargo, la judicatura podría considerar que en la actividad comercial específica el período razonable no podría superar los *meses*. Luego, la corte anularía el laudo.

En este caso, la judicatura interpretó una norma enlazada al fondo de la controversia. La judicatura ingresa al fondo de la controversia.

En cualquier caso, el factor central es que la decisión del tribunal arbitral contravenga el orden público. Sería desacertado disponer la anulación del laudo por el solo hecho de considerar *errado* el razonamiento del tribunal arbitral.[1689] Si la judicatura considera que el razonamiento del tribunal arbitral fue errado, pero que el resultado no transgrede el orden público, el laudo no deberá ser anulado. Así:

> Courts should set aside or refuse to enforce awards on public policy grounds only if the arbitral tribunal has ordered a party to do something which would flagrantly and concretely undermine the policy involved; disapproval of the reasoning of the award is not enough.[1690]

1686 *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV,* STJCE C-126/97, de 1 de junio de 1999, § 37.

1687 SAP Barcelona 220/2009, de 30 de junio de 2009, fundamento quinto.

1688 T. Diederik de Groot, *Chapter 16: The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators,* in G. Blanke & P. Landolt, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* 568, § 16-052, 589 (2011). El autor advierte que este tema es especialmente problemático, por el riesgo de que el criterio de los jueces reemplace al de los árbitros. A nuestro criterio, como veremos más abajo, el factor central está en que la decisión transgreda el orden público. Si el tribunal arbitral interpretó una norma X y sin embargo la corte encuentra que dicha interpretación deriva en la violación al orden público, el laudo deberá ser anulado.

1689 T. Diederik de Groot, *Chapter 16: The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators,* in G. Blanke & P. Landolt, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* 568, § 16-052, 589 (2011). El autor se refiere a la interpretación de normas de derecho de la competencia, pero el razonamiento es generalizable.

1690 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 146 (2013).

El estándar de prueba para transgresiones al orden público, según expusimos antes, es elevado.[1691] Por ello, las cortes deben intervenir *con cuidado* en el fondo de la controversia, y solo dejar sin efecto el laudo cuando la transgresión al orden público sea evidente.

Para finalizar, las cortes no necesitan que el tribunal arbitral se haya pronunciado al respecto. El análisis de la judicatura sobre el fondo no requiere un pronunciamiento arbitral previo. Incluso, el laudo podría carecer de motivación. *Soleimany v. Soleimany* resulta muy útil en este tema:

> The difficulty arises when arbitrators have entered upon the topic of illegality, and have held that there was none. Or perhaps they have made a non-speaking award, and have not been asked to give reasons. In such a case there is a tension between the public interest that the awards of arbitrators should be respected, so that there be an end to lawsuits, and the public interest that illegal contracts should not be enforced.[1692]

6.3.2. Interpretación restrictiva

En un capítulo anterior, expusimos que la interpretación de las causales de anulación debe hacerse de manera restrictiva. Dicha interpretación restrictiva es especialmente importante para la causal de orden público.

> Una interpretación extensiva de este concepto [orden público] por parte de la judicatura local atentaría contra la idea misma del arbitraje comercial internacional, y otorgaría incentivos perversos a quienes no quieran cumplir con las obligaciones que en el ámbito de los negocios internacionales hubieren contraído.[1693]

En efecto, la interpretación restrictiva para esta causal es especialmente importante por la naturaleza difusa y ambigua de la noción de orden público. Así, «el carácter amplio e impreciso de la noción de orden público aconseja una cautelosa aplicación de su concepto a casos concretos».[1694]

Sin embargo, la interpretación restrictiva no puede aplicarse de forma absoluta. Bajo una interpretación en extremo restrictiva, la causal de orden público se activaría solo cuando los mandatos (*dispositif*) del laudo violan el orden público. Es decir, solo cuando la afectación al orden público se ubique en la ejecución de lo dispuesto en el laudo.[1695]

Sin embargo, esa interpretación extrema resultaría equivocada. En un apartado anterior, vimos que la causal de orden público cubre varias formas de transgresión a dicho concepto: los mandatos (*dispositif*), la motivación o el razonamiento del laudo pueden violar el orden público; y también cubre casos de un laudo que valida una relación material o un procedimiento arbitral que a su vez viola el orden público.[1696]

En conclusión, pese a que las causales de anulación deben ser objeto de una lectura restrictiva, esta tampoco puede hacerse al extremo de vaciar de contenido a la noción protegida.

1691 Ver 2.4.3.2. del capítulo III.
1692 [1998] QB 785, 800.
1693 Juan Carlos Marín González & Rolando García Mirón, *El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional,* 24(1) Revista de Derecho 117, 129 (2011).
1694 SAP Madrid 293/2009, de 13 de julio de 2009, fundamento tercero.
1695 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3318 (2d ed. 2014).
1696 Ver 6.2.2.2.

6.4. Particularidades normativas en Iberoamérica

La causal de anulación por afectación al orden público tiene, en esencia, dos particularidades en Latinoamérica. Por un lado, ciertos países no contemplan de forma expresa la causal para arbitrajes locales (Chile, Colombia, Perú). Por el otro, ciertos países emplean la noción de orden público *internacional,* como concepto cuya afectación deriva en la anulación del laudo.

Ambos aspectos merecen análisis.

6.4.1. La omisión de la causal en el arbitraje local

Para arbitrajes nacionales, Chile, Colombia y Perú no contemplan de manera expresa una causal de anulación por afectación al orden público. En los dos primeros, ello se evidencia a la luz de la naturaleza dualista de su marco normativo arbitral: para arbitrajes internacionales, las causales de nulidad de laudo replican las de la LMU, pero para arbitrajes nacionales no.[1697] En el último, la situación es más llamativa: pese a que la LAP es monista, la norma pareciera indicar que la afectación al orden público es una causal de anulación para arbitrajes internacionales.[1698]

6.4.1.1. Chile

En Chile, el esquema de control judicial sobre el laudo de arbitraje local es especial, pues no existe propiamente un proceso judicial de anulación de laudo. Las denuncias de afectación al orden público pueden encausarse a través del recurso de queja.[1699]

6.4.1.2. Colombia

En Colombia, las causales de anulación de laudo derivado de arbitraje local no incluyen la transgresión al orden público. Este vacío es suplido por la acción de tutela, pues mediante esta se puede denunciar la transgresión al orden público.[1700]

6.4.1.3. Perú

En Perú, la omisión del orden público como causal de anulación en arbitrajes locales es peculiar considerando el esquema de redacción de la LAP. En efecto, pareciera que el legislador fue plenamente conciente de la omisión en la que incurría. Así:

> «Artículo 63.- Causales de anulación
>
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> […]
>
> 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.

1697 En Colombia, el artículo 41 de la Ley 1563/2012 regula las causales de anulación de laudo y no hace mención al orden público. Ver 3.1.1.1.(A) del capítulo VI.
En Chile, el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil regula las causales de *casación en la forma* y no hace mención al orden público. Ver 2.1.2.(I)[c] del capítulo VI.

1698 Art. 63.1.f).

1699 Ver 2.1.2.(I)[e] del capítulo VI.

1700 Ver 3.3.1.1. del capítulo VI.

> 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».

Antes que nada, es necesario ser preciso en cuanto a la magnitud del «vacío»: el artículo 63.1.e) de la LAP vela por el respeto a los límites de la arbitrabilidad para arbitrajes locales, y en algunos casos la inarbitrabilidad de la materia se deberá a que esta constituye una cuestión de orden público. Por lo tanto, en tales casos el control de arbitrabilidad sirve también para evitar transgresiones al orden público.

Es decir, bajo el esquema actual para arbitrajes locales, la afectación al orden público podrá derivar en la anulación del laudo cuando esta se manifieste en la transgresión al ámbito de materias arbitrables. Naturalmente, dicho esquema no logra cubrir todos los supuestos de afectación al orden público, pues puede haber casos de afectación a este que no signifiquen a la vez la resolución de una disputa no susceptible de arbitraje. Por ejemplo, un laudo arbitral que ordena el pago de una suma amparada en un contrato que materializa los efectos de la corrupción (*contracts that provide for corruption*), el narcotráfico o el terrorismo deberá también ser declarado nulo, aun cuando, bajo una lectura formal, la controversia del contrato versa sobre cuestiones arbitrables.

(A) Delegabilidad del tema a otras vías judiciales

Primero, debe evaluarse si el control judicial para este tema podría ubicarse en otra vía distinta a la de la anulación. Podría decirse que si las causales de anulación son taxativas y estas no contienen al orden público, entonces la protección de este debería hacerse en la vía de ejecución del laudo, pues la ejecución de un laudo contrario al orden público sería jurídicamente imposible.[1701]

La respuesta es razonable. Sin embargo, creemos que la afectación al orden público sí debe constituir una causal de anulación de laudo, sea el arbitraje nacional o internacional.[1702] En Perú, los negocios jurídicos que atenten contra el orden público son nulos,[1703] y consecuentemente debe existir una vía para obtener tal declaratoria de nulidad, ¿por qué el laudo escaparía a dicho esquema?

En esa línea, la Constitución de Perú reconoce el derecho de los ciudadanos a «contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».[1704] Este es un precepto de rango constitucional que *limita* la actividad contractual de los ciudadanos a aquellos actos que respeten el orden público. En específico, el arbitraje, en tanto criatura contractual, no puede derivar en actos o disposiciones que atenten contra el orden público. Por lo tanto, el marco normativo peruano *debe* contar con una vía para declarar la nulidad del laudo que es contrario al orden público.

(B) La construcción del fundamento normativo

Es indispensable que exista un margen de control sobre laudos arbitrales por afectación al orden público, sin importar si aquellos derivan de arbitrajes locales o internacionales. Luego, ante la falta de una disposición expresa en el artículo 63.1 de la LAP, corresponde evaluar cómo se encauzaría este reclamo para la demanda de anulación de laudo.

1701 Ramiro Portocarrero Lanatta, *La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje,* 46 Themis 365, 381 (2003).

1702 Ello, sin importar si en la vía de ejecución de laudo local existe una causal para oponerse fundada en la afectación al orden público

1703 Art. V del Título Preliminar del Código Civil de Perú.

1704 Art. 2.14.

(i) Empleo de otras normas

El artículo 63.1 de la LAP contiene causales que en teoría constituyen una lista taxativa. Sin embargo, ello no es cierto en Perú, Según desarrollaremos más adelante, existen causales adicionales fuera de dicho artículo.[1705] Por lo tanto, el laudo sí puede anularse por motivos no establecidos en el artículo 63.1 —naturalmente, esta conclusión debe emplearse con cuidado—.

Sobre ello, podemos examinar si hay disposiciones que pueden encauzar el reclamo de afectación al orden público en arbitrajes locales. Al respecto, las disposiciones a analizar son:

- La 12.ª Disposición Complementaria de la LAP.[1706] Si bien esta se analiza propiamente más adelante,[1707] desde ya señalamos que la misma no puede encauzar casos de afectación al orden público. Esta disposición complementaria no puede invocarse por sí misma como causal autónoma. Es necesario que el reclamo al amparo de esta disposición vaya encauzado por alguna de las causales del artículo 63.1 de la LAP.

  Además, aun si la 12.ª Disposición Complementaria constituyese una causal autónoma, la misma solo permitiría cubrir supuestos de afectación al orden público que deriva en una afectación a concreta a derechos fundamentales del individuo que demanda la anulación. Sin embargo, en algunos casos la afectación al orden público no va acompañada de afectación *concreta* a derecho fundamental alguno. Por ejemplo, un laudo que materializa los efectos patrimoniales de un contrato que esconde narcotráfico; aquí hay transgresión al orden público pero no se afecta derecho fundamental de individuo alguno.

- El artículo V del Título Preliminar y el artículo 220 del Código Civil peruano. El primero señala que «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres», y el segundo autoriza al juez a declarar la nulidad del negocio jurídico *de oficio* cuando «resulte manifiesta».

- Estas normas permitirían invocar la afectación al orden público como causal de anulación. Sin embargo, la aplicación de estas normas no está libre de problemas debido a las normas de la LAP. Así, tenemos lo siguiente:

  - Artículo 63.1 de la LAP vs. artículo V del Título Preliminar del Código Civil de Perú. La primera establece que el laudo solo se anula por las causales establecidas en ella y la segunda establece que el acto jurídico contrario al orden público es nulo.

    Si bien el artículo 63.1 de la LAP contiene una regla que se ve socavada en la práctica pues hay otras causales (incluso una de ellas dentro de la misma LAP, en el artículo 41.4 y 41.5), parece difícil aplicar el artículo V debido al principio de especialidad. Tanto el artículo V como el artículo 63.1 son normas con rango de ley y contienen preceptos imperativos, por lo que la contradicción entre estas debería resolverse a favor de la segunda, por ser norma especial.

1705 Ver 5.1. del capítulo VI.

1706 «Duodécima.- Acciones de garantía
Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende 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».

1707 Ver 5.2.2. del capítulo VI.

- Artículo 63.3 y 63.6 de la LAP vs. artículo 220 del Código Civil peruano. En la misma línea que el caso anterior. La LAP que es ley especial establece que el control *de oficio* solo puede darse para dos causales, dicha norma primaría sobre lo establecido en el artículo 220 del Código Civil peruano.

Así, la búsqueda de otras disposiciones fuera del artículo 63.1 que puedan servir para encauzar la protección del orden público a arbitrajes nacionales ha sido infructuosa. Las disposiciones reseñadas no logran dar una cobertura satisfactoria al tema del orden público como causal de anulación de laudo en arbitrajes nacionales.

(ii) Integración de normas

A nuestro criterio, en este caso estamos frente a una *laguna* de derecho. Es decir, un vacío que merece ser llenado. Luego, resulta necesario colmar dicho vacío mediante la *integración* de normas. En específico, por analogía, extenderíamos el alcance del artículo 63.1.e) de la LAP para que este tenga la misma dimensión que el artículo 63.1.f).

En efecto, una justificación para aplicar la integración se da cuando «el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustantivamente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoménicamente distintos».[1708] Es decir, casos cuya lógica subyacente es la misma.

Aquí, la esencia común entre el artículo 63.1.e) y el 63.1.f) es evidente. Una se refiere a arbitrajes nacionales y la otra a arbitrajes internacionales; ambos literales regulan la causal de la inarbitrabilidad, pero en cuanto al orden público solo una (63.1.f)) la trata, mientras que la otra no. En ese sentido, el *alcance* de la causal del artículo 63.1.e) puede extenderse vía integración a la afectación del orden público Así:

Artículo 63.1.f)
Arbitrabilidad
Orden público internacional

>>> ***integración*** >>>

Artículo 63.1.e)
Arbitrabilidad
Orden público internacional

Por lo tanto, el artículo 63.1.e) cubriría:

- Transgresiones a la arbitrabilidad [extremo establecido normativamente].
- Afectación al orden público internacional [extremo establecido vía integración].

Para finalizar, observemos que el resultado de la integración es la aplicación del estándar de orden público *internacional* para arbitrajes locales. Esto no debe resultar extraño; por ejemplo, en Portugal, la causal de anulación procede cuando se afecta el orden público internacional (*ordem pública internacional*),[1709] sea el arbitraje local o internacional (ley monista).

(C) Crítica al marco normativo actual

1708 Marcial Rubio Correa, *El sistema jurídico. Introducción al derecho* 262-63 (10th ed. 2009).
1709 Art. 46(3)(b) de la *Lei 63/2011*.

La decisión del legislador de omitir mencionar a la transgresión del orden público como causal de anulación para arbitrajes nacionales resulta, a nuestro juicio, más problemática que beneficiosa.

Creemos que para un juez la idea de no poder sancionar la nulidad de un laudo que transgrede el orden público resultaría inaceptable. Que las causales de la LAP no incluyan dicho tema como motivo de anulación de laudo solo generará que que el juez busque otras formas para fundamentar su control sobre tal concepto.

En efecto, no parece razonable creer que el juez se quedará conforme con el diseño del marco normativo y rechazará la anulación de laudos derivados de arbitrajes locales que atenten contra el orden público, especialmente considerando que la norma le hace ver al juez que la causal sí existe para arbitrajes internacionales.

Lo expuesto genera distintas consecuencias. En específico, el propio esquema procesal de la anulación de laudo puede verse afectado.

En la búsqueda de cubrir la afectación al orden público, el juez podría recurrir al ya comentado artículo 220 del Código Civil de Perú, que le autoriza a declarar *de oficio* la nulidad de un negocio jurídico cuando esta es «manifiesta». Dicha norma no restringe la actuación de oficio a algunas causales de nulidad, por lo que puede entenderse que aplica para todas.

Luego, el juez podría anular de oficio, en casos de nulidad «manifiesta», el laudo por cualquiera de las causales del artículo 63.1 de la LAP. Esto echa por tierra parcialmente el esquema del reclamo expreso previo, es decir, distorsiona el alcance de un requisito de procedencia para la demanda de anulación del laudo.

6.4.2. La noción elegida de orden público para arbitraje internacional

Según expusimos, el orden público puede clasificarse en local, internacional y transnacional. A continuación, un análisis de la posición adoptada para el arbitraje internacional en países de Iberoamérica.

(i) España

En España, no queda claro que se haya adoptado la subclasificación del orden público en nacional, internacional y transnacional. Por un lado, se reporta que el Tribunal Supremo no acoge esta distinción; y emplea una sola noción para arbitrajes locales e internacionales.[1710] Así, en un caso, dicho tribunal evidenció la aplicación de garantías construidas para el ámbito doméstico a la noción de orden público en el plano internacional.[1711]

Pese a ello, otros reportan que sí se ha hecho la distinción entre orden público nacional e internacional —lo que parece cierto al menos para cortes de grado inferior a los órganos de vértice (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional)—.[1712] Así, el Tribunal Supremo, en algún caso, sí ha evidenciado la aplicación de una noción *acotada* de orden público, refiriéndose a este como

---

1710 Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* § 12.139., 301 (2019).

1711 Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 1136 (2013)).

1712 Álvaro López de Argumedo Piñeiro & Patricia Roger, *Interpretation and Application of the New York Convention in Spain,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 855, 878 (2017).

principios de universalidad de la justicia y de solidaridad entre pueblos civilizados.[1713] Asimismo, otros órganos jurisdiccionales han reconocido la noción de orden público internacional y su aplicación para la evaluación de laudos extranjeros. Veamos:

> Estamos convencidos de que debe persistir un control limitado pero efectivo, del orden público. Y que este control debe mostrarse en la mejor de sus facetas o concepciones; la garantista […],que debe delimitar el concepto de orden público de forma funcional al marco específico del arbitraje internacional y conllevar, partiendo de que la noción del orden público internacional es más restringida que la de orden público interno, que la denegación del reconocimiento tan solo puede tener lugar en los supuestos de conculcación de principios especialmente esenciales (esencialísimos) del Estado del exequátur.[1714]

Trasladando dicho esquema al ámbito de anulación de laudos, las cortes también podrían aplicar dicha noción al control sobre laudos derivados de arbitraje internacional.

(ii) Chile

En Chile, las cortes parecen considerar que el laudo derivado de arbitraje internacional debe violar el orden público internacional para ser anulado. Así:

> [E]sta normativa [Ley 19.971 (LACI)] constituye un estatuto regulatorio que recoge diversos principios del derecho internacional privado, que caracterizan al arbitraje comercial internacional como un estatuto autónomo y diverso del arbitraje doméstico. Entre estos principios cabe destacar la presunción de validez del laudo y la consagración de que el límite de legitimidad y eficacia de un laudo está dado por el orden público internacional, que conceptualmente difiere del orden público nacional.
>
> […]
>
> Que, con todo, el establecimiento en el artículo 34 citado de una causal de nulidad basada en el orden público de Chile, hace referencia al denominado orden público internacional.[1715]

No parece que exista jurisprudencia que vaya en sentido contrario.[1716]

(iii) Colombia

En Colombia, la Ley 1563/2012 establece que el laudo se anulará cuando transgreda el «orden público internacional de Colombia». En tal sentido, la norma ya ha fijado la noción a aplicar, y solo quedaría ver cómo la misma ha sido desarrollada por los jueces.[1717]

1713 STS de 4 de octubre de 1983 (Resumen en 11 Y'Book Commercial Arbitration 528, 530 (1986)).

1714 Auto TSJ País Vasco de 19 de abril de 2012 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 1145, 1145-46 (2013)).

1715 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 28 de junio de 2016 (Rol 11446-2015), § 8-10 (Disponible en II(2) Revista Chilena de Derecho Internacional Privado 104 (2016)).

1716 En realidad, la jurisprudencia sobre anulación de laudo derivado de arbitraje internacional es bastante escasa. Al 2018, se reportan solo 12 casos (María Fernanda Vásquez Palma, *Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena,* 136 Vniversitas 1, 9 (2018)).

1717 Más aun, bajo la norma citada, una causal de oposición a la ejecución de laudos extranjeros es la transgresión al «orden público internacional de Colombia» (art. 112.b.II).

Al respecto, en el marco de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la Corte Suprema de Colombia parece haber adoptado un concepto de orden público que armoniza con la específica noción de orden público internacional. Así:

> [E]l concepto de «orden público» que en el foro nacional tiene la virtualidad de enervar el reconocimiento o la ejecución de un «laudo extranjero», […], se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del «foro» del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas.
>
> […] Al examinar en concreto la situación fáctica alegada, es notorio que no está involucrado el «orden público internacional», […].[1718]

Al respecto, se reporta que posteriores sentencias de la Corte Suprema han seguido la misma línea. Por ejemplo, en un caso de 2016 la Corte Suprema señaló que «[s]i bien la Convención de New York hace alusión al «orden público», es claro que dicha noción corresponde a la de «orden público internacional» del país […]».[1719]

La noción de orden público internacional que manejan los tribunales colombianos parece encajar con el concepto abstracto de orden público internacional. Así, el concepto en Colombia «hace referencia a criterios generales que deben entenderse como el núcleo esencial o fundamental de la institucionalidad del Estado sin el cual el régimen jurídico colombiano dejaría de existir».[1720] Se trataría, pues, del *núcleo* del orden público, aquel que se aplicaría incluso a relaciones con un componente internacional involucrado. Es decir, el orden público internacional.

En resumen, Colombia ha adoptado la noción de orden público internacional, tanto en el nombre como en el contenido. Se trata, en realidad, de una noción construida por la Corte Suprema por más de 20 años, lo que hace difícil que las cortes de grado inferior apliquen un concepto de orden público con un tinte local en mente.[1721]

(iv) México

No parece que exista uniformidad en cuanto a la noción de orden público que aplican los tribunales de México, sea en vía de anulación de laudos (internacionales) o en vía de ejecución de laudos extranjeros. Aun cuando se reporta que la noción aplicada es una con un umbral «alto»,[1722] se

---

1718 Corte Suprema de Colombia, Sentencia de casación civil de 27 de julio de 2011, § 6.5, 46-47, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Petrotesting%20Colombia%20SA%20&%20Southeast%20Investment%20Corp%20(Petrotesting)%20v%20Ross%20Energy%20SA.pdf

1719 Corte Suprema de Colombia, Sentencia de casación civil de 24 de junio de 2016, § 5.6, 29, http://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=3709

1720 Julio César González Arango & Juan Guillermo Mendoza Gómez, *El concepto de «orden público internacional» en Colombia: algunos desafíos y retos en la jurisdicción,* 47 Revista Brasileira de Arbitragem 97, 105 (2015).

1721 Eduardo Zuleta & Rafael Rincón, *Interpretation and Application of the New York Convention in Colombia,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 219, 235 (2017).

1722 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 979-80 (4th ed. 2014).

considera también que la interpretación de orden público que hacen las cortes mexicanas se trata siempre de orden público local y no orden público internacional.[1723]

(v) Perú

En Perú, la LAP establece que el laudo deberá anularse cuando transgreda el «orden público internacional» (art. 63.1.f)). Esto simplifica mucho el tema, pues solo quedaría ver qué contenido y alcance le han dado los jueces a dicha noción.

Lamentablemente, la jurisprudencia sobre anulación de laudos internacionales es escasa, y no da una definición —su definición— de orden público internacional. La jurisprudencia sobre ejecución de laudos extranjeros, que podría servir de referencia, también es escasa.[1724]

7. EXCURSO: CONTROL SOBRE DECISIONES NEGATIVAS SOBRE COMPETENCIA

Un tema adicional que merece atención es el control judicial de las decisiones negativas sobre competencia. La cuestión es si la decisión arbitral de declinar competencia puede ser dejada sin efecto por las cortes judiciales.

Abordaremos la noción y clases de la decisión negativa sobre competencia, para luego evaluar el control judicial sobre la misma.

7.1. Noción y clasificación de decisiones negativas

La decisión negativa sobre competencia es la decisión de los árbitros de considerarse incompetentes para resolver la controversia o una fracción de ella. Esta decisión debe ser considerada un laudo.[1725]

La decisión negativa sobre competencia puede clasificarse según la fuente de la incompetencia y según el alcance de la misma.

Clasificación según la fuente. La decisión negativa sobre competencia puede fundarse en cuestiones de validez del convenio arbitral, alcance del convenio (exceso de autoridad) o arbitrabilidad de la materia.

Clasificación según el alcance. La decisión negativa sobre competencia puede tener un alcance total o parcial. Esta clasificación es importante por la diferencia en las consecuencias entre tales escenarios. Si la decisión negativa sobre competencia es *total*, esto significa el fin de las actuaciones arbitrales y la configuración de *functus officio.* El laudo sobre competencia concluye el procedimiento y las partes deberán recurrir a otros fueros para lograr poner fin a su conflicto.

Por contraste, si la decisión negativa sobre competencia es *parcial,* el tribunal arbitral no concluye funciones. Los árbitros continúan con el arbitraje y emitirán, en su momento, un laudo sobre el

---

1723 Claus von Wobeser, *Interpretation and Application of the New York Convention in Mexico,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 677, 686 (2017).

1724 Fernando Cantuarias Salaverry, *Interpretation and Application of the New York Convention in Peru,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 751, 751 (2017).

1725 Ver 2.2.1. del capítulo I. Sin embargo, esta posición no es unánime a nivel internacional. Por ejemplo, de manera previa a la modificación legislativa de 2012, en Singapur se consideraba que la decisión negativa sobre competencia no era un laudo (*PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA,* [2006] SGCA 41).

fondo de la controversia. Aquí, es pertinente abordar dos temas concretos: las clases de decisión de incompetencia parcial y el posible paralelismo entre arbitraje y un proceso judicial de control.

La decisión de incompetencia parcial puede estructurarse de distintas maneras. En específico, la clásica división de incompetencia por *ratione personae* o por *ratione materiae* puede aplicarse.

- El tribunal arbitral podría considerarse incompetente con relación a ciertos sujetos que están emplazados en el arbitraje. Esto, por ejemplo, sucedió en el caso francés *Abela:* el tribunal arbitral consideró que no tenía competencia sobre personas físicas, solo sobre las personas jurídicas involucradas.[1726]

  Vale notar que esta clase de decisión de incompetencia parcial podría cuestionarse a través de la causal de afectación al debido proceso (una de las partes podría alegar que la no incorporación de un sujeto a afectado sus derechos de acción, alegación y prueba).[1727]

- El tribunal arbitral podría considerarse incompetente con relación a ciertas pretensiones (*claims*) Por ejemplo, un tribunal considera que carece de competencia para resolver las pretensiones del demandado.

Además, dado que la decisión de incompetencia parcial significa que el arbitraje sigue en trámite, es posible que ello derive en una actuación paralela entre arbitraje y control judicial sobre la decisión de incompetencia parcial. Esto es de particular importancia al momento de evaluar los caracteres del mencionado control judicial.

7.2. Control judicial

7.2.1. ¿Debe existir control?

La primera pregunta a resolver es si debe existir un espacio de revisión judicial sobre la decisión negativa sobre competencia. Es decir, un espacio para analizar el acierto o error de la misma. A nivel teórico, existen argumentos a favor y en contra del control judicial de decisiones negativas sobre competencia. Reseñaremos ambos polos y expresaremos nuestra postura.

7.2.1.1. Argumentos en contra

El rechazo al control judicial de decisiones negativas sobre competencia puede fundarse en distintas razones.

Primero, la ausencia de valor de la decisión. Si los árbitros concluyen que carecen de competencia, entonces nunca fueron árbitros. Luego, su pronunciamiento carece de fuerza o valor alguno. No habría nada que controlar. En esa línea, puede decirse que dicha decisión no califica como laudo.[1728] Por lo tanto, no parecería que tal decisión amerite control judicial.

1726 Caso glosado en *Cour d'appel* de Paris, decisión 22 de mayo de 2008 (Resumen en 2008(4) Revue de l'Arbitrage 730 (2008)).

1727 Ver 2.2.2.1. El cuestionamiento a la competencia, por cierto, es indirecto. El demandante debería demostrar que la decisión de no incorporar a un tercero fue errada *y que dicha decisión afectó el debido proceso.*

1728 *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA,* [2006] SGCA 41. Sin embargo, según expusimos antes, la modificación legislativa del 2012 de la *International Arbitration Act* ha cambiado el tratamiento de esta decisión en Singapur.

Segundo, la consecuencia de la decisión negativa sobre competencia no es la pérdida de derecho alguno o la imposibilidad de solucionar la controversia. Las partes podrán resolver su disputa a través de la vía judicial.[1729] Así, podría decirse que la decisión negativa sobre competencia, a diferencia de la decisión afirmativa, no genera ningún perjuicio al derecho de acudir a las cortes para resolver un conflicto.

Tercero, la intención de mantener un nivel mínimo de revisión judicial. Rechazar la revisión judicial de la decisión negativa sobre jurisdicción contribuiría a que las cortes intervengan lo menos posible en el arbitraje. Asimismo, equivaldría a darle mayor autoridad y un grado de competencia exclusiva a los árbitros sobre dicho tema.

7.2.1.2. Argumentos a favor

La necesidad de que exista un control judicial de las decisiones negativas sobre competencia puede fundarse en distintas razones.

Primero, la naturaleza de la competencia del tribunal arbitral para definir su propia competencia. Según expusimos antes, dicha competencia no es exclusiva.[1730] Y si las decisiones afirmativas de competencia están sujetas a revisión judicial, no hay razón alguna para negar la revisión judicial a decisiones negativas sobre competencia.[1731]

Segundo, este control contribuye a posicionar al arbitraje al mismo nivel que las cortes judiciales. Al establecer el control de decisiones negativas sobre competencia, se produce un equiparamiento en el tratamiento de situaciones inversas: se controla que nadie pueda ser forzado a ir a arbitraje (control de decisiones afirmativas de competencia) y se controla que nadie deba ser forzado a ir a las cortes judiciales si existe un convenio arbitral (control de decisiones negativas sobre competencia). Así:

> Finalmente, nos parece que la justicia arbitral y la justicia estatal deben ser puestas en situación de igualdad. Una no es superior a la otra y la primera no es una excepción a la segunda. El control de la incompetencia debe ser el mismo que el de la competencia.[1732]

Más allá de que el derecho de acudir a arbitraje sea un derecho «contractual» y que el acceso a las cortes judiciales sea considerado un derecho fundamental, debería existir equivalencia en el tratamiento e interrelación entre ambos fueros. El control de las decisiones negativas de competencia arbitral contribuye a tal equiparamiento.

Tercero, el ordenamiento jurídico debe hacer valer el principio de *pacta sunt servanda.* No permitir la revisión judicial de decisiones negativas sobre competencia frustra un objetivo del acuerdo de arbitrar: que la disputa no sea llevada a las cortes judiciales.[1733]

1729 Alemania, *Bundesgerichtshof,* 3 ZB 44/01, decisión de 6 de junio de 2002.

1730 Ver 1.2.1. del capítulo III.

1731 Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l 55, 68 (2004).

1732 Jean-Babtiste Racine, *La sentence d'incompétence,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 729, 768-69 (2010).
Traducción libre al español.
Texto original:
«Enfin, il nous paraît que la justice arbitrale et la justice étatique doivent être placées sur un strict pied d'égalité. L'une n'est pas supérieure à l'autre et la première n'est pas dérogatoire à la seconde. Le contrôle de l'incompétence doit selon nous être le même que celui de la compétence».

1733 Johan Paulo Fohlin, *A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations governed by the UNCITRAL Model Law,* 10(4) Asian Dispute Rev. 113, 113 (2008).

Si las partes acordaron someter sus disputas a arbitraje, entonces debe existir una vía ante las cortes para hacer valer ese acuerdo en caso el mismo fuese negado.[1734] Estas vías, efectivamente, existen para distintos supuestos (p. ej. si A lleva a juicio una controversia sujeta a convenio arbitral, B podría pedir al juez que ponga fin al proceso judicial). En esa línea, el supuesto en que la voluntad de ir a arbitraje sea negada *por los propios árbitros* también merece una vía judicial de tutela.

Cuarto, y enlazado al punto anterior, cuando es incorrecta, la decisión negativa sobre competencia significa que las partes son devueltas a un foro que podrían no considerar confiable o neutral —esto último solo para casos internacionales—.[1735] Esto puede derivar en múltiples procesos y reducción de las chances de ejecutabilidad de la decisión final.[1736]

7.2.1.3. Postura ideal

A nuestro juicio, debe existir control judicial de las decisiones negativas sobre competencia.

En primer lugar, es errado sostener que la decisión negativa sobre competencia carece de valor alguno. Bajo dicha postura, la parte discrepante podría iniciar un nuevo arbitraje *ad infinitum* hasta que algún tribunal arbitral se declare competente.[1737] Es necesario que la decisión negativa sobre competencia tenga valor.

En segundo lugar, afirmar que la decisión negativa sobre jurisdicción no afecta el derecho de las partes a resolver su controversia es en el fondo errado. Dicha decisión puede afectar el derecho de las partes de someterse a un tribunal arbitral. Parece difícil concebir que un tercero (el árbitro) pueda decidir, de forma final e irrevisable, si dicho derecho se ejerció correctamente o no (i. e. si existe un sometimiento válido de las partes a arbitraje).

En tercer lugar, y en función a lo expuesto al reseñar los argumentos a favor, el control judicial de la decisión arbitral sobre competencia debe ser uniforme. Así como se controla el exceso de un árbitro al declararse competente cuando no lo es, así también debe contralarse el posible error de un árbitro al declararse incompetente. En ambos escenarios, el fundamento subyacente es no desviar a las partes de la vía que les corresponde para resolver sus disputas.

Para finalizar, la intención de mantener un mínimo de control judicial no puede aplicarse a cualquier costo. Precisamente, el control judicial de decisiones negativas sobre competencia *debe* integrar dicho mínimo.

7.2.2. Vía para encausar el control

7.2.2.1. Marco general

Dado que, a nuestro criterio, el control judicial sobre decisiones negativas sobre competencia debe existir, podemos evaluar el *cómo.* ¿Mediante qué vía debe encausarse el control judicial? Existen, en esencia, dos opciones: impugnación vía anulación de laudo; o alguna otra vía judicial. Ambas viables.

1734 Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l 55, 67 (2004).

1735 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 1237 (2d ed. 2014).

1736 *Id.*

1737 Johan Paulo Fohlin, *A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations governed by the UNCITRAL Model Law,* 10(4) Asian Dispute Rev. 113, 115 (2008).

La primera opción es la más simple y eficiente; aunque también puede generar ciertos problemas en cuanto a la construcción *dogmática* de la institución de anulación de laudo.

Si la decisión negativa sobre competencia es un laudo, pues no parece haber mayor problema en permitir su cuestionamiento por la vía de anulación de laudo. Naturalmente, será necesario que exista una causal que cubra este supuesto. Para distintas leyes actuales, podría ser necesario hacer modificaciones legislativas que reconozcan la causal de error en la decisión negativa sobre competencia.

En cualquier caso, esta opción resulta la más simple porque evita tener que construir una nueva vía judicial para la impugnación de las decisiones negativas. Esto, por cierto, contribuye también a la acertada política de simplificar y reducir las vías judiciales de control del arbitraje.

Sin embargo, existe un problema de *percepción* —percepción dogmática, si se le quiere ver así—. Es válido considerar que el proceso de anulación del laudo tiene como fin extinguir cualquier transgresión que derive del arbitraje. La *función* del proceso judicial de anulación es la de evitar que el arbitraje perjudique a las partes. En el tema de la competencia arbitral, si los árbitros se consideran competentes pese a no serlo, la decisión deber anularse pues los árbitros se inmiscuyen en una controversia que no le compete.[1738]

Sin embargo, ¿qué pasa cuando los árbitros *declinan* asumir el caso pues resuelven que carecen de competencia? En este escenario, no hay transgresión del arbitraje hacia un tema que no le compete. Si el *leitmotif* de la anulación es protegerse de los problemas generados por el arbitraje, la decisión negativa de jurisdicción no parece encajar dentro del mismo. En este caso, no se trata de un problema generado *por* el arbitraje, sino *contra* el arbitraje.

Por lo tanto, bajo una visión dogmática, una causal para las decisiones negativas sobre competencia no encajaría con la lógica subyacente de las restantes causales y de la propia institución de anulación de laudo.

La segunda opción es, por contraste, menos simple, pues implicaría construir una vía especial. No obstante, si la vía es diseñada de forma correcta y la judicatura del país es confiable, esta resultaría, al menos desde una perspectiva dogmática, la opción idónea.[1739]

7.2.2.2. Caracteres del control judicial

Una última cuestión radica en los caracteres del control judicial de las decisiones negativas sobre competencia. Al respecto, vale señalar que el formato del control debe ser de *trial de novo*. El control judicial debe ser total, equivalente al control aplicado sobre decisiones afirmativas de competencia.[1740-1741]

La equivalencia en el formato de control judicial cobra especial importancia si se sostiene que las decisiones afirmativas y negativas sobre competencia merecen el mismo tratamiento.

1738 Ver 1.2.1. del capítulo III.

1739 Si el ordenamiento no tiene una asentada práctica arbitral, la instauración de una vía judicial adicional podría generar impredictiblidad y hacer menos atractivo al ordenamiento como sede de arbitrajes. Una vía judicial adicional significa un eventual frente más de discusión, además de la posibilidad de que la vía termine abarcando supuestos adicionales no contemplados inicialmente.

1740 Jean-Babtiste Racine, *La sentence d'incompétence,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 729, 776-70 (2010).

1741 Ver 2.2.2.1. del capítulo III.

7.2.3. El control a nivel internacional

Los ordenamientos han adoptado distintas respuestas en cuanto al control de las decisiones negativas sobre competencia. Haremos un análisis de la LMU y de los principales ordenamientos de arbitraje.

7.2.3.1. El esquema de la LMU

La LMU no parece permitir discutir a nivel judicial el acierto o error de la decisión arbitral negativa sobre competencia.[1742]

En primer lugar, el texto de la LMU denota que tal decisión no está sujeta a revisión judicial. El artículo 16(3) de la LMU regula el principio de competencia-competencia y en ese marco permite cuestionar decisiones *afirmativas* de competencia, sin mencionar a las decisiones negativas. Esto se confirma si revisamos las causales de anulación.

En segundo lugar, y enlazado al punto anterior, la *interpretación* de las causales de anulación no da para sostener que alguna de ellas permita revisar el acierto o desacierto de la decisión negativa sobre competencia.[1743] Particular atención merece la causal del artículo 34(2)(a)(I): cubre casos de *invalidez* del convenio arbitral; no de validez del convenio. Así, «[o]n the basis of the ordinary means of interpretation, it appears to be impossible to maintain that the reference to 'invalidity' of the arbitration agreement can be read to include also the opposite».[1744]

Las causales, según vimos antes, deben interpretarse de forma *restrictiva*.[1745] Plantear que alguna de ellas podría cubrir casos de acierto o desacierto de la decisión negativa sobre competencia significaría emplear una interpretación expansiva, lo que generaría un precedente negativo para interpretaciones futuras de casos complicados.

Un prominente practicante sostiene que el artículo 34(2)(a)(III) de la LMU serviría para cuestionar las decisiones negativas sobre competencia.[1746] Bajo esta posición, el declinar competencia de manera indebida significa no resolver las pretensiones, lo que a su vez calificaría como una infracción al ámbito del convenio.[1747]

Sin embargo, la causal del artículo 34(2)(a)(III) regula supuestos de *exceso de autoridad*.[1748] Las decisiones *infra petita* no están cubiertas por esta causal.[1749] La lógica subyacente de la causal es cubrir *excesos*, y en este caso el tribunal arbitral no incurre en ninguno; al contrario, su infracción estaría en *no* haber asumido un caso que sí le correspondía asumir.

Otro prominente practicante sostiene que el artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU serviría para cuestionar las decisiones negativas sobre competencia.[1750] Bajo esta posición, el incumplimiento del

---

1742 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 1236 (2d ed. 2014).

1743 A esta conclusion llegó la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Alemana). En el caso, la corte concluyó que la decisión declinatoria de jurisdicción era un laudo, pero que ninguna de las causales del ZPO —que siguen el esquema de la LMU— podía servir para cuestionar el acierto o error de dicha decisión (BGH, 3 ZB 44/01, decisión de 6 de junio de 2002).

1744 Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l 55, 68 (2004).

1745 Ver 2.4.2. del capítulo III.

1746 Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l 55, 69 (2004).

1747 *Id.*

1748 Ver 3. del capítulo IV.

1749 Ver 3.2.4.2. del capítulo IV.

1750 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 1104 (2d ed. 2014).

tribunal arbitral de conducir un procedimiento para resolver la controversia equivale a que el procedimiento no haya cumplido el acuerdo de las partes.[1751]

No obstante, dicha causal se dirige a cubrir vicios *procedimentales*.[1752] Defectos en la tramitación del caso, *no en el resultado*. La decisión de declinar competencia no encaja bajo la lógica subyacente de la causal. Por lo tanto, para encausar tal tema bajo esta causal sería necesario emplear una interpretación extensiva, lo que no resulta beneficioso.

En la misma línea, el artículo 34(2)(b)(II) de la LMU, sobre afectación al orden público tampoco parecería idónea para este tema. Pues si bien la decisión negativa sobre competencia afecta el derecho a acudir a arbitraje, este derecho difícilmente se considerará «fundamental» —y por tanto integrante del orden público—.[1753]

En resumen, las causales de anulación del artículo 34(2) no incluyen el control de decisiones negativas sobre competencia. Si consideramos que la lista de causales de dicha norma es taxativa,[1754] la conclusión es que dicho tema no puede ser invocado como fundamento para la anulación del laudo.

7.2.3.2. El esquema a nivel internacional

A nivel internacional, diversos ordenamientos, incluyendo ordenamientos que siguen el esquema LMU, establecen que la decisión negativa sobre competencia puede ser revisada por la judicatura. Este es el caso de Estados Unidos,[1755] Bélgica,[1756] Francia,[1757] Inglaterra,[1758] Suiza,[1759] Singapur,[1760] entre otros.

Por contraste, algunos países, como Alemania[1761] y Países bajos,[1762] no contemplan el control judicial del acierto o error de dichas decisiones.

1751 *Id.*

1752 Ver 4. del capítulo IV.

1753 Giacomo Marchisio, *Jurisdictional Matters in International Arbitration: Why Arbitrators Stand on an Equal Footing with State Courts,* 31(4) J. of Int'l Arbitration 455, 466 (2014).

1754 Ver 2.1.2. del capítulo III.

1755 Art. 10(a)(4) de la FAA. Dicha causal aplica para decisiones afirmativas y negativas sobre competencia (Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3212 (2d ed. 2014)).

1756 Art. 1690.4 del *Code Judiciaire*.

1757 Art. 1492.1 (para arbitraje local) y art. 1520.1 (para arbitraje internacional) del *Code de procédure civile*.

1758 Art. 67(1) de la *Arbitration Act*. Dicha norma cubre casos de decisiones declinatorias de competencia (*L G Caltex Gas Co Ltd v. National Petroleum Corporation & Anor,* [2001] EWCA Civ 788).

1759 Art. 190.2(b) de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado.

1760 Art. 10 de la *International Arbitration Act*.

1761 *Bundesgerichtshof,* 3 ZB 44/01, decisión de 6 de junio de 2002.

1762 Art. 1052.5 del Código Procesal Civil. Se reporta que «[i]f the arbitral tribunal declares that it lacks jurisdiction, the court's jurisdiction over the case revives, unless the parties have agreed otherwise» (Gerard J. Meijer & Marike R. P. Paulsson, *National Report for the Netherlands (2012 through 2014),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 46 (Supplement 109, 2020)).
El artículo 1052.6 establece que la decisión negativa sobre competencia es un laudo, por lo que podría ser impugnado en la vía de anulación. Sin embargo, ninguna causal permitiría cuestionar el acierto o error de la decisión negativa sobre jurisdicción.

En Iberoamérica, la respuesta es variada. Pese a la influencia de la LMU, España,[1763] Colombia (para arbitraje internacional)[1764] y Perú[1765] permiten el control judicial de la decisión negativa sobre competencia. Por contraste, Chile y México no parecen permitir ello.[1766]

España, Colombia (para arbitraje internacional) y Perú encauzan el cuestionamiento de la decisión negativa a través del proceso de anulación del laudo. Para ello, se genera una *causal adicional* de anulación de laudo.[1767] Esto parecería colisionar con la supuesta lista taxativa de causales de los artículos 41.1 de la Ley 60/2003, 108 de la Ley 1563/2012 y 63.1 de la LAP.

En estricto, se trata de un *desfase* al momento de diseñar la ley de arbitraje respectiva sobre la base de la LMU. La LMU alude a una lista taxativa porque, precisamente, fuera del artículo 34(2) no existen otras causales de anulación.[1768] Las normas de España, Colombia y Perú debieron considerar que habilitar el cuestionamiento de decisiones negativas sobre competencia *por la vía de anulación de laudo* traía como consecuencia restar valor a la enumeración taxativa de las causales efectuada en un solo artículo.

En la práctica, el problema no es grave. Se trata de interpretar conjuntamente el artículo que habilita el control sobre decisiones negativas con el artículo que contiene las causales de anulación. Una interpretación sistemática de estas normas dirigida a no dejarlas vacías de contenido.[1769] Esta interpretación daría como resultado que las causales de anulación de laudo son una lista taxativa conformada por el artículo de causales de anulación + una causal adicional de control de decisiones negativas sobre competencia.

1763 Art. 22.3 de la Ley 60/2003.

1764 Art. 79 de la Ley 1563/2012.

1765 Art. 41.5 de la LAP.

1766 Las normas de Chile y México siguen el esquema de la LMU y no establecen provisiones adicionales para el control judicial de las decisiones declinatorias de competencia. Tampoco parece que exista jurisprudencia al respecto.

1767 Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 22 [Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 393, 409 (2014). El autor evalúa el artículo 22.3 de la Ley 60/2003, pero el razonamiento es aplicable para las normas equivalentes de Colombia y Perú.

1768 El cuestionamiento a una decisión afirmativa de competencia regulado en el artículo 16(3) se tramita en un proceso judicial especial y distinto al de anulación de laudo.

1769 Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 22 [Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 393, 409 (2014). El autor evalúa el artículo 22.3 de la Ley 60/2003, pero el razonamiento es aplicable para las normas equivalentes de Colombia y Perú.

CAPÍTULO V
EFECTOS DEL PROCESO JUDICIAL DE ANULACIÓN

1. MARCO GENERAL

La anulación de un laudo tiene diversas consecuencias jurídicas. Sin embargo, en realidad no es necesario esperar hasta la emisión del laudo para apreciar efectos generados por el proceso judicial de anulación. Incluso antes de la anulación del laudo, el proceso judicial de anulación de laudo puede generar consecuencias.

Así, podemos dividir los efectos según tres fuentes distintas:

(a) Efectos provenientes de iniciar u omitir iniciar un proceso judicial de anulación.

(b) Efectos de atribuciones especiales de la judicatura. En algunos ordenamientos, la judicatura puede optar no solo por anular o confirmar el laudo, sino por una «tercera opción»: la *remission*.

(c) Efectos de la sentencia del proceso de anulación del laudo. La anulación del laudo naturalmente tiene un impacto en el laudo y en el arbitraje que derivó en aquel.

Todo esto es analizado a continuación.

2. LA DEMANDA DE ANULACIÓN

El acto inicial de demandar la anulación del laudo puede, por sí solo, generar algunos efectos. Asimismo, el dejar que venza el plazo para demandar la anulación sin iniciar tal proceso también puede generar ciertas consecuencias.

2.1. Consecuencias de demandar la anulación. Suspensión de ejecución

En el derecho procesal, no es inusual que la apelación de una sentencia judicial, en sí misma, genere efectos. La apelación suele suspender los efectos de la sentencia apelada.

En el arbitraje, la situación es inversa. La regla general es que la demanda de anulación del laudo, por sí misma, *no tiene impacto alguno en el laudo*. Virtualmente en todo el mundo el laudo es vinculante y tiene calidad de *res judicata* desde su emisión.[1770] Al respecto, es ilustrativo el artículo 45.1 de la Ley 60/2003: «[e]l laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación».

Sin embargo, la interposición de una demanda de anulación de laudo *podría* suspender el juicio de ejecución. En específico, la demanda de anulación puede hacer surgir en los jueces de ejecución la potestad de suspender el mencionado proceso de ejecución.

1770 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3173 (2d ed. 2014).

2.1.1. La atribución ante laudos extranjeros

2.1.1.1. Fundamentos

La atribución de los jueces de suspender el proceso de ejecución de un laudo extranjero por la interposición de una demanda de anulación tiene una amplia presencia en los ordenamientos nacionales. Esto se debe a que tal atribución está reconocida en el artículo VI[1771] de la Convención de Nueva York.

Son tres los fundamentos centrales de la atribución judicial de suspender el proceso de ejecución.

Primero, la atribución judicial bajo análisis busca evitar el *doble control* del laudo.[1772] Es decir, que las cortes de la sede y las cortes de ejecución en un país extranjero no aborden las mismas cuestiones. En esa línea, es claramente indeseable que existan decisiones contradictorias sobre la validez y la ejecución del laudo. En vez de ejecutar un laudo declarado inválido, o de rehusar la ejecución de un laudo no declarado inválido, sería ideal que la decisión sobre la validez sea emitida primero, a efectos de que pueda ser tomada en consideración por la corte que evalúa el pedido de ejecución.[1773]

Segundo, la atribución judicial busca proteger los derechos de la parte afectada por el laudo. Se trata de lograr un balance entre la política pro ejecución y la protección del *award debtor* que tiene un reclamo sólido contra el laudo.[1774] La atribución, por contraste, no debería usarse cuando el demandante busca solo dilatar los efectos del laudo y en general cuando no actúa de buena fe.[1775]

Tercero, la atribución judicial preserva el principio de cortesía internacional (*international commity*). Dicho principio también es adoptado por la Convención de Nueva York y en consecuencia debe ser considerado al abordar pedidos de ejecución de laudos extranjeros.[1776] Parece ideal que, *al menos,* la corte de ejecución espere a ver qué dice la corte de anulación de la sede.

2.1.1.2. Estructura

(A) Otorgamiento de la suspensión

(i) Factores a considerar

Bajo la redacción de la Convención, la atribución de suspender el proceso de ejecución puede ejercerse de oficio o a pedido de parte. El artículo VI de la Convención señala que la corte puede

---

1771 «Artículo VI
Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas».

1772 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 1062 (1989).

1773 Para laudos extranjeros, la decisión de la corte de anulación no vincula a las cortes de ejecución. Ver 4.2.2.1.

1774 Nicola Christine Port, Jessica R. Simonoff & Scott Ethan Bowers, *Article VI,* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 415, 416 (2010).

1775 Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 213 (2016).

1776 *Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. v. AMCI Export Corporation,* U.S. District Court, Western District of Pennsylvania, order of December 22, 2005,
http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1016

ejercer tal atribución «si lo considera procedente» («*if it considers it proper*»). En estricto, ello significa que la corte puede pedir a las partes que informen sobre y acrediten la presentación de una demanda de anulación. En cualquier caso, lo usual será que el *award debtor* pida a la corte que ejerza dicha atribución.

El requisito base es que se haya demandado la anulación de laudo ante las cortes competentes; esto es, las cortes de la sede.[1777-1778] Una demanda de anulación en un país que no tiene competencia para supervisar el arbitraje deberá ser ignorada.

Si se verifica que la demanda de anulación se presentó ante las cortes competentes, la corte de ejecución puede pasar a evaluar si concede o no la suspensión. Aquí, el margen de discreción para evaluar la suspensión es bastante amplio. La Convención de Nueva York nada dice sobre qué factores específicos considerar. Es decir, no existe un umbral cuya superación justifique la suspensión del proceso. Sobre ello, las cortes manejan diversos criterios para decidir al respecto.[1779] Así:

- La probabilidad de éxito de la demanda de anulación.[1780] Y es que si la demanda de anulación resulta fundada, el *award debtor* podría invocar la causal de oposición del artículo V(1)(e)[1781] de la Convención.

- El momento en que se presentó la demanda de anulación —antes o después del pedido de ejecución—. Esto tiene un impacto en la pertinencia del principio de cortesía internacional.[1782] Dicha pertinencia puede atenuarse cuando la demanda de anulación se presentó después del pedido de ejecución.

- La buena fe y seriedad del *award debtor* al plantear la demanda de anulación.[1783] Se trata de evaluar si la demanda esconde intención de dilatar o entorpecer la materialización

---

1777 Thomas H. Webster, *Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings,* 23(3) J. of Int'l Arbitration 201, 205 (2006).

1778 En estricto, la atribución de suspender el proceso de ejecución podría darse también si la parte interesada ha cuestionado el laudo en la sede mediante una vía judicial distinta a la de anulación. Por ejemplo, si una parte inicia en la sede una demanda para cuestionar la competencia del tribunal arbitral al amparo del artículo 16(3) de la LMU esto permitiría a las cortes del país de la ejecución suspender el proceso (*Mitchell Water Australia Pty Ltd v. McConnell Dowell Constructors (Aust) Pty Ltd,* [2018] VSC 753 (el *award debtor* presentó una demanda en la sede al amparo del artículo 16(9) de la *Queensland Act,* que se equipara al mencionado artículo 16(3) de la LMU)).

1779 Las leyes de arbitraje tampoco desarrollan este extremo. Por ejemplo, la LMU sigue la línea de la Convención de Nueva York y nada dice sobre qué factores se deben o se pueden considerar para la decisión de suspensión.

1780 *IPCO (Nigeria) Ltd v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp.,* [2005] EWHC 726 (Comm), § 15.

1781 «Artículo V
1. Solo 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 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».

1782 *Europcar Italia, S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc.,* 156 F.3d 310, 318 (2d Cir. 1998).

1783 *IPCO (Nigeria) Ltd v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp.,* [2005] EWHC 726 (Comm), § 15.

de los efectos del laudo.[1784-1785] Este factor puede considerarse no decisivo,[1786] en el sentido de que la actuación de buena fe no significa que automáticamente la corte deba conceder la suspensión.

Por contraste, una actuación de evidente mala fe podría resultar determinante para decidir no conceder la suspensión. Así, en *Lee Hsien Loong v. Singapore Democratic Party et al and Anor,* los demandados solicitaron la suspensión y dejaron de participar en el proceso pese a que la corte se disponía a escuchar los fundamentos del *award creditor* para objetar tal pedido de suspensión.[1787] Dicha conducta incidió en la decisión de no suspender el proceso de ejecución:

> Above all, factually and more importantly, the defendants walked out even before the court had had an opportunity to rule on their application for an adjournment. In my view, their absence was a deliberate attempt to coerce the court into granting them an adjournment. This was decidedly material to the exercise of my discretion in refusing an adjournment.
>
> […] A court has to be astute and alert to stratagems such as the staged exit devised by the defendants; otherwise, the court would be playing into the hands of a litigant who deliberately walks out of proceedings in a fit of pique and yet manages to secure an adjournment by simply not being there. If that happens, the court will be seen to be rewarding defiant, disdainful, unruly, and disruptive behaviour. Any conduct that attempts to thwart the court's process, as was the case here, cannot be countenanced as it seeks to undermine the court's authority and brings the court into disrepute.[1788]

- La duración del proceso de anulación. El tiempo que tome la decisión final de anulación en ser emitida es un factor importante. Conocer la decisión de la sentencia es importante, pues la anulación del laudo es una causal de oposición a la ejecución. Sin embargo, la espera no va a ser infinita. Con relación al caso *Dallah*,[1789] *Justice* Mance señaló que «[w]e would have been very interested in the Paris *Cour d'appel's* analysis of French law, had it been available».[1790]

  En efecto, una corte de ejecución no tiene la obligación de esperar a la decisión de anulación, la que podría tomar *años* en emitirse.[1791] Luego, parece bastante razonable

---

1784 *Europcar Italia, S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc.,* 156 F.3d 310, 318 (2d Cir. 1998). El pedir la suspensión del proceso de ejecución puede considerarse como una maniobra dirigida a obstaculizar de manera desleal e ilegítima la obtención de tutela de la contraparte. En algunas regiones, el pedido de suspensión es considerado una *guerrilla tactic* (Sundra Rajoo, *§3.02: Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: [G] Experiences from South-East Asian Legal Systems,* in G. J. Horvath & S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration* 207, 212-13 (2013)).

1785 En la práctica, esto incluye factores ya glosados antes. La probabilidad de éxito (puede que sea evidente que la demanda de anulación será desestimada) o el momento de presentación de la demanda pueden servir para delimitar si la actuación del *award debtor* es de buena fe.

1786 Elina Mereminskaya, *Reconocimiento de un laudo arbitral extranjero sujeto a proceso de anulación: comentarios a la decisión de la Corte Suprema de Chile,* 26 Revista de Arbitragem e Mediação 329, 386 (2010).

1787 [2006] SGHC 220. Los demandados también realizaron otras acciones que de manera patente carecían de posibilidad de éxito, por lo que eran en esencia estrategias para retrasar el desarrollo del proceso ([2006] SGHC 220, § 15).

1788 *Lee Hsien Loong v. Singapore Democratic Party et al and Anor,* [2006] SGHC 220, § 16.

1789 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan.* Según expusimos antes, el caso arbitral involucra subsecuentes procesos de anulación y ejecución en Francia y de ejecución en Inglaterra.

1790 Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?,* 32(2) Arbitration Int'l 223, 225-26 (2016).

1791 Jan Paulsson, *The idea of arbitration* 43, footnote 24 (2013). La acotación se hace en el marco de un análisis al caso *Dallah*.

suspender la ejecución si la corte verifica, con algún grado de certeza, que el plazo de suspensión será breve.[1792]

Sin embargo, incluso si se proyecta que el plazo podría tomar un tiempo que puede ser largo, podría ser razonable igual otorgar la suspensión. Esto porque fueron las partes las que escogieron la sede: estas deben asumir las consecuencias de tal elección. En *IPCO,* se cita un fragmento de un informe de experto de Ayoola,[1793] que señala:

> The parties who have chosen Nigeria as the venue of the arbitral proceedings will be presumed to be familiar with the state of the Court system and the length of time it may take proceedings to be heard and disposed of up to the appellate level. Their legal advisers are also presumed to understand the nature and cause of the apparent lethargic nature of the Nigerian judicial system as compared, probably with some other countries.[1794]

- Las consecuencias de suspender y de no suspender. La corte debe evaluar las secuelas que puede dejar su decisión. La suspensión no parece recomendable en casos en que la demora en la ejecución podría frustrar de manera irreversible el derecho del *award creditor*. Así, la demora aumenta el riesgo de que la ejecución se frustre por actos deliberados del *award debtor* o por hechos comerciales negativos sobrevinientes.[1795] Sin perjuicio de lo expuesto, estos riesgos pueden mitigarse vía requerimiento de una garantía al *award debtor*.

  Por contraste, en algunos casos la ejecución del laudo puede derivar en efectos irreversibles, por lo que podría ser adecuado esperar a la decisión sobre anulación del laudo.

- La especial pertinencia de la decisión de la corte de anulación. En algunos casos, el pronunciamiento de la corte de anulación puede ser de particular importancia dadas las razones por las que se pide la anulación y la oposición a la ejecución del laudo. Así, esto se puede dar cuando la corte de anulación tiene especial *expertise* en la cuestión específica.[1796] *Dallah* permite ilustrar esto: la discusión radicaba en la validez del convenio arbitral *bajo el derecho francés*. Sin embargo, la judicatura inglesa decidió no suspender el proceso judicial de ejecución (no esperó al pronunciamiento de las cortes francesas).[1797]

  La naturaleza del arbitraje en la sede. Si el laudo proviene de un arbitraje local, esto significa que ambas partes en dicho arbitraje son «ciudadanos locales» del país de la sede, y que no existe ningún componente que califique de «internacional» a ojos de la sede.[1798] Luego, la relevancia de la decisión de la corte de la sede tiene mayor importancia y luego la deferencia a la misma debe ser especial. Así:

1792 *Toyo Engineering Corp v John Holland Pty Ltd*, [2000] VSC 553, § 9 («To my mind, however, the determinative factor is that the adjournment will be only for a relatively short time. […]»); *Mitchell Water Australia Pty Ltd v. McConnell Dowell Constructors (Aust) Pty Ltd,* [2018] VSC 753, § 44 («Moreover, it is said that it is likely that the setting aside application in Queensland can be heard and determined in February 2019, and that a short delay until February 2019 is not unreasonable in all the circumstances. […]»).

1793 Magistrado (retirado) de la Corte Suprema de Nigeria.

1794 Fragmento citado en [2008] EWHC 797 (Comm), § 53.

1795 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3275 (2d ed. 2014).

1796 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3723 (2d ed. 2014).

1797 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan,* [2010] UKSC 46.

1798 La definición de arbitraje local parece virtualmente uniforme a nivel global.

> [T]he fact that the arbitration was domestic in the country of origin, must generally be likely to enhance the deference due to the court exercising supervisory jurisdiction in that country. Comity and common sense are likely to require no less; pre-empting the decision on a challenge to an award before the court exercising supervisory jurisdiction in the country of origin would be a strong thing in a case where all parties were domiciled or incorporated in that country.[1799]

Sin perjuicio de lo expuesto, el margen de discreción, si bien amplio, no es absoluto.[1800] La discrecionalidad no puede derivar en suspensiones arbitrarias. En cualquier caso, la corte de ejecución no debe perder de vista el principio fundamental de la Convención de Nueva York: favorecer la ejecución de laudos arbitrales.

(ii) Requerimientos para otorgar la suspensión

Un último aspecto es que la corte de ejecución puede requerir al *award debtor* el otorgamiento de garantías para no frustrar la eventual ejecución del laudo.[1801]

(B) Duración de la suspensión

El artículo VI de la Convención de Nueva York nada dice sobre la duración de la suspensión del proceso judicial de ejecución. Por lo tanto, podemos evaluar todos los escenarios posibles: plazo determinado y plazo indeterminado —y este último puede ser revocable o permanente, según si una decisión judicial posterior puede o no poner fin al mismo—.

En principio, dados los fundamentos de la figura de suspensión del proceso de ejecución, es ideal que la suspensión se otorgue por un plazo indeterminado, que se prolongue hasta la conclusión del proceso judicial de anulación de laudo en la sede. Sin embargo, puede haber problemas cuando el proceso de anulación de laudo toma excesivo tiempo en ser resuelto.

En el caso *IPCO,* la judicatura inglesa emitió una orden de suspensión del proceso de ejecución de laudo extranjero.[1802] Tres años después de la emisión de tal decisión, en 2008 IPCO solicitó que se reanude el proceso de ejecución de laudo. Al evaluar tal pedido, la judicatura señaló que:

> An adjournment granted pursuant to section 103(5) [equivalente al artículo VI de la Convención] of the Arbitration Act 1996 is by its nature a temporary holding measure. The appropriateness of maintaining such a measure in place will be dependent, crucially, on developments before the supervisory court.[1803]

Para la judicatura inglesa, la decisión de levantar una suspensión ya otorgada debería obedecer a un cambio de circunstancias.[1804] Es decir, el transcurso del tiempo por sí mismo no parecía ser suficiente para dejar sin efecto la suspensión. Sería necesario que se demuestre algún cambio *material* en uno o más de los factores que se evaluaron para disponer la suspensión del proceso.

1799 *IPCO (Nigeria) Ltd v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp.,* [2005] EWHC 726 (Comm), § 16.
1800 Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 215 (2016).
1801 El tema escapa del objeto de esta investigación así que no lo desarrollaremos.
1802 [2005] EWHC 726 (Comm).
1803 [2008] EWHC 797 (Comm), § 74.
1804 [2008] EWHC 797 (Comm), § 75.

Precisamente, en *IPCO,* el proceso de ejecución estuvo suspendido por más de 10 años sin señales de que el proceso judicial de anulación en la sede fuese a concluir.[1805] Naturalmente, una suspensión de tal longitud temporal produce un perjuicio al *award creditor,* pues no puede cobrar el crédito a su favor. Sin embargo, es razonable sostener que en principio las partes deben asumir esta dilación en la ejecución del laudo, pues según expusimos antes *estas escogieron la sede del arbitraje* y por tanto se sometieron a la función supervisora de las cortes de la sede.

En resumen, la duración de la suspensión no constituye un tema regulado por la Convención de Nueva York. Serán aplicables, si las hubiere, las normas procesales locales sobre suspensión de procesos de ejecución. En cualquier caso, es razonable considerar que el plazo de suspensión debe ser indeterminado, pero revocable en función a si se producen cambios en las circunstancias originales que dieron lugar al mismo.

En síntesis, la demanda de anulación del laudo hace surgir, en las cortes de ejecución, la atribución de suspender —a pedido de parte— la ejecución del laudo extranjero. Así, la corte de ejecución puede adoptar una posición de *wait and see*,[1806] porque la decisión judicial del proceso de anulación es un factor relevante al resolver el pedido de ejecución —más allá de que tal decisión judicial no sea vinculante—. Finalmente, se trata de una atribución con amplio margen de discrecionalidad, aunque existen muchos criterios razonables y sólidos que deberían ser tomados en consideración.

2.1.2. La atribución ante laudos emitidos en la sede (en Iberoamérica)

Para la ejecución en la sede de un laudo emitido en la sede, la interposición de una demanda de anulación de laudo puede tener mayores efectos que los generados en el caso de laudos extranjeros. El fundamento es simple: las cortes de anulación y ejecución pertenecen a un mismo ordenamiento; y es sólido descartar que algún ordenamiento nacional no tenga interés en evitar decisiones contradictorias entre sus propias cortes judiciales.[1807]

A continuación, un análisis de la regulación al respecto en Iberoamérica.

(i) España

En España, bajo el artículo 45[1808] de la Ley 60/2003, la interposición de una demanda de anulación habilita al *award debtor* a pedir la suspensión del proceso de ejecución del laudo. Para ello, el

---

1805 Andrew Tweeddale & Keren Tweeddale, *Cutting the Gordian Knot: Enforcing Awards where an Application Has Been Made to Set Aside the Award at the Seat of the Arbitration,* 81(2) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 137, 148 (2015).

1806 Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* 213 (2016).

1807 Ver 2.3.2. del capítulo II.

1808 «Artículo 45.- Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo.
1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución.
Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.
2. El secretario judicial alzará la suspensión y ordenará que continúe la ejecución cuando conste al Tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los artículo 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

solicitante deberá necesariamente presentar una garantía equivalente al «valor de la condena» más los daños que pudieran originarse por el retraso en la ejecución.

Observemos que aquí no existe margen de discrecionalidad alguno para la corte. La redacción de la norma («[p]resentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución») deriva en que si se cumplen las condiciones requeridas (demanda de anulación, presentación de garantía), la judicatura tiene el deber de suspender el proceso judicial de ejecución.[1809]

Así, la corte se limita a constatar un hecho objetivo, que es la presentación de la demanda y a evaluar la validez de la garantía ofrecida por el *award debtor*. Puede decirse que la norma *traslada* la evaluación de si conviene suspender la ejecución al *award debtor*: si este cree que su caso de anulación es sólido, entonces le será eficiente presentar la garantía.[1810]

La norma española, por cierto, regula también las consecuencias de la decisión estimatoria o desestimatoria de la demanda de anulación en cuanto al proceso judicial de ejecución (art. 45.2 y 45.3). En esencia, si la demanda de anulación es desestimada, se pone fin a la suspensión; y si la demanda es estimada, el proceso judicial de ejecución concluye sin ejecución del laudo.

(ii) Chile

Si el laudo deriva de un arbitraje internacional, la presentación de una demanda de anulación de laudo no suspende los efectos del laudo ni tampoco detiene el proceso de ejecución de laudo. La LACI, que sigue fielmente la redacción de la LMU, se limita a otorgar al juez de ejecución la atribución de suspender el proceso hasta que se emita la sentencia del proceso de anulación.[1811]

Si el laudo deriva de un arbitraje local, el laudo recién asume el carácter de cosa juzgada luego de que se hayan agotado los recursos contra la misma o haya vencido el plazo para plantear los mismos.[1812] Por lo tanto, la casación en la forma —recurso que puede equiparse al proceso de anulación de laudo—[1813] tiene efecto suspensivo e impide por sí misma que el laudo pueda ser ejecutado. El laudo solo adquiere mérito ejecutivo una vez firme,[1814] y tal firmeza no se producirá mientras no concluya el trámite de la casación en la forma —cuando este se haya planteado—.

3. El secretario judicial alzará la ejecución, con los efectos previstos en los artículos 533 y 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando conste al Tribunal que ha sido estimada la acción de anulación.
Si la anulación afectase solo a las cuestiones a que se refiere el apartado 3 del artículo 41 y subsistiesen otros pronunciamientos del laudo, se considerará estimación parcial, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

1809 David Arias Lozano, *Ley de Arbitraje, Artículo 45 [Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 889, 894 (2014).

1810 Mario Castillo Freyre *et al*., *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 1030 (2014).

1811 Art. 36(2).

1812 Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 40 (Supplement 98, 2018).

1813 Ver 2.1. del capítulo VI.

1814 Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* 493 (5th ed. 2005).

(iii) Colombia

Los laudos emitidos en Colombia, sean de arbitraje doméstico o arbitraje internacional, son tratados como sentencias judiciales para efectos de su ejecución.[1815] En dicho régimen, no existe provisión alguna que permita suspender el proceso de ejecución debido a la demanda de anulación.

(iv) México

La regulación normativa sobre ejecución de laudos en México es bastante escueta.[1816] El Código de Comercio asume el esquema de la LMU y regula por igual la ejecución de laudos locales y extranjeros. Bajo dicho marco normativo, el juez del proceso de ejecución tiene la atribución de suspender el proceso si es que se ha iniciado un proceso de anulación de laudo.[1817]

(v) Perú

Perú sigue un esquema equivalente en su esencia al de España: la interposición de la demanda de anulación y la consignación de una garantía de cumplimiento deriva en la suspensión de los efectos del laudo (y la consiguiente paralización del proceso de ejecución). Sin embargo, la norma peruana hace un mayor desarrollo de la figura (art. 66[1818] de la LAP).

En primer lugar, la norma establece un esquema de diversos escenarios en torno a la clase de mandato del laudo (declarativo, constitutivo y de condena) y la consiguiente garantía para ellos. De entrada, y para cualquier escenario, la norma permite a las partes regular sobre la garantía a ser presentada por las partes. Sobre ello, si las partes no estipulan nada sobre la garantía:

1815 Eduardo Zuleta Jaramillo, *National report for Colombia (2014 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 50 (Supplement 99, 2018).

1816 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 908 (4th ed. 2014).

1817 Art. 1463.
«Artículo 1463.- Si solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes».

1818 «Artículo 66.- Garantía de cumplimiento.
1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.
2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.
3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.
4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.
5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.
6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso».

- Si el mandato es de condena dineraria, la judicatura deberá exigir una «fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática» por el monto de la condena. Dicha fianza debe tener un plazo no menor de seis meses (con obligación de renovar mientras dure el proceso).

- Si el mandato no es de condena o es de condena no valorizable en dinero, el tribunal arbitral puede establecer un monto para la fianza requerida para suspender la eventual ejecución. Si el tribunal arbitral no hizo ello, el *award debtor* podrá requerir a la judicatura la determinación de la cuantía de la fianza.[1819]

Fuera de ello, la dinámica es similar a la española. Para lograr la suspensión del proceso judicial de ejecución, el *award debtor* deberá demandar la anulación del laudo y presentar la garantía respectiva.

Para finalizar, la norma peruana tiene una particularidad: en caso la demanda de anulación es desestimada, la fianza es entregada al *award creditor*. Esto parecería indicar que el *award creditor* obtiene no solo la ejecución del laudo, sino también la fianza. Tal interpretación, sin embargo, no es sostenible. La manera correcta de leer esta norma es que el *award creditor* puede optar por ejecutar la fianza para cobrarse a través de ella lo dispuesto en el laudo.[1820]

2.2. Consecuencias de no demandar la anulación

Si el laudo es de obligatorio cumplimiento desde su emisión, y la demanda de anulación no tiene ningún impacto al respecto, el no demandar la anulación es un hecho inocuo. En estricto, la única consecuencia es que se pierde la posibilidad de que el laudo sea declarado nulo.

Sin embargo, existe un tema adicional a evaluar: la posible exigencia de demandar la anulación como requisito para oponerse a la ejecución.

2.2.1. La exigencia de demandar la anulación. Marco general

Dentro de un procedimiento arbitral, la omisión de cuestionar un vicio en su momento oportuno deriva en la convalidación del vicio. Se presume que el afectado renunció a objetar. La omisión de actuar genera consecuencias. Fuera de un procedimiento arbitral, ¿podría suceder lo mismo? ¿La omisión de demandar la anulación del laudo debe entenderse como una renuncia a cuestionar el mismo? En específico, ¿para oponerse a la ejecución del laudo es necesario haber solicitado su anulación?

Existen tres posiciones distintas para resolver tales preguntas: la postura de *choice of remedies,* consistente en que el *award debtor* tiene la libertad para no demandar la anulación del laudo y limitarse a resistir la ejecución; la postura consistente en que el *award debtor* tiene el deber de impugnar el laudo, pues de lo contrario se presumiría que convalida el mismo y desiste de oponerse a aquel; y las posiciones intermedias.

1819 El *award debtor* también puede solicitar la graduación de la suma establecida por el tribunal arbitral.

1820 Martín Mejorada Chauca, *Comentario al artículo 66,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 740, 743 (2011). Para el autor, en casos en que el mandato no sea de condena o no sea susceptible de ser calculado en dinero, la ejecución de la garantía también es viable (aunque ello luego da lugar a diversas consecuencias según si la garantía satisface en exceso lo dispuesto en el laudo o si por el contrario resulta insuficiente).

Antes de desarrollar estas posiciones, es necesario hacer una delimitación del ámbito de aplicación de las mismas. Sucede que, para ciertos casos, es claro que el *award debtor* tiene la libertad de no demandar la anulación e igual resistirse a la ejecución del laudo.

Primero, el *choice of remedies* existirá siempre para las causales de arbitrabilidad y transgresión al orden público. Es decir, aun si el *award debtor* no demanda la anulación del laudo, podrá oponerse a su ejecución alegando inarbitrabilidad y transgresión al orden público. Estas causales pueden ser evaluadas *ex officio,* por lo que en un eventual proceso de ejecución el juez podrá evaluar si alguna de ellas aplica en el caso concreto.

Además, para la causal de *orden público* —y para cualquier cuestión de arbitrabilidad fundada en razones de orden público—,[1821] la omisión de demandar la anulación de laudo no podría impedir que las cortes de ejecución evalúen cuestiones de orden público pues estas últimas aplican el concepto de orden público del lugar de ejecución, mientras que las cortes de la sede aplicarán el concepto de orden público de la sede. Así:

> It follows also that a failure to raise the public policy ground in proceedings to set aside an award cannot operate to preclude a party from resisting on that ground the enforcement of the award in the enforcing court in another jurisdiction. That is because each jurisdiction has its own public policy. [1822]

Segundo, un presupuesto necesario para alegar que el *award debtor* tiene el deber de impugnar el laudo es que el vicio pueda ser cuestionado en la vía de anulación de laudo. En efecto, si una causal X está disponible en la oposición a la ejecución pero no dentro de las causales de anulación, carecería de sentido exigir al *award debtor* que demande la anulación fundada en la causal X. La postura consistente en que el *award debtor* debe demandar la anulación solo tiene sentido cuando el vicio puede impugnarse en la vía de anulación y también en la vía de ejecución; de lo contrario, no existe verdaderamente un supuesto de *choice of remedies*.[1823]

Por ejemplo, si un país establece un proceso de anulación de laudo que carece de una causal de incumplimiento a reglas procedimentales de regulación convencional (art. 34(2)(a)(IV) de la LMU), el *award debtor* solo podría invocar dicha causal dentro del proceso de ejecución del laudo.

En suma, la discusión sobre si presentar la demanda de anulación es un deber o no a efectos de resistir la ejecución de laudo se restringe al siguiente escenario: causales que se invocan a pedido de parte y siempre que el vicio pueda efectivamente ser impugnado en la vía de anulación y también en la vía de ejecución.

1821 Ver 5.1.2. del capítulo IV.

1822 *Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*, [1999] 2 HKCFAR 111.

1823 La redacción de las causales de anulación puede no ser la misma entre la ley de la sede del arbitraje y la Convención de Nueva York. Por ejemplo, el *vacatur* bajo la FAA se estructura bajo causales distintas a las de oposición a la ejecución de laudos extranjeros establecidos en la Convención de Nueva York. Sin embargo, lo importante es que el cuestionamiento pueda ser invocado y *encausado*, más allá de si la redacción normativa de las causales es coincidente o no entre la ley de la sede y la Convención de Nueva York (Renato Nazzini, *Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issue Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context*, 66(3) The American J. of Comparative L. 603, 620 (2018)).

2.2.2. Posturas existentes

2.2.2.1. *Choice of remedies*

Según expusimos antes, el *award debtor* puede seguir dos vías para impedir que el laudo materialice sus efectos, puede demandar la anulación del laudo y también puede oponerse a la ejecución del laudo.[1824] La Convención de Nueva York y la influencia de la LMU hacen que en la práctica las causales de anulación y de ejecución sean muy similares, por lo que no existe mucha diferencia para el *award debtor* entre demandar la anulación del laudo o resistirse a la ejecución del mismo.

En ese contexto, *choice of remedies* se refiere a la libertad del *award debtor* para elegir defenderse a través de la oposición a la ejecución, sin recurrir a la vía de anulación de laudo.[1825] En términos simples, el *award debtor* no está obligado a atacar el laudo (demanda de anulación), pues puede optar por defenderse ante el mismo (oposición a la ejecución). Así:

> It is clear to me that a party faced with a Convention award against him has two options: Firstly, he can apply to the courts of the country where the award was made to seek the setting aside of the award. If the award is set aside then this becomes a ground in itself for opposing enforcement under the Convention.
>
> Secondly, the unsuccessful party can decide to take no steps to set aside the award but wait until enforcement is sought and attempt to establish a Convention ground of opposition.[1826]

Bajo el esquema de elección de remedios procesales, la omisión de demandar la anulación de laudo es inocua en cuanto a la posibilidad del *award debtor* de oponerse a la ejecución. Es decir, el *award debtor* no tiene la obligación de agotar los remedios disponibles ante las cortes de la sede.[1827]

Ahora bien, en estricto, si el *award debtor* decide no perseguir la nulidad del laudo en la sede, entonces será imposible que el *award debtor* pueda invocar la causal de oposición consistente en que el laudo se anuló. Naturalmente, su derecho a oponerse a la ejecución del laudo por las restantes causales se mantiene incólume.

El *choice of remedies* tiene diversos fundamentos bajo la Convención de Nueva York y la LMU. En primer lugar, el texto de la Convención de Nueva York no contiene indicación expresa o implícita que restringa el derecho a oponerse a la ejecución si no se demanda la anulación. Las causales de oposición a la ejecución no estarían condicionadas al inicio, procedimiento o resultado del proceso judicial de anulación —salvo naturalmente la causal del artículo V(1)(e)—. Así:

> But Article V(1)(a) and s.103(2)(b) are framed as free-standing and categoric alternative grounds to Article V(1)(e) of the Convention and s.103(2)(f) for resisting recognition or enforcement. Neither Article V(1)(a) nor s.103(2)(b) hints at any restriction on the nature of the exercise open, either to the person resisting enforcement or to the court asked to enforce an award, when the validity (sc. existence) of the supposed arbitration agreement is in issue. […]. This language points strongly to ordinary judicial determination of that issue. Nor do Article VI and s.103(5) contain any suggestion that a person resisting recognition or

---

1824 Ver 2.3.1. del capítulo II.

1825 *PT First Media TBK v. Astro Nusantara International BV and others,* [2013] SGCA 57, § 40.

1826 *Paklito Investment Ltd v. Klockner East Asia Ltd,* [1993] HKLR 39.

1827 Matthew Gearing, *Chapter 18: The Paklito Decision,* in Hong Kong International Arbitration Centre (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan* 329, 333 (2018)

> enforcement in one country has any obligation to seek to set aside the award in the other country where it was made.[1828]

El citado caso, *Dallah,* denota que la oposición a la ejecución fundada en vicios en el convenio arbitral (artículo V(1)(a)) es una causal autónoma y desligada a la causal consistente en que se anuló el laudo (artículo V(1)(e)). Es decir, el laudo no tiene que estar anulado para que el *award debtor* pueda resistir su ejecución invocando la causal de vicios en el convenio arbitral. El razonamiento es extensible para las restantes causales.

Pero, además, en *Dallah* se señala que el artículo VI de la Convención no estipula que para oponerse a la ejecución el *award debtor* tenga la obligación de intentar que el laudo sea anulado. Al contrario, el artículo VI parecería reconocer que el *award debtor* podría no haber demandado la anulación del laudo, sin que ello condicione la actuación del juez de ejecución.

> «Artículo VI
>
> Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas».

El artículo VI reconoce la atribución a los jueces de ejecución de suspender el proceso de ejecución *si se ha pedido la anulación o la suspensión del laudo.* Esto significa que, implícitamente, la norma contempla un escenario en el que el *award debtor* no pide la anulación del laudo; en esos casos, el juez continuaría con la tramitación del proceso de ejecución, sin suspender dicha tramitación. Y si el proceso de ejecución no se suspende, mucho menos se debería ver afectado el derecho del *award debtor* de invocar causales de oposición a la ejecución o la tarea del juez de analizar y pronunciarse sobre las mismas.

Si la Convención de Nueva York considerase que demandar la anulación del laudo es un elemento necesario o importante para la tramitación del proceso de ejecución, bien pudo emplear una redacción distinta. Por ejemplo, en el artículo VI, en vez de empezar con «si se ha pedido […] la anulación», pudo iniciar con «una vez que se haya pedido […] la anulación».

Para finalizar, la Convención de Nueva York buscó reducir la relevancia de la sede del arbitraje. Esto se evidencia en que la Convención suprime el doble *exequatur* establecido en la Convención para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927. Así, «the drafters of the Convention moved away from the notion that the seat of the arbitration is somehow the controlling state […], they shifted the authority to review awards for enforcement to the states at the place (or places) of enforcement».[1829]

Por su lado, la LMU tampoco hace indicación expresa o implícita sobre que es necesario demandar la anulación del laudo para oponerse a la ejecución del mismo. En realidad, se puede sostener que la lógica subyacente de la LMU denota que el *choice of remedies* es necesario; incluso, puede decirse que es el *corazón* del diseño del régimen de ejecución en la LMU.[1830]

1828 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan,* [2010] UKSC 46, § 28.

1829 Emmanuel Gaillard, *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice,* in A. J. van den Berg, *Arbitration: The Next Fifty Years* 66, 72 (2012).

1830 *PT First Media TBK v. Astro Nusantara International BV and others,* [2013] SGCA 57, § 65.

En *First Media v. Astro*,[1831] la Corte de Apelaciones de Singapur hace un minucioso análisis de la LMU. En esencia, la LMU, siguiendo la estela de la Convención de Nueva York, mantuvo la tendencia a desenfatizar la relevancia de la sede del arbitraje. Establecer que la oposición a la ejecución está condicionada a que se demande la anulación del laudo iría contra dicha tendencia.

Asimismo, la judicatura de Singapur hace una interpretación histórica de la LMU y encuentra que hubo una propuesta para limitar las causales de oposición a la ejecución si el *award debtor* no requirió la anulación del laudo, y que esta fue rechazada.[1832] En efecto:

> The prevailing view, however, was not to adopt such a provision. It was pointed out that the intended preclusion unduly restricted the freedom of a party to decide on how to raise its objections. In view of the different purposes and effects of setting aside and of invoking grounds for refusal of recognition or enforcement, a party should be free to avail itself of the alternative system of defences which was recognized by the 1958 New York Convention and should be maintained in the model law.[1833]

2.2.2.2. Deber de demandar la anulación del laudo

La posición opuesta a la doctrina de *choice of remedies* plantea que la omisión de demandar la anulación del laudo debe generar efectos en cuanto a la oposición a la ejecución del laudo. Esta postura se sustenta en el principio de la buena fe, en la proscripción del abuso de proceso (*abuse of process*), y en la importancia de la sede del arbitraje en tanto esta fue elegida por las partes.

La buena fe del *award debtor* puede considerarse como un factor para evaluar si aceptar o rechazar la oposición a la ejecución del laudo. Ahora bien, el principio de buena fe no está establecido expresamente en la Convención de Nueva York. Sin embargo, puede sostenerse que el mismo está enmarcado dentro de las provisiones de la Convención.[1834]

En el proceso de ejecución en Hong Kong del caso *Astro*, Chow J consideró que el margen de discrecionalidad[1835] para rechazar la oposición a la ejecución permite al juez desestimar la oposición a la ejecución si el *award debtor* transgredió la buena fe.

> [T]he court has a discretion under s 44(2) [equivalente al artículo V(1) de la Convención de Nueva York] of the Ordinance to decline to refuse enforcement, even if a ground for refusal might otherwise be made out, in circumstances where there has been a breach of the good faith, or bona fide, principle on the part of the award debtor.[1836]

1831 *PT First Media TBK v. Astro Nusantara International BV and others,* [2013] SGCA 57.

1832 *Id.* at § 70.

1833 UNCITRAL, *Report of the Working Group on the work of its seventh session (A/CN.9/246—6 march 1984)*, § 154.
La propuesta planteada, y rechazada, fue la siguiente:
«(2 bis) If an application for setting aside the award has not been made within the time-limit prescribed in article 34(3), the party against whom recognition or enforcement thereafter is sought may not raise any other objections than those referred to in this article, paragraph (1), subparagraphs (a)(I) or (V) or (b)».

1834 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 182 (1981). El autor hace dicha afirmación al evaluar un posible *waiver/estoppel* para oponerse a la ejecución de un convenio arbitral cuando el convenio no observó la forma escrita y pese a ello la parte actúa dando a entender que considera válido el convenio.

1835 El artículo V de la Convención de Nueva York señala que el reconocimiento y la ejecución puede (no debe) ser denegado según si se configura alguna de las causales.

1836 *Astro Nusantara International BV v. PT First Media TBK and others,* HCCT 45/2010, § 81.

Precisamente, puede sostenerse que el margen de discrecionalidad del artículo V(1) puede incluir casos de *estoppel* o *waiver*.[1837] Es decir, casos en los que el *award debtor* no cuestionó el vicio de manera previa al proceso de ejecución del laudo extranjero.

Sobre esa base, el *estoppel* puede darse cuando el *award debtor* no impugna judicialmente el laudo en la sede. Así, en *Hebei,* la *Court of Final Appeals* consideró que la omisión de una parte de levantar una determinada cuestión (*point*) ante las cortes supervisoras de la sede podría hacer precluir el derecho de la parte de levantar tal cuestión ante las cortes de ejecución.

> What I have said does not exclude the possibility that a party may be precluded by his failure to raise a point before the court of supervisory jurisdiction from raising that point before the court of enforcement. Failure to raise such a point may amount to an estoppel or a want of bona fides such as to a justify the court of enforcement in enforcing an award
>
> […]
>
> […] I do not need to deal with the separate question whether failure to raise the point before the Beijing Court was an additional ground for reaching the same conclusion. Without going into that question, I should indicate that I would be disposed to answer it in the affirmative.[1838]

En la línea con el principio de la buena fe, la proscripción del abuso del proceso (*abuse of process*) puede también justificar que la omisión del *award debtor* de cuestionar el laudo en la sede haga precluir el derecho de la parte a oponerse a la ejecución del laudo en otros países.[1839]

En principio, la proscripción del abuso del proceso aplicaría cuando el *award debtor* demanda la anulación del laudo en la sede y omite invocar cierta cuestión, que después alega al oponerse a la ejecución del laudo. Sin embargo, también podría aplicarse a casos en los que el *award debtor* simplemente no demandó la anulación del laudo en la sede.[1840] El razonamiento —frontalmente opuesto al *choice of remedies*— sería el siguiente: el *award debtor* tiene la oportunidad de cuestionar el laudo en la sede, no hacerlo y preferir esperar a que la contraparte intente ejecutar el laudo para oponerse a la ejecución constituye un uso inadecuado de las vías judiciales disponibles.[1841]

El fundamento subyacente por el cual la omisión de cuestionar el laudo en la sede puede hacer precluir el derecho de la parte a oponerse a la ejecución del laudo radica en el valor de la sede como jurisdicción *elegida por las partes*. Salvo los casos de invalidez de convenio,[1842] la sede del arbitraje responde a la decisión de las partes. En realidad, es sólido considerar que la elección de la sede puede ser un tema *sensible* en la construcción de la cláusula arbitral,[1843] y una de las razones centrales parece ser precisamente el control judicial de las cortes de la sede.[1844]

1837 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 265 (1981); *Yukos Oil Company v. Dardana Ltd.* [2002] EWCA Civ 543.

1838 *Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*, [1999] 2 HKCFAR 111.

1839 Renato Nazzini, *Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issue Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context*, 66(3) The American J. of Comparative L. 603, 621-29 (2018).

1840 *Id.* at 622.

1841 Es evidente que el principio de proscripción de abuso de proceso es un fundamento débil. Su rol, en tal sentido, sería complementario al rol del principio de la buena fe.

1842 Incluso, podría decirse que la excepción solo aplicaría para los casos en los que el convenio es patológico por cuestiones relativas a la capacidad, representación o consentimiento de someterse a arbitraje (sin incluir convenios arbitrales que tuvieren problemas en sus términos específicos).

1843 Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?* 32(2) Arbitration Int'l 223, 234 (2016); entre muchos otros.

1844 Queen Mary University of London, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* 11 (2015).

En suma, la omisión de impugnar judicialmente el laudo en la sede podría significar que el *award debtor* renuncia a cuestionar el laudo, por lo que en el proceso judicial de ejecución la corte debería rechazar cualquier oposición a la ejecución del laudo proveniente del *award debtor* —a excepción de cuestionamientos bajo causales *ex officio*—.

Para finalizar, es necesario resaltar que la postura consistente en exigir, *para todos los casos,* que se demande la anulación en la sede para oponerse en ejecución solo existe a nivel teórico. Las fuentes citadas, en realidad, matizan la fuerza y el alcance de los principios de buena fe y de proscripción de abuso de proceso o abuso de derecho. Precisamente, en el siguiente apartado apreciaremos tales matizaciones.

2.2.2.3. Posturas intermedias

Frente a las dos posturas glosadas, pueden ensayarse posiciones intermedias. Es decir, planteamientos en los que, bajo el principio de buena fe, para algunos casos sí se podría imponer al *award debtor* el deber de cuestionar el laudo en la sede. Bajo una posición intermedia, la doctrina de *choice of remedies* y el deber de impugnar el laudo bajo el principio de buena fe no son excluyentes, sino complementarios.[1845]

Una posición intermedia concedería cierto espacio para la aplicación del principio de buena fe. Sin embargo, la aplicación de este principio no podría ser muy rigurosa, sino que podrá darse solo luego de considerar todas las circunstancias por las que el *award debtor* no persiguió el remedio activo en la sede, entre otros factores.[1846]

Para presentar de forma adecuada el contenido de las posturas intermedias, es necesario considerar que los casos pueden desglosarse en función a dos criterios de clasificación:

- La forma de la omisión de cuestionar el laudo. Esta omisión puede ser de dos clases:

  - Omisión total: el *award debtor* no inicia proceso judicial alguno contra el laudo en la sede.

  - Omisión parcial: el *award debtor* demanda la anulación del laudo, pero omite alguna cuestión que luego sí invocará al oponerse a la ejecución del laudo.

  Sucede que es más difícil sacar algún tipo de conclusión cuando la omisión es total. El silencio, por regla general, no resulta indicativo de nada. Al respecto, para este contexto:

  > Failure to bring proceedings altogether may be motivated by innumerable factors, some of which may be entirely justified. Inaction is, by its nature, ambiguous. It could be difficult for a court to determine, ex post and on the basis of conflicting evidence, whether, on the face of mere inaction, the award debtor is abusing the process of the court by raising later an issue that could have been raised before.[1847]

- La clase de cuestionamiento contra el laudo. El cuestionamiento al laudo puede clasificarse según si se invoca un fundamento jurisdiccional o no. Por fundamento

---

1845 *Astro Nusantara International BV v. Pt Ayunda Prima Mitra*, [2016] HKEC 2633, § 69.

1846 *Id.*

1847 Renato Nazzini, *Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issue Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context*, 66(3) The American J. of Comparative L. 603, 623 (2018).

> jurisdiccional, nos referimos a casos en los que el *award debtor* sostiene que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción sobre las partes. En estricto, el cuestionamiento iría dirigido contra la validez del convenio.[1848-1849] Según expusimos antes, si el convenio es válido esto significa que las partes acordaron que la corte judicial de la sede del arbitraje sería la encargada de supervisar el arbitraje.

Sobre ello, podemos desarrollar la posición intermedia en función a la clase del cuestionamiento del laudo.

Por un lado, si el cuestionamiento contra el laudo tiene fundamento jurisdiccional, por regla general el no impugnar el laudo en la sede no generará consecuencias. Así, se sostiene que el *choice of remedies* debe existir cuando la parte afectada alega que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre la controversia. Si una parte considera que el tribunal arbitral no contaba jurisdicción, eso significa que, bajo su postura, dicha parte no tiene deber alguno de cuestionar el laudo ante una corte que no escogió o aceptó.[1850] Esta postura parece armonizar con lo expresado en *Dallah:*

> In its written case Dallah also argued that the first partial award gave rise, under English law, to an issue estoppel on the issue of jurisdiction, having regard to the Government's deliberate decision not to institute proceedings in France to challenge the tribunal's jurisdiction to make any of its awards. […]. But, in my judgment, the argument based on issue estoppel was always doomed to fail. A person who denies being party to any relevant arbitration agreement has no obligation to participate in the arbitration or to take any steps in the country of the seat of what he maintains to be an invalid arbitration leading to an invalid award against him. The party initiating the arbitration must try to enforce the award where it can. Only then and there is it incumbent on the defendant denying the existence of any valid award to resist enforcement.[1851]

Sin embargo, tal posición podría matizarse. Al respecto, se ha sostenido que incluso cuando el cuestionamiento al laudo tiene fundamento jurisdiccional, el derecho del *award debtor* a no demandar la anulación del laudo y esperar al proceso de ejecución para oponerse a este está sujeto a que el *award debtor* no haya actuado con mala fe o haya generado algún supuesto de *estoppel.*[1852]

En esa línea, podría sostenerse que precisamente el *award debtor* transgrede el principio de buena fe si incurre en omisión parcial de cuestionar el laudo. Es decir, el *award debtor* demanda la anulación ante las cortes de la sede, pero omite invocar la nulidad del convenio arbitral como fundamento de dicha demanda. El omitir invocar la nulidad del convenio arbitral podría considerarse como una infracción al deber de buena fe.[1853]

1848 Incluso, según ya señalamos antes, podría decirse que la excepción solo aplicaría para los casos en los que el convenio es patológico por cuestiones relativas a la capacidad, representación o consentimiento de someterse a arbitraje (sin incluir convenios arbitrales que tuvieren problemas en sus términos específicos).

1849 Los casos de exceso de autoridad quedarían fuera de los aquí denominados fundamentos jurisdiccionales.

1850 Alex Ye, *The Good Faith Principle in the Context of the Enforcement of New York Convention Awards: An Analysis of Hong Kong's Position in Light of the Apparently Conflicting Court Decisions*, 36(3) J. of Int'l Arbitration 361, 375 (2019).

1851 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan,* [2010] UKSC 46, § 23.

1852 Jack Beatson, *International arbitration, public policy considerations, and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts*, 33(2) Arbitration Int'l 175, 194 (2017).

1853 En realidad, el argumento es débil. Si el *award debtor* denunció el vicio en el procedimiento arbitral, el *award creditor* tiene conocimiento de que a juicio de su contraparte existe un vicio. Luego, que el *award debtor* no invoque tal vicio en sede de anulación no podría interpretarse como una actuación de mala fe *porque nada esconde el award debtor.* Bajo el esquema

Por otro lado, si el cuestionamiento al laudo no tiene fundamento jurisdiccional,[1854] es posible sostener que existe un deber de buena fe de demandar la anulación del laudo en la sede, y la omisión de tal deber podría hacer precluir el derecho de la parte a oponerse a la ejecución (por fundamentos no jurisdiccionales).[1855]

Precisamente, incluso para los cuestionamientos que no tengan fundamento jurisdiccional, la omisión de demandar la anulación del laudo derivará en preclusión alguna para oponerse a la ejecución del mismo. Así, si una parte no demanda la anulación del laudo pero luego se opone a la ejecución invocando nuevos hechos recién conocidos con posterioridad al vencimiento del plazo para demandar la anulación.[1856] Por ejemplo, nuevas pruebas que confirman la falta de independencia entre un árbitro y una de las partes.

2.2.3. Análisis crítico

En nuestra opinión, el esquema de *choice of remedies* debe aplicar virtualmente en todos los casos. La omisión de demandar la anulación del laudo no debería generar preclusión alguna sobre el derecho del *award debtor* a oponerse a la ejecución del laudo.

En primer lugar, es pertinente considerar las consecuencias que, aun bajo el esquema de *choice of remedies,* se generan cuando el *award debtor* decide no demandar la anulación del laudo.

Por regla general, el *award debtor* no se quedará de brazos cruzados en la sede. Bajo el estado actual de la asistencia y control judicial sobre el arbitraje, lograr la anulación del laudo no significa que automáticamente este no podrá ser ejecutado en otras jurisdicciones, pero puede contribuir sensiblemente a lograr resistir la ejecución del laudo en otras jurisdicciones.

La anulación del laudo en la sede constituye por sí misma una causal para oponerse a la ejecución; y además otorgará más fuerza al vicio que se invoque para resistir la ejecución, pues este a juicio de las cortes de la sede hizo nulo al laudo. Por esta razón, entre otras,[1857] es sólido considerar que usualmente el *award debtor* demandará la anulación del laudo en la sede. Así, en principio, omitir demandar la anulación del laudo no parece ser la mejor estrategia para el *award debtor*.

La decisión del *award debtor* de no demandar la anulación del laudo no parece el mejor *course of action* para la tutela de sus intereses. Por contraste, dicha decisión sí resulta beneficiosa para el *award creditor* y para el arbitraje en general. Y es que la omisión de demandar la anulación del laudo *simplifica* el control judicial sobre el mismo y previene la generación de situaciones indeseadas.

De entrada, el *award creditor* no deberá gastar recursos en defenderse en la sede ante el cuestionamiento del laudo. Pero el *award creditor* no solo ahorra recursos, ahorra *tiempo.* La omisión de demandar la anulación del laudo descarta que el *award debtor* pueda requerir la suspensión del

---

de *choice of remedies,* el *award debtor* habría decidido reservar tal línea de defensa en caso el *award creditor* solicite la ejecución del laudo. Suena anómalo e incluso ineficiente, pero no parece resultar malicioso.

1854 Recordemos que las cuestiones de orden público quedan fuera del análisis. Según vimos antes, esto se debe a que cada país maneja su propia concepción de orden público.

1855 Renato Nazzini, *Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issue Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context*, 66(3) The American J. of Comparative L. 603, 629 (2018); Alex Ye, *The Good Faith Principle in the Context of the Enforcement of New York Convention Awards: An Analysis of Hong Kong's Position in Light of the Apparently Conflicting Court Decisions*, 36(3) J. of Int'l Arbitration 361, 383 (2019).

1856 Renato Nazzini, *Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issue Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context*, 66(3) The American J. of Comparative L. 603, 635 (2018).

1857 El demandar la anulación del laudo puede resultar importante si el *award debtor* tiene activos en la sede. La anulación del laudo en la sede derivará naturalmente en que este no sea ejecutado en dicho país.

proceso judicial de ejecución. La contingencia de que el proceso judicial de ejecución esté suspendido por un plazo largo de tiempo —en *IPCO,* la suspensión duró más de diez años—[1858] simplemente no existe.[1859]

Además, la ausencia de un proceso judicial de anulación significa que las cortes de la sede no se pronunciarán sobre la validez del laudo. Luego, no hay posibilidad de que existan decisiones contradictorias paralelas entre cortes supervisoras y cortes de ejecución porque simplemente no habrá decisión alguna sobre la validez del laudo en la sede

En suma, la inexistencia de un proceso judicial de anulación no parece perjudicar al *award creditor*.[1860] Es el *award debtor* el que asume las consecuencias de esa decisión, de su propia decisión.

Sobre la base de dicho contexto, podemos plantear la siguiente pregunta: ¿cuál es la conducta de mala fe del *award debtor*?

Antes que nada, parece sólido sostener que la Convención de Nueva York sí contiene al principio de buena fe. Sin embargo, lo que a nuestro juicio no parece tan sólido es considerar que el *award debtor* transgrede la buena fe al omitir impugnar el laudo en la sede.

Aquí es necesario tomar en consideración la actuación completa del *award debtor*, no solo su conducta después de la conclusión del arbitraje. En específico, un factor importante a considerar es si el *award debtor* hizo objeción oportuna contra el vicio *dentro del procedimiento*.[1861]

Bajo el esquema de la LMU, la renuncia a objetar tiene como objeto prevenir que el *award debtor* se quede callado ante un vicio durante el arbitraje y recién lo invoque al demandar la anulación[1862] o al resistirse a la ejecución[1863] del laudo. Y precisamente, si el *award debtor* objeta el vicio dentro del procedimiento, habrá la posibilidad de que el vicio sea subsanado dentro del arbitraje. Asimismo, la contraparte tendrá conocimiento de la situación y el eventual cuestionamiento contra el laudo mediante procesos judiciales subsecuentes no deberá ser una sorpresa para el *award creditor*.

Si el *award debtor* hizo objeción oportuna contra el vicio en el arbitraje pero luego omite demandar la anulación del laudo y prefiere esperar a que el *award creditor* requiera la ejecución, ¿a quién defrauda el *award debtor*? No parece que en un escenario como ese el *award debtor* incurra en una actuación de mala fe.

Precisamente, el no objetar el vicio dentro del procedimiento permite hacer precluir la oposición a la ejecución fundada en dicho vicio. El no demandar la anulación del laudo solo tendría un valor

---

1858 Ver 2.1.1.2.B))

1859 El pedir la suspensión de un proceso de ejecución

1860 En sentido estricto, el *award creditor* podría ser perjudicado si el laudo contiene severos defectos que hacen razonable considerar que ninguna corte aceptará ejecutarlo. Esto derivaría en que el laudo califique como un *undead award*: no está «muerto» porque no ha sido anulado, pero tampoco está «vivo» porque no puede ser ejecutado (William Leung King Wai, *Exercise of Residual Discretion under Article V of the New York Convention by Enforcement Court When Award Is Alive, Dead, and Undead in Seat*, 7 China Legal Sci. 123, 131-32 (2019)). Un *undead award* es el mejor escenario posible para un *award debtor* que en el arbitraje no tenía ningún reclamo y se limitó a defenderse frente a las pretensiones del *award creditor*. Si el laudo contiene severos defectos, no será ejecutado en ningún lado, pero como no ha sido ni será anulado en la sede, sus efectos de *res judicata* impedirán que el *award creditor* pueda intentar iniciar un nuevo arbitraje para lograr satisfacer sus intereses.
Un breve análisis de este tema se hace en 2.1.1.3.(B)(I) del capítulo II, al evaluar hipotéticos ordenamientos nacionales que carezcan de la vía judicial de anulación de laudo.

1861 Ver 4.3.3. del capítulo II.

1862 *Id.*

1863 UNCITRAL, *Dig. of Case Law* 18 (2012).

accesorio, complementario, que corroboraría la actuación de mala fe del *award debtor*. Así, en un caso de ejecución de laudo extranjero, una corte española señaló:

> Resta, por último, examinar la vulneración del derecho a un Juez imparcial […]. Difícil resulta poder examinar la infracción de este derecho fundamental en el proceso de reconocimiento del laudo cuando la oponente no lo denunció en el proceso arbitral ni tampoco utilizó los medios de anulación que podía tener, al amparo de la legislación francesa.
>
> […]
>
> […] el laudo dictado prima facie debe declararse que queda amparado por una presunción de imparcialidad del árbitro, y por otro, su falta de denuncia en el proceso arbitral o en los medios rescisorios que pueda disponer al respecto, […], impediría un nuevo reexamen de dicha cuestión.[1864]

Por lo tanto, la omisión de demandar la anulación del laudo no debería generar consecuencia alguna para los procesos judiciales de ejecución de laudo en el extranjero y en específico para la decisión de las cortes de denegar el pedido de ejecución.

Para finalizar, la situación nos parece distinta cuando el *award debtor* incurre en omisión parcial. Es decir, cuando sí demanda la anulación del laudo pero omite invocar un punto o tema que sí levantará ante las cortes de ejecución. En estos casos, es razonable considerar que el *award debtor* incurre en una actuación que puede afectar las expectativas válidas que pudieran haber surgido en el *award creditor*. Si el *award debtor* omite invocar un punto X al demandar la anulación del laudo, el *award creditor* puede proyectar razonablemente, que tal punto tampoco será discutido en subsecuentes procesos judiciales de ejecución.

Más aún, puede considerarse que *Hebei*[1865] corrobora la validez de esta postura. En ese caso, Litton PJ señaló:

> If what is suggested by estoppel is no more than this, that a party invoking s.44(3) must act in good faith; that he must not string the claimant along by taking procedural points in contesting the award, and then, when all else has failed, attempts to resist enforcement by taking a public policy point for the first time.

Así, lo que *Hebei* parece reconocer es la aplicabilidad del principio de buena fe en casos de omisión parcial de demandar la anulación del laudo.[1866] Es decir, cuando el *award debtor* para resistir la ejecución invoca un fundamento que no fue mencionado en un proceso judicial de anulación que aquel inició.[1867]

En resumen, a nuestro juicio, el deber de demandar la anulación de laudo bajo consecuencia de hacer precluir la oposición a la ejecución solo podría aplicar en casos de omisión parcial de

---

1864 STSJ Barcelona 127/2011, de 17 de noviembre de 2011, fundamento quinto.

1865 *Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*, [1999] 2 HKCFAR 111.

1866 Precisamente, Mason NPJ habla de omitir levantar «a point before the court of supervisory jurisdiction» ([1999] 2 HKCFAR 111). Mason NPJ se refiere a la omisión de invocar un punto o cuestión, lo que puede suceder cuando sí se demanda la anulación del laudo pero los fundamentos no incluyen cierto punto que será luego levantado al momento de resistir la ejecución.

1867 Además, en *Hebei* el *award debtor* había omitido objetar oportunamente el vicio dentro del procedimiento arbitral ([1999] 2 HKCFAR 111).

demandar la anulación. El hecho individual de no iniciar un proceso judicial de anulación en la sede no debería generar ninguna consecuencia que las cortes ejecutoras deban considerar.

3. ATRIBUCIÓN ESPECIAL DE LA JUDICATURA: *REMISSION*

Si el tribunal arbitral expidió su laudo y este es impugnado ante las cortes judiciales, parecería lógico considerar que el tema escapa ya de la órbita de los árbitros. «The arbitrators may not revisit any of the issues now resolved in the award. Period. End of story».[1868] Así, cualquier decisión sobre el destino del laudo estaría ahora en manos de los jueces.

Sin embargo, algunos ordenamientos conciben que, *ya en el proceso judicial de anulación,* el caso pueda ser devuelto al tribunal arbitral, con el objeto de que sea este quien subsane la situación que es fundamento de la demanda de anulación. Hablamos aquí de la figura de remisión (*remission*).[1869] Se trata, por cierto, de un remedio común en ordenamientos del *common law*,[1870] como Inglaterra;[1871] y que también ha sido adoptado por la LMU,[1872] lo que a su vez ha derivado en su difusión a nivel general[1873] (incluyendo Latinoamérica).[1874]

3.1. Fundamentos

La *remission* es un mecanismo útil para reparar defectos de un laudo sin tener que anularlo.[1875] En ese sentido, la remisión denota que la anulación del laudo es un mecanismo de *ultima ratio,* que solo debe proceder en casos «insalvables».[1876] Es decir, la *remission* refleja un principio de minimizar la interferencia judicial en el arbitraje.[1877-1878]

Además, se sostiene que la remisión es conveniente bajo una perspectiva de eficiencia.[1879] La *remission* permitiría un ahorro de tiempo y costos, pues se evitaría un escenario de reinicio total de actuaciones.

1868 Stefan Riegler, *Chapter III: The Award and the Courts: Remission of the Case from the State Court to the Arbitral Tribunal,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* at 231, 231 (2012).

1869 La remisión, por cierto, no debe confundirse con el reenvío. La segunda se refiere a supuestos en los que después de anulado el laudo el caso es entregado al tribunal arbitral inicial para que reinicie actuaciones.

1870 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 25-62, 682 (2003).

1871 Art. 68(3) de la *Arbitration Act,* que regula el *challenge* por *serious irregularity*. Por contraste, el *challenge* por *substantive jurisdiction* (art. 67) no contempla remisión.

1872 Art. 34(4) de la LMU.

1873 Sin embargo, países como Alemania*, España, Francia y Estados Unidos** no cuentan con esta provisión (lo cual es llamativo al menos para los dos primeros, pues sus leyes se inspiran en el esquema de la LMU).
* En Alemania se regula una figura de reenvío, que es diferente a la *remission*. Sucede que el § 1059(4) del ZPO permite devolver el caso al tribunal arbitral, pero solo *después de anulado el laudo*. «In deviation from the Model Law remittal is only possible after the award has been set aside» (Stefan Michael Kröll, *National Report for Germany (2007 through 2018)* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 59 (Supplement 98, 2018)).
** En Estados Unidos, el art. 10(b) de la FAA permite reenviar el caso al tribunal arbitral, pero solo después de que el laudo haya sido vacado (*vacated*).

1874 Chile (art 34(4) de la LACI), México (art. 1459 del C.Com.) y Perú (art. 64.4 de la LAP) cuentan con dicha figura.

1875 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 920 (1989).

1876 La naturaleza de última ratio de la anulación de laudo se corrobora en figuras como la renuncia a objetar, que busca, según expusimos anteriormente, que los árbitros solucionen cualquier vicio acaecido a efectos, lo que reduce la necesidad de intervención de las cortes judiciales.

1877 David Wolfson & Susanna Charlwood, *Chapter 25: Challenges to Arbitration Awards,* in J. David *et al., Arbitration in England* 527, § 25-116, 557 (2013).

1878 Como referencia, en Inglaterra esto se confirma en el hecho de que el art. 68(3) de la *Arbitration Act* estipula que los jueces no deberán anular el laudo salvo que esté corroborado que devolver el caso a los árbitros sería inapropiado.

1879 Stefan Riegler, *Chapter III: The Award and the Courts: Remission of the Case from the State Court to the Arbitral Tribunal,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* at 231, 241 (2012).

3.2. Estructura

La estructura de la *remission* puede variar en función al marco normativo. A continuación, un análisis de la figura bajo la *Arbitration Act* de Inglaterra —pues la figura es propia de la tradición del *common law*— y bajo la LMU.

3.2.1. Remisión y functus officio

La *remission* involucra la devolución del caso a los árbitros. Al respecto, un primer aspecto a evaluar es la interrelación entre la remisión y la noción de *functus officio.*

Bajo el concepto de *functus officio,* una vez que se emite el laudo, el tribunal arbitral cesa en funciones.[1880] Es decir, el tribunal deja de tener autoridad, poderes o deberes frente a las partes. [1881] Sin embargo, la noción de *fuctus officio* no es absoluta,[1882] es usual que aun después de la emisión del laudo el tribunal arbitral retenga ciertos poderes o deberes frente a las partes.[1883] De ahí que por ejemplo, bajo la LMU, las partes puedan hacer pedidos de corrección o interpretación del laudo.[1884]

Así, bajo el derecho inglés, se considera que la decisión judicial de remitir el caso de vuelta a los árbitros hace *revivir* la jurisdicción de estos sobre la controversia.[1885] Los jueces, entonces, tienen el poder de hacer renacer la jurisdicción que tenían los árbitros sobre la controversia material.

Bajo la LMU, el análisis es un poco más complejo. A nuestro criterio, existen dos posiciones —aunque el resultado final de ambas es el mismo—: el tribunal arbitral no cesó funciones —al menos no totalmente— y por lo tanto puede recibir de vuelta el caso; o el tribunal arbitral es reconstituido por la decisión judicial que dispone la remisión.

Por un lado, puede sostenerse que el tribunal arbitral no deja de existir con la emisión del laudo. Al respecto, el artículo 32(3) establece que el tribunal cesa sus funciones *con excepción* de los casos de *remission*. Esto se refuerza con el *Analytical Commentary* al borrador de la LMU:

> The Court, where appropriate and so requested by a party, would invite the arbitral tribunal, whose continuing mandate is thereby confirmed, to take appropriate measures for eliminating a certain remediable defect which constitutes a ground for setting aside […].[1886]

En suma, el tribunal arbitral no «renace», pues nunca dejó de existir.

Por otro lado, puede seguirse la línea argumentativa de la jurisprudencia inglesa y considerar que la decisión judicial por la cual se remite el expediente hace revivir la jurisdicción del tribunal arbitral.[1887] El artículo 34(4) reconoce de manera expresa un poder especial de las cortes judiciales, consisten en devolver jurisdicción al tribunal arbitral pese a que este ya se había disuelto.[1888]

1880 Art. 32 de la LMU.

1881 *Emirates Trading Agency LLC v. Sociedade de Fomento Industrial Private Ltd*, [2015] EWHC 1452 (Comm), § 26.

1882 Thomas H. Webster, *Functus Officio and Remand in International Arbitration,* 27(3) ASA Bull. 441, 442 (2009).

1883 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3123-24 (2d ed. 2014).

1884 Art. 33.

1885 *Fidelitas Shipping Co. v. V/O Exportchleb*, [1965] 1 Lloyd's Rep. 223, 231.

1886 UNCITRAL, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration (A/CN/.9/264)* 74 (1985).

1887 *Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v. Fairmount Development Pte Ltd*, [2007] SGCA 28, § 27; *L.W. Infrastructure Pte Ltd. v. Lim Chin San Contractors Pte Ltd.*, [2014] 1 SLR 1221, § 34.

1888 *AKN and another v. ALC and others*, [2015] SGCA 63, § 22.

Si bien ambas posturas llevan al mismo resultado, resulta idóneo considerar que el tribunal es revivido por la decisión judicial de aplicar la remisión. Y es que sostener que el tribunal no cesa en funciones ante la posibilidad de que la judicatura ordene la remisión pondría al tribunal arbitral en una situación precaria por un plazo indeterminable. Es más simple y eficiente considerar que la judicatura hace revivir la jurisdicción del tribunal arbitral.

3.2.2. Objeto de la remisión

Mediante la remisión, el tribunal arbitral reasume competencia para resolver la controversia. Sin embargo, al tribunal arbitral se le da poder solo para realizar actuaciones que sean necesarias o pertinentes para la *subsanación del vicio*. En Inglaterra, se considera que «the effect of the remission is to revive their jurisdiction. But their jurisdiction is, in our judgment, not necessarily revived in its entirety. The extent to which it is revived will depend upon the order of the court».[1889]

El razonamiento también es aplicable para la LMU. El artículo 34(4) señala que el tribunal arbitral puede reanudar las actuaciones o tomar cualquier acción que suprima «los motivos para la petición de nulidad». Es decir, la remisión habilitaría al tribunal arbitral a tomar acciones dirigidas a eliminar los vicios que son sustento de la demanda de anulación de laudo.

Por lo tanto, el margen de libertad del tribunal arbitral no es completo. Los árbitros no tienen una *carte blanche* para retomar todas y cualesquiera de las cuestiones discutidas.[1890] Precisamente, la decision judicial de remitir el caso de vuelta a los árbitros establece restricciones al ámbito de actuación de estos, restricciones que pueden estar expresa o implícitamente señaladas. Así:

> Likewise, where an award is remitted for the arbitrator to reconsider a particular aspect of a matter referred, then the court may, expressly or impliedly, restrict the revival of the arbitrator's jurisdiction to the reconsideration of that particular aspect. So, for example, where an award is remitted for an arbitrator to correct an admitted mistake in his award, his jurisdiction will generally only be revived so far as is necessary for him to make that correction, but no more.[1891]

En cualquier caso, dentro del ámbito de competencia otorgado, los árbitros tienen plena libertad para actuar a su manera. Mediante la remisión la judicatura le da autoridad al tribunal arbitral para resolver un supuesto vicio, pero no le ordena *cómo* hacerlo. El tribunal arbitral podría optar por no adoptar ninguna actuación adicional o distinta.

Ahora bien, un aspecto central de la remisión es que esta puede derivar en un nuevo laudo. La subsanación del defecto significa, necesariamente, la emisión de un nuevo laudo. Es evidente que si la remisión consistiese en subsanar actuaciones o elementos procedimentales del arbitraje pero sin tocar el laudo, la figura carecería de total sentido o utilidad.

Naturalmente, que el tribunal arbitral emita un nuevo laudo no significa que necesariamente deba cambiar el sentido de sus decisiones contenidas en el laudo objeto de anulación. La competencia del tribunal arbitral para resolver el fondo de la controversia es, como siempre, exclusiva.

1889 *Aiden Shipping Company Ltd v. Interbulk Ltd (Vimeira),* [1984] 2 Lloyd's Rep. 66.
1890 *L.W. Infrastructure Pte Ltd. v. Lim Chin San Contractors Pte Ltd.*, [2014] 1 SLR 1221, § 42.
1891 *Id.*

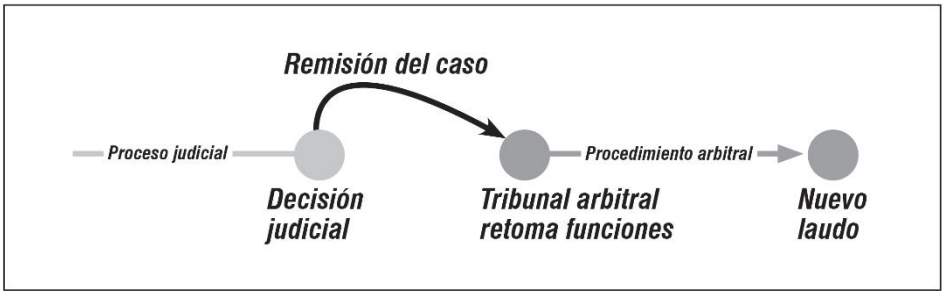
3.2.3. Procedimiento

El procedimiento de remisión varía según la norma aplicable. Haremos un análisis por separado de la *remission* bajo la *Arbitration Act* y bajo la LMU.

3.2.3.1. Remisión bajo la *Arbitration Act 1996*

(A) Fases procedimentales

Bajo la *Arbitration Act,* la *remission* puede desglosarse en dos fases. Una primera fase, que llega hasta la decisión judicial mediante la cual se dispone la remisión y concluye el proceso judicial; y una segunda fase, relativa a la actuación del tribunal arbitral una vez que recibe de vuelta el caso.



En específico, la decisión judicial de remisión contiene un mandato para el tribunal arbitral establecido por ley: emitir un nuevo laudo (por regla general en un plazo de tres meses).[1892] Luego, el árbitro tiene la obligación de expedir un nuevo laudo.

La norma no lo dice, pero se entiende que el árbitro tiene el deber de corregir el defecto encontrado por la corte.[1893] Sin embargo, nada impide que el tribunal arbitral decida, en ejercicio de su competencia, no tomar acción alguna para abordar el defecto. En cualquier caso, el nuevo laudo también podrá ser objeto de *challenge*.

(B) Actuación de oficio y discrecionalidad

En Inglaterra, ejercer la *remission* es un *deber* para los jueces. La *Arbitration Act* estipula que la judicatura no podrá anular el laudo salvo que confirme que no es posible devolver el expediente al tribunal arbitral. Naturalmente, los jueces determinarán en cada caso si el vicio es subsanable. Sin embargo, su margen de discreción podría considerarse reducido: están compelidos a emplear la *remission* siempre que sea posible. Luego, solo casos de severa gravedad, como los de falta de imparcialidad del tribunal arbitral justificarían que el laudo no sea remitido.[1894]

Existe una perceptible diferencia entre el esquema de la LMU y el de Inglaterra. Bajo la *Arbitration Act*, si el vicio puede ser subsanado por los árbitros, los jueces procederán a la remisión

---

1892 Art. 71(3) de la *Arbitration Act*.

1893 Ray Turner, *Arbitration Awards. A practical approach* 27 (2005); Stuart Isaacs, *Chapter 22: Life after Death: The Arbitral Tribunal's Role Following Its Final Award,* in N. Kaplan & M. J. Moser (eds.), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* 357, 360 (2018).

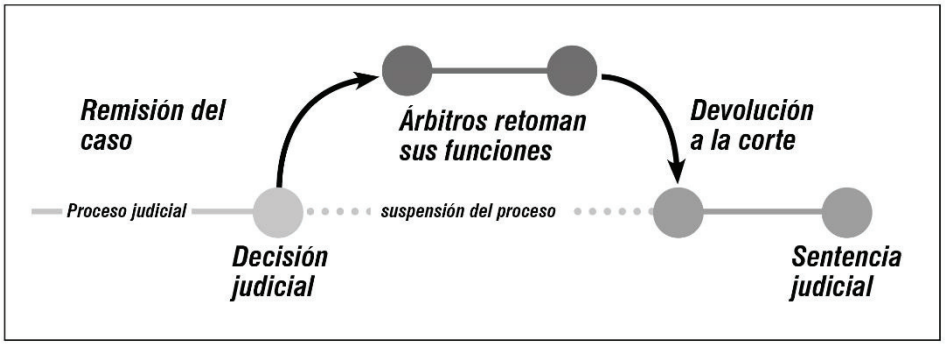
1894 David Wolfson & Susanna Charlwood, *Chapter 25: Challenges to Arbitration Awards,* in J. David *et al., Arbitration in England* 527, § 25-116, 557 (2013).

del caso. Por contraste, como veremos, en el esquema de la LMU, la *remission* es una herramienta «opcional», pues requiere que alguna de las partes pida su empleo.

3.2.3.2. Remisión bajo la LMU

(A) Fases procedimentales

Bajo la LMU, la remisión se produce durante un proceso judicial de anulación en curso. La decisión judicial de remitir el caso a los árbitros no pone fin al proceso judicial, sino que este se queda en estado suspendido por un tiempo. Después, el caso vuelve a la corte judicial y esta emite sentencia sobre la demanda de anulación de laudo.



En específico, la corte judicial se limita a devolver el expediente. Naturalmente, de manera explícita o implícita, la corte judicial identificará los vicios que motivan su decisión de remitir el expediente. Sin embargo, la judicatura no ordena al tribunal arbitral que tome acción alguna, y mucho menos le ordena cómo solucionar el vicio. Esto parece responder al hecho de preservar la autonomía del tribunal arbitral frente a la judicatura; pues si la judicatura pudiese dar instrucciones vinculantes a los árbitros, los segundos pasarían a ser una suerte de órgano supeditado a los primeros.[1895-1896]

En suma, el tribunal arbitral podría incluso persistir con el laudo, sin adoptar ningún tipo de medida para subsanar los vicios.[1897] En cualquier caso, es sólido considerar que si el tribunal arbitral no aborda los vicios identificados, ello podrá derivar subsecuentemente en la anulación del laudo.[1898]

Para finalizar, la LMU nada dice sobre el plazo que tendrá el tribunal arbitral para tomar las acciones que considere pertinentes. El plazo, sin embargo, parece ser un elemento esencial, pues el artículo 34(4) señala que la remisión se da por un plazo a ser determinado por la judicatura. En

1895 Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* 921 (1989).

1896 En cualquier caso, nada parecería impedir que la judicatura pueda dar instrucciones no vinculantes sobre cómo abordar el vicio.

1897 En esencia, esto podría suceder por dos razones: el tribunal arbitral considera que no existen vicios, o el tribunal arbitral considera que los vicios, en realidad, son insubsanables, por lo que nada puede hacerse.

1898 *Tribunal da Relação do Porto,* caso 9/15.0YRPRT, sentencia del 23 de junio de 2015, http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2af0dbe5a161c3f880257e7c003995e9?OpenDocument

Mexico v. Metalclad, se dispuso inicialmente la remisión del caso pero sin indicar plazo, lo que luego fue rectificado pues el no establecimiento de un plazo va contra lo establecido por la norma.[1899]

En cualquier caso, es sólido sostener que la judicatura calculará un plazo razonable, tomando en consideración el tiempo que requerirá la subsanación de los vicios. Además, en principio, nada impediría a la judicatura prorrogar el plazo si los árbitros asumen la tarea de subsanar los vicios y el plazo resulta ser muy corto para lograr ello.

(B) Pedido de parte y discrecionalidad

En la *remission* bajo la LMU, esta procede *a pedido* de parte. Bajo el artículo 34(4), es necesario que una de las partes pida a la judicatura que remita el caso de vuelta a los árbitros. Naturalmente, el pedido por sí mismo no significa que automáticamente la remisión será concedida. Una vez realizado el pedido, la judicatura evaluará si el vicio que fundamenta la demanda de anulación puede ser subsanado por el tribunal arbitral.

Además, la corte judicial cuenta con *discrecionalidad* para definir si dispone el retorno del expediente a los árbitros. La LMU señala que dicha devolución se dará «*where appropiate*».[1900] Dicho término reconoce un margen de discrecionalidad para la judicatura, pues ella determinará si es o no «apropiado» devolver el caso.[1901]

3.2.4. Actuación de los árbitros

En cualquier caso, la *remission* significa que el caso vuelve al tribunal arbitral. La LMU y la *Arbitration Act* no dicen nada en específico sobre qué se hace en el arbitraje una vez recibido de vuelta el expediente. En realidad, es acertado que no digan nada al respecto, pues como expusimos antes, lo contrario implicaría una intervención judicial dentro de la autonomía de los árbitros y del arbitraje.

Las actuaciones arbitrales se regulan por el acuerdo de las partes. Estas pueden diseñar el procedimiento y/o encargar a los árbitros definir las reglas a seguir. En tal sentido, las partes pueden fijar un procedimiento específico en caso de *remission*. Incluso los reglamentos de arbitraje podrían establecer reglas para tal evento.[1902]

Ahora bien, un aspecto de especial importancia es el de la continuidad de los árbitros. Si se da la *remission*, ¿deberían los árbitros permanecer o ser reemplazados por nuevas personas?

Aquí, es necesario tener en cuenta algunos aspectos «subjetivos» de importancia. Primero, la *remission* puede hacer que una o ambas partes pierda o pierdan la confianza en el tribunal arbitral. Segundo, el tribunal arbitral podría tener problemas para funcionar correctamente si es que ya había desacuerdos en la emisión del laudo objeto de demanda de anulación (p. ej. decisiones tomadas en mayoría y posiciones disidentes).[1903] Tercero, es innegable que la parte ganadora del proceso de anulación podrá tener un interés en que el caso sea visto por un nuevo tribunal arbitral.[1904]

1899 *The United Mexican States v. Metalclad Corporation,* [2001] BCSC 1529.

1900 Art. 34(4). En la versión en español se emplea la frase «cuando corresponda».

1901 Stefan Riegler, *Chapter III: The Award and the Courts: Remission of the Case from the State Court to the Arbitral Tribunal,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* at 231, 232 (2012).

1902 Ver Reglas ICC (art. 36), Reglas de arbitraje y mediación del VIAC (art. 40).

1903 Thomas H. Webster, *Functus Officio and Remand in International Arbitration,* 27(3) ASA Bull. 441, 452 (2009).

1904 Thomas R. Klötzel & Karl Pörnbacher, *Article 40 [Remission to the Arbitral Tribunal]*, in *Handbook Vienna Rules: A Practitioner's Guide* 233, 236 (2014).

Sea como fuere, por regla general,[1905] la composición del tribunal arbitral que emitió el laudo original se mantendrá. Sin embargo, esto no impide que las partes puedan cuestionar la permanencia de los árbitros una vez que estos reanudan las actuaciones.[1906] En particular, si el marco reglamentario o legal permite cuestionar la permanencia de los árbitros por incumplimiento de sus funciones, entonces las partes podrían alegar que el hecho de que el laudo haya sido objeto de remisión por la corte judicial denota que los árbitros no hicieron bien su labor, y por ello deben ser reemplazados.

3.3. Ámbito de aplicación

3.3.1. Marco general

Cada ordenamiento puede establecer el ámbito específico de aplicación de la figura de remisión. Para la LMU, en principio, no existe restricción en cuanto a la clase de los vicios que habilitan a la corte judicial a aplicar la remisión. La *remission* no solo podría aplicar para vicios procedimentales, sino para cualquier clase de defecto.[1907]

No obstante, la *remission* sí tiene un alcance restringido, pero no en función a la clase del vicio, sino a su carácter de reparable o irreparable. Por lógica, la *remission* solo procede cuando el vicio invocado para demandar la anulación del laudo es *subsanable*. No tendría sentido devolver el caso a los árbitros para que estos subsanen cuando, a juicio de la judicatura, el vicio no puede ser subsanado por los árbitros.

A continuación, un análisis de la aplicabilidad de la remisión según las distintas causales.

Si el vicio está enlazado a la validez del convenio arbitral (artículo 34(2)(a)(I) de la LMU), es virtualmente imposible que el mismo sea subsanable.[1908] Y es que si el convenio es inválido, entonces no puede producir efectos y por lo tanto el tribunal arbitral carece de competencia. No hay forma de que los árbitros puedan subsanar ello.

Si el vicio está enlazado al debido proceso (artículo 34(2)(a)(II) de la LMU) o al incumplimiento de reglas procedimentales de regulación convencional (artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU), el mismo *podría* ser subsanado.[1909] Por regla general, parecería que los vicios que inciden en aspectos procedimentales pueden «curarse» si es que el procedimiento se vuelve a realizar en la parte afectada por el vicio.

Si el laudo incurre en un exceso de autoridad (artículo 34(2)(a)(III) de la LMU), la respuesta es variable. En esencia, concebimos dos escenarios:

- Si la decisión *extra/ultra petita* es individualizable y no afecta a las demás, carecería de sentido aplicar la remisión. En estricto, sería viable hacerlo: se devuelve el expediente a los árbitros para que estos readapten el laudo excluyendo el extremo en exceso. Sin embargo, hacer ello restaría toda eficiencia a la remisión, pues si el vicio es un fallo en

---

1905 Una excepción, entre otras, está en que el tribunal arbitral haya incurrido en algún supuesto de falta o duda de independencia o imparcialidad. En tales casos, parece evidente que deberá darse un recambio (en cuanto a los árbitros que incurrieron en tal supuesto).

1906 Asimismo, los árbitros podrían renunciar al encargo.

1907 *The United Mexican States v. Metalclad Corporation,* [2001] BCSC 1529, § 15.

1908 Stefan Riegler, *Chapter III: The Award and the Courts: Remission of the Case from the State Court to the Arbitral Tribunal,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* at 231, 238 (2012).

1909 *Id.* at 238-39.

exceso de autoridad, bien sería más rápido y simple que la judicatura elimine el extremo que constituye exceso.

- Si la decisión *extra/ultra petita* no es separable de las restantes decisiones, *podría* ser conveniente disponer la remisión. No podemos descartar que en algunos casos el tribunal arbitral pueda encontrar la forma de «salvar» aquellos extremos del laudo que sí fueron sometidos a arbitraje.

Si la materia discutida no es arbitrable (artículo 34(2)(b)(I) de la LMU), ello no tiene reparación posible.[1910] Más aun, precisamente porque la materia es inarbitrable, el tema no puede ser devuelto a los árbitros.

Finalmente, si el laudo atenta contra el orden público (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU), la respuesta es variable. La remisión podrá proceder en algunos casos (p. ej. ciertos casos de afectación al orden público *procesal*), pero en otros no (p. ej. laudo que valida efectos de una operación de narcotráfico o corrupción).

En resumen, la aplicabilidad de la remisión dependerá del problema en concreto. Sin embargo, parece razonable considerar que su aplicación será *escasa*, pues pocos casos calificarán como susceptibles de ser subsanados por el tribunal arbitral.[1911]

3.3.2. Algunos casos de interés

Si bien el ámbito de la *remission* es restringido, ello no quita que los posibles supuestos sean variados y que por consiguiente sea difícil proyectar, cubrir y tratar todos los casos posibles. Pese a ello, haremos un breve tratamiento de algunos casos de interés.

(i) Motivación del laudo

El universo de vicios de motivación en el laudo es en extremo amplio y los supuestos pueden diferir mucho entre sí. Sin embargo, el uso del mecanismo de la remisión para solucionar vicios de motivación no es un imposible, ya se ha hecho en algunas jurisdicciones.[1912]

El vicio en la motivación del laudo constituye un problema, precisamente, del laudo. Esto significa que la eventual devolución del caso al tribunal arbitral derivaría en solo la realización de las últimas actuaciones del procedimiento arbitral. Y es que, en principio, si el vicio radica en el laudo (y no en el procedimiento arbitral), entonces la subsanación no pasa por la repetición de actuaciones arbitrales.

Ahora bien, esto no quita que al menos alguna de las partes tenga un legítimo interés en que se haga un recambio de miembros del tribunal arbitral. Más aun, la emisión de un laudo con vicios de motivación puede calificar como un desempeño deficiente por parte de los árbitros;[1913] por lo tanto, las partes deberían contar con reglas específicas para abordar esta situación.

1910 *Id.* at 238.

1911 *Id.* at 239.

1912 *Tribunal da Relação do Porto,* caso 9/15.0YRPRT, sentencia del 23 de junio de 2015, http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2af0dbe5a161c3f880257e7c003995e9?OpenDocument

1913 En algunos casos incluso la motivación podría develar cuestiones de parcialidad o falta de independencia del tribunal arbitral. Naturalmente, en estos escenarios las partes deberían tener disponible la vía de recusación contra los árbitros.

(ii) Infracciones al deber de independencia e imparcialidad

Los casos de afectación al deber de independencia e imparcialidad constituyen, a nuestro criterio, supuestos claros en los que la remisión no es aplicable. Al respecto, parece necesario hacer algunas precisiones.

En algunos casos, la infracción al deber de independencia e imparcialidad responderá a hechos acaecidos en alguna etapa intermedia o final del arbitraje. Por ejemplo, un hecho no declarado y acaecido después de las últimas audiencias del caso que devela extrema cercanía entre una parte y un árbitro. Sin embargo, que el hecho que sustenta la infracción se haya producido en alguna etapa última o final del arbitraje no significa que las actuaciones previas estén a salvo.

En realidad, la naturaleza de la independencia y de la imparcialidad impide que uno pueda establecer hasta qué etapa fueron estas respetadas y cuándo dejaron de serlo. Si se acredita un hecho que denota falta de independencia o imparcialidad, es válido inferir que dicha falta estaba presente antes del hecho que la evidenció.

Luego, la infracción al deber de independencia e imparcialidad contamina el procedimiento arbitral en una extensión no determinable. Sin embargo, no es necesario hacer dicha determinación: el procedimiento está contaminado; y por ello es necesario reiniciar el mismo *en todos los casos*, aun incluso si solo un miembro de un tribunal colegiado fue el que infringió los mencionados deberes.

Por lo tanto, la remisión no resulta aplicable. La infracción al deber de independencia e imparcialidad hace imposible «salvar» algún tramo o porción del procedimiento. Este deberá ser reiniciado de cero, y los árbitros que incurrieron en la infracción deberán ser reemplazados.[1914]

4. DECISIÓN SOBRE ANULACIÓN

La sentencia sobre el proceso judicial de anulación de laudo tiene, naturalmente, un impacto para el laudo. Así, existen consecuencias generales, consecuencias sobre la ejecutabilidad del laudo, sobre el arbitraje que derivó en aquel y sobre los árbitros.

4.1. Consecuencias generales

Una vez firme, la sentencia judicial de anulación de laudo pone fin al proceso judicial de anulación y despeja cualquier duda sobre el *status* del laudo. Existen, naturalmente, dos opciones posibles: la sentencia dispone la anulación —total o parcial— del laudo, o desestima la demanda de anulación y deja incólume al laudo.

[1914] Sobre la extensión del vicio de imparcialidad en uno o más árbitros, ver 2.2.1.2.(D)(I) del capítulo IV.

4.1.1. Decisión que anula el laudo

4.1.1.1. Marco general

(A) Definición de anulación

El proceso judicial de anulación de laudo tiene por objeto, *anular* el laudo. En el idioma español, el término «anulación» es el más empleado para referirse al cuestionamiento contra el laudo.[1915-1916] La anulación se refiere, como veremos a detalle, a que la judicatura declare la invalidez del laudo.

Ahora bien, el significado y las consecuencias específicas de la «anulación» del laudo dependerá de cada ordenamiento. Antes que nada, el concepto de anulación de un laudo arbitral no necesariamente será idéntico a la estructura dogmática tradicional de dicho concepto. En términos ilustrativos, el concepto de anulación para el arbitraje no necesariamente será idéntico a la noción de anulación que manejan las tradiciones de derecho civil o de *common law*.[1917]

Por lo tanto, para hacer una definición adecuada de la noción de *anular* un laudo será necesario trabajar sobre el marco normativo del país en el que el laudo se anule, y sobre dicha base obtener una noción de anulación que armonice con la rama del arbitraje. Así, «[l]a mayoría de los problemas que puede causar una sentencia de nulidad, solo pueden considerarse ante las circunstancias concretas de cada caso; especialmente la sentencia y la ley aplicable».[1918]

(B) Objeto de anulación

El proceso judicial de anulación de laudo tiene como objeto que la judicatura dictamine si el laudo es válido o inválido. Por regla general, la sentencia judicial que ampara una demanda de anulación de laudo emite como mandato declarativo que *solo* el laudo objeto de impugnación es nulo.

1915 En el idioma español, se emplea también los términos de «impugnación» y «nulidad» de laudo. En el idioma inglés, se habla también de *setting aside, challenge* y *vacatur* (este último se emplea principalmente en Estados Unidos).

1916 En las normas de lengua española se emplean los términos de «anulación» o «anulado». Ver: art. 34(2) de la LMU, art. 41 de la Ley 60/2003 de España, art. 40 (para arbitraje local) y art. 107 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 34(2) de la LACI de Chile, art.1457 del C.Com. de México, art. 63 de la LAP de Perú.

1917 Bajo la tradición de derecho civil, la anulación, al igual que la nulidad, es un supuesto de invalidez del negocio jurídico (Werner Flume, *El Negocio Jurídico* 643-702 (José María Miquel González & Esther Gómez Calle trans., Fundación Cultural del Notariado 1998)). Una particularidad del negocio jurídico anulable es que puede ser convalidado por la parte afectada (Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* 872 (15th ed. 2002)). Así, no parece que el concepto de anulación del derecho civil coincida exactamente con la noción de anulación para el arbitraje. La convalidación no existe en el arbitraje, sea en su teoría o en su práctica. Los laudos no pueden ser «confirmados» de manera posterior para lograr así subsanar la situación de anulabilidad.*

* La renuncia a objetar, que desarrollaremos más adelante, no puede equipararse a la confirmación. De entrada, la renuncia a objetar se suele dar *antes* del laudo, por lo que es imposible que pueda calificar como una convalidación posterior.

1918 José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 523 (2008).

La LMU y los principales ordenamientos de arbitraje reconocen a los jueces el poder de anular solo el laudo.[1919-1920] Esto significa que, por contraste, la sentencia judicial de anulación de laudo no anula otros actos legales. Luego, la sentencia anula el laudo, pero no anula el procedimiento arbitral,[1921] el convenio arbitral o cualquier otro acto legal relacionado. Por ejemplo, incluso si el laudo se anula por vicios en el convenio arbitral, la sentencia judicial no anulará el mencionado convenio.[1922]

Además, la sentencia judicial que anula un laudo no genera de manera *automática* la anulación de otros laudos que pudieran haberse emitido dentro del mismo arbitraje (arbitraje con laudos parciales).[1923] Incluso si el vicio afectase a todo el procedimiento (p. ej. el convenio es nulo), la anulación de un laudo parcial no hace que otros laudos sean automáticamente inválidos.

4.1.1.2. La invalidez del laudo y su configuración en el tiempo

(A) Posiciones existentes

La anulación del laudo deriva en que este sea inválido. El significado y alcance específico de invalidez, según expusimos, podría variar según cada ordenamiento. Sin embargo, un aspecto que merece especial consideración es la configuración temporal de la invalidez. ¿Desde cuándo el laudo es considerado inválido?

En esencia, existen dos opciones. La sentencia de anulación del laudo puede tener un efecto declarativo o un efecto constitutivo.

La sentencia que estima la demanda podría tener efectos declarativos: el laudo es *declarado* nulo. Esta nulidad, precisamente, tiene efectos *ex tunc:* el laudo es nulo *ab initio*, debe considerarse que

---

1919 La LMU señala que el laudo «solo podrá ser anulado […]» (art. 34(2)). La lectura de este artículo y de todas las otras disposiciones de la LMU no permite sostener que la corte judicial pueda también anular convenios arbitrales u otros actos legales.
Esta conclusión aplica también para España (LA 60/2003), Chile (LACI), Colombia (Ley 1563/2012), México (C.Com.) y Perú (LAP).

1920 Estados Unidos (art. 10 de la FAA), Inglaterra (arts. 67(3) y 68(3) de la *Arbitration Act*) y Suiza (art. 190 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado) señalan que los jueces pueden anular los laudos; no existe disposiciones en tales leyes que permita sostener que las cortes también pueden anular convenios arbitrales.
Sin perjuicio de ello, en Suiza se reconoce que el tribunal arbitral podría emitir un mandato sobre la competencia del tribunal arbitral y/o sobre el cuestionamiento a un árbitro (Sébastien Besson, *Le recours contre la sentence en droit suisse,* 2018(1) Revue de l'Arbitrage 99, 114 (2018); Nadja Jaisli Kull & Andrea Roth, *Chapter 11: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Challenging Arbitrators for Lack of Independence or Impartiality: Procedural Pitfalls from a Swiss Perspective*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019,* at 223, 245 (2019)). En Inglaterra, al declarar la anulación del laudo, los jueces pueden también dejar sin efecto a cláusulas que establezcan que un laudo arbitral es *condition precedent* para iniciar acciones judiciales —*Scott v. Avery clauses*— (art. 71(4) de la *Arbitration Act*).

1921 Si el laudo es anulado, las actuaciones arbitrales carecen de relevancia jurídica. Sin embargo, las mismas no pueden tenerse por inexistentes. Por ejemplo, un árbitro involucrado en un arbitraje cuyo laudo se anuló, igual debería considerar dicho caso en caso sea designado en un arbitraje distinto y se le pida información sobre los casos en los que ha participado como árbitro.
En esa línea, nada impide que las partes puedan recabar actuaciones del expediente del caso cuyo laudo fue anulado y emplearlo en un nuevo caso.

1922 Ver 4.3.1.1.(A)(I).

1923 Andrea Pinna, *L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle,* 2008(4) Revue de l'Arbitrage 615 (2008).

nunca emitió efectos.[1924] Esta, por cierto, es la posición adoptada en Suiza[1925] y otros países de Europa.[1926] Así:

> La fuerza de la cosa juzgada formal (*formelle Rechtskraft*) que involucra la comunicación de la sentencia arbitral y que confiere a aquella la autoridad de cosa juzgada material (*materielle Rechtskraft*) cesa si la sentencia es anulada por un recurso extraordinario […] Dentro de esta hipótesis, la situación jurídica equivalente a aquella que existió antes de la comunicación de la sentencia arbitral a las partes. Por el efecto de la anulación, aquellas están esperando de nuevo la sentencia arbitral que resolverá la disputa y pondrá fin al procedimiento arbitral pendiente.[1927]

Por contraste, puede sostenerse que la sentencia tiene efectos constitutivos. La sentencia «da lugar a una situación nueva, de suerte que el laudo que era válido hasta ese instante deja de serlo a partir de ese mismo momento».[1928] Sus efectos, así, son *ex nunc*: la sentencia constitutiva priva de efectos al laudo,[1929] privación que se da desde el momento en que dicha sentencia es emitida, no antes.

La cuestión puede parecer baladí, pero no lo es. La clase de efectos que tenga la sentencia de anulación, declarativos o constitutivos, tiene un impacto importante en las consecuencias de la anulación del laudo fundada en cierta clase de vicios (vicios procedimentales).[1930]

1924 Christian Aschauer, *Neue Gerichtszüständigkeiten für Schiedssachen in Österreich,* 2014(1) b-Arbitra 9, 23-24 (2014); Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *UNCITRAL Model Law: Composition of the Arbitration Tribunal Re-considering the Case upon Setting Aside of the Original Arbitration Award,* 34(1) J. of Int'l Arbitration 17, 26 (2017); Pierre A. Karrer, *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story* 97, 98 (2001).

1925 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_14/2012, sentencia de 2 de mayo de 2012 (Disponible en 31(2) ASA Bull. 322 (2012)); Corte Suprema Federal, 4A_54/2011, sentencia de 27 de junio de 2012; Elliot Geisinger & Alexandre Mazuranic, *Chapter 11: Challenge and Revision of the Award,* in E. Geisinger & N. Voser (eds.), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* 223, 235 (2d ed. 2013).

1926 Austria*, Croacia**, Dinamarca*** y Polonia**** parecen reconocer que la sentencia de anulación es declarativa y que la nulidad tiene efectos *ex tunc*.
* Christian W Konrad & Philipp A Peters, *Austria,* in J. W. Rowley QC (ed.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* 170, 172 (2019).
** Alan Uzelac, *National Report for Croatia (2020),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 56 (Supplement 109, 2020).
*** Jørgen Trolle, *National Report for Denmark (1980),* 5 Y'book Commercial Arbitration 28, 38 (1980).
**** Andrzej W. Wisniewski, *National Report for Poland (2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 68 (Supplement 108, 2019); Łukasz Błaszczak & Joanna Kolber, *Annulment and enforcement of arbitral awards in Poland,* 30(3) ASA Bull. 564, 567 (2012).

1927 Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_14/2012, sentencia de 2 de mayo de 2012 (Disponible en 31(2) ASA Bull. 322 (2012)). Traducción libre.
Texto original:
«La force de chose jugée formelle (formelle Rechtskraft) qu'emporte la communication de la sentence et qui confère à celle-ci l'autorité matérielle de la chose jugée (materielle Rechtskraft) cesse si la sentence est annulée à la suite d'un recours extraordinaire […]. Dans une telle hypothèse, la situation juridique équivaut à celle qui existait avant la communication de la sentence finale aux parties. Par l'effet de l'annulation, ces dernières sont de nouveau dans l'attente d'une sentence finale qui tranchera leur différend et mettra un terme à la procédure arbitrale pendante».

1928 Julio Sigüenza López, *La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos,* 2(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 221, 222 (2009).

1929 Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* 84 (2013).

1930 Ver 4.3.2.

(B) Análisis crítico

A nuestro juicio, la declaración de nulidad del laudo tiene efectos *ex tunc*. Si un laudo es declarado nulo, debe considerarse que nunca emitió efecto alguno.

Primero, es importante identificar los términos empleados por instrumentos internacionales. La Convención de Nueva York habla de *setting aside* (versión en inglés), anulación (versión en español), *annulation* (versión en francés).[1931] La LMU emplea los mismos términos.[1932]

La Convención de Nueva York y la LMU no definen cuál es el contenido de la expresión *setting aside*. Sin embargo, la elección del término no responde a capricho alguno. Es sólido considerar que si la Convención de Nueva York recurrió a la expresión de *setting aside*, y nada en específico se dijo en cuanto a su significado, resulta aplicable el significado general de tal noción.

En el derecho de idioma inglés, *to set aside* es una expresión que se ubica en el contexto del cuestionamiento a decisiones judiciales. En ese esquema, la expresión bajo análisis se define como anular o vacar (*to vacate*) una decisión judicial.[1933] La anulación del laudo se equipararía a la situación en la que «an appellate court decision vacates a trial court judgment».[1934]

En el idioma español, la anulación de un hecho significa declararlo nulo, y por tanto el efecto es retroactivo.[1935] En el idioma francés, el término *annulation* se emplea en el ámbito procesal para referirse a la impugnación de una decisión judicial; es decir, a la invalidación de tal decisión.[1936]

Así, todas las expresiones glosadas (*setting aside, annulment, vacatur,* anulación, *annulation)* nos dirigen a una misma noción: la nulidad.[1937] Es decir, anular un laudo es declararlo nulo.

En abstracto, la noción de nulidad se refiere a un vicio *estructural* en el acto o negocio, es decir, un vicio presente desde la configuración de dicho acto. La nulidad significa que el acto *nunca* fue válido y por tanto *nunca* emitió efectos. Esta concepción, por cierto, está presente en la tradición del derecho civil[1938] y la tradición del *common law*.[1939]

Segundo, fuera del examen terminológico, las causales de anulación del laudo denotan que la sentencia judicial de anulación debería tener efectos *ex tunc*.

Según vimos, es sólido sostener que la *nulidad* de un convenio arbitral se refiere a casos en los que el convenio adolece de un vicio estructural. Un convenio nulo es un convenio que nunca emitió

1931 Arts. V(1)(e) y VI.

1932 Arts. 34 y 36.

1933 *Black's Law Dictionary* 1495 (9th ed. 2009).

1934 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3390 (2d ed. 2014).

1935 Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* 868 (15th ed., 2002); entre otros.

1936 Ver art. 542 del *Code de procédure civile,* que define la apelación como un acto dirigido a que la corte de apelación reformule o anule la decisión judicial de primer grado.

1937 Es evidente que el análisis aquí puede parecer demasiado superficial y ligero. La equiparación de términos no significa que necesariamente las reglas sobre su estructura, funciones y contenido sean las mismas en los ordenamientos que emplean tales términos (Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law,* 39(1) The American J. of Comparative L. 1, 13 (1991)). Sin embargo, en este caso, la ligereza puede justificarse en la presencia de instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York. Para la Convención —y para cualquier otra norma que cuente con versiones en distintos idiomas—, es claro que los significantes *setting aside, annulation* y anulación apuntan a un *mismo significado*.

1938 Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* 857 (15th ed., 2002); entre otros.

1939 La noción de *void ab initio* se entiende como «null from the beginning» (*Black's Law Dictionary* 1709 (9th ed. 2009)).

efectos; y por consiguiente nada que derive de dicho convenio podría haber tenido validez en momento alguno.

Por fuerza, la sentencia judicial que anula un laudo debería tener efectos *ex tunc*. Si asumimos que la sentencia de anulación tiene efectos *ex nunc,* entonces el laudo derivado de un convenio nulo sí surtió efectos por un tiempo (hasta antes de ser anulado). Eso es, a nuestro criterio, inviable: el laudo declarado nulo debe ser tratado como si nunca hubiese emitido efectos, pues el fundamento del mismo (el convenio arbitral) tampoco surtió efectos en ningún momento. Este razonamiento ya ha sido ensayado antes:

> Under Croatian law, the term «null» denotes *ex tunc* invalidity of a contract. In other words, null arbitration clauses are considered inexistent *ex lege* and they have no legal effect. For this reason, a court decision in respect of nullity is declaratory in nature.[1940]

Asimismo, la causal de transgresión al orden público evidencia que los efectos de la sentencia judicial de anulación deben ser *ex tunc*. Un acto que transgrede el orden público nunca emite efectos. Por lo tanto, la sentencia judicial de anulación no podría tener efectos *ex nunc,* pues significaría que el laudo transgresor del orden público sí surtió efectos por un tiempo.

En general, todas las causales de anulación versan sobre vicios *estructurales* en el laudo arbitral. El laudo, desde su nacimiento, está impregnado del vicio.[1941] Luego, resultaría ilógico que la declaración de invalidez del laudo, que se hace en función a un vicio que está presente desde la emisión del mismo, carezca de efectos *ex tunc*.

(C) Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, los efectos de la sentencia no son de la misma clase en todos los países.

(i) España

En España, la jurisprudencia y la doctrina consideran al proceso judicial de anulación de laudo como una acción rescisoria.[1942-1943] Al ser una acción rescisoria, los efectos de la sentencia judicial no son retroactivos, sino que comienzan desde su emisión.[1944] Así, la acción rescisoria está «orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva ya que a partir de la anulación un laudo que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta deja de serlo».[1945] En suma, los efectos de la sentencia judicial son *ex nunc*.

1940 Vlatka Butorac Malnar, *Interpretation and Application of the New York Convention in Croatia,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 239, 248 (2017).

1941 El vicio, vale precisar, podría surgir en un momento previo al laudo.

1942 SAP Madrid 485/2007, de 26 de octubre de 2007; SAP Madrid 19/2006, de 20 de enero de 2006; SAP Andalucía 301/2009, de 3 de junio de 2009; SAP Andalucía 486/2010 de 10 de noviembre de 2010; Jesús Remón Peñalver, *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público,* 1 Spain Arbitration Rev. 115, 121 (2008).

1943 Sin embargo, no se trata de una posición uniforme y absoluta. Algunos sostienen que la decisión judicial que anula el laudo tiene efectos *ex tunc* (Carlos Gónzález-Bueno, *Spanish Arbitration Act, Article 40 [Action to have the arbitral award set aside],* in C. González-Bueno (ed.), *The Spanish Arbitration Act: A Commentary* 245, 248 (2016)).

1944 Julio Sigüenza López, *La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos,* 2(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 221, 222 (2009).

1945 SAP Madrid 485/2007, de 26 de octubre de 2007, fundamento segundo.

(ii) Latinoamérica

En Chile, Colombia y México, las normas de arbitraje no dan una respuesta expresa sobre si los efectos de la sentencia de anulación del laudo son declarativos (*ex tunc*) o constitutivos (ex *nunc*). La jurisprudencia tampoco ha dado una respuesta expresa al respecto. A nuestro criterio, y considerando que estos países son de tradición civil, es razonable sostener que los efectos de una sentencia de anulación son *ex tunc*.

En Perú, la ley y la jurisprudencia no se han pronunciado de manera expresa en cuanto a este tema. Por otro lado, a nivel doctrinario, se ha sostenido que la sentencia tiene efectos constitutivos.[1946]

A nuestro juicio, la LAP da una respuesta al regular las consecuencias de la anulación del laudo. En específico, el artículo 65[1947] establece que la anulación por vicios procedimentales deriva en el reenvío del expediente a los árbitros.[1948] Esto permite considerar que la sentencia tiene efectos declarativos: si el laudo nunca fue válido, los árbitros no concluyeron su función, y por tanto deben retomar el caso para emitir un laudo.[1949] Es decir, el laudo anulado es considerado como nunca emitido.

4.1.2. Decisión que no anula el laudo

Si la sentencia judicial desestima la demanda de anulación, entonces la situación se mantiene sin variación. El laudo es firme desde su emisión y el proceso judicial de anulación no ha añadido ni quitado nada a dicha situación.

4.2. Consecuencias en la ejecución del laudo

4.2.1. Ejecución en la sede

En la sede, la sentencia judicial sobre el proceso de anulación de laudo surte plenos efectos, como cualquier otra. Por lo tanto, si la sentencia desestima la demanda, tal decisión es vinculante y sería impensable que las cortes locales rehúsen la ejecución del laudo por considerarlo inválido.

Por otro lado, si la sentencia anula el laudo, entonces este no tiene efectos jurídicos.[1950] Ningún proceso judicial de ejecución en la sede puede materializar los efectos del laudo, el laudo es inejecutable.[1951] Asimismo, si el laudo ya se ejecutó, tales actos de ejecución deberán *deshacerse*.

1946 Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* 84 (2013).

1947 «Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.
1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
[…]
b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
[…]
c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable».

1948 Sobre el reenvío, ver 4.3.2.2.

1949 Ver 4.3.2.3.(v).

1950 Igual, existen distintas posiciones en cuanto a si la sentencia de anulación tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc* (ver 4.1.1.2.).

1951 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 10.90, 601 (6th ed. 2015).

En suma, para la sede, el destino del laudo después de la sentencia judicial de anulación es simple y claro: el laudo «desaparece» del ordenamiento jurídico.

4.2.2. Ejecución en el extranjero

Por regla general, la anulación de un laudo en la sede derivará en que este no sea ejecutado en otras jurisdicciones. La anulación es una causal de oposición bajo la Convención.[1952] El fundamento es *concentrar* el control judicial en la sede del arbitraje.[1953]

Igual, en algunos casos, la sentencia judicial de anulación de laudo podría no tener consecuencia alguna para la ejecución del mismo en el extranjero. Laudos anulados podrían ser ejecutados, y laudos declarados válidos podrían ser no ejecutados en función a las mismas razones que fueron desestimadas por la corte de anulación.

A continuación, un análisis de estos casos.[1954]

4.2.2.1. Decisión que anula el laudo

(A) Marco general

La ejecución de un laudo anulado no se ha fundado, en los pocos casos en que ello ha sucedido, en un mismo y único fundamento. Sin embargo, sí parece existir un punto en común: la discrecionalidad judicial para evaluar las causales de oposición establecida en la propia Convención de Nueva York.

La Convención de Nueva York no descarta que un laudo anulado pueda ser igual ejecutado. Esto se debe al margen de discrecionalidad que deriva del texto de la Convención. Según el artículo V(1), la ejecución «may be refused» («se podrá denegar»); no parece sólido sostener que la corte de ejecución debe imperativamente rechazar la ejecución si el laudo fue anulado. Así, bajo la Convención, un laudo anulado *podría* igual ser ejecutado.[1955] Una interpretación *histórica*, a la luz de la Convención para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927, corrobora ello.[1956]

Sobre dicha base, los fundamentos para la ejecución de laudos anulados pueden ordenarse bajo la siguiente clasificación: (i) ejecución al amparo de derecho doméstico; (ii) ejecución que decide ignorar la decisión de anulación; y (iii) ejecución que de manera previa evalúa la decisión de anulación para definir si merece consideración.[1957]

1952 Art. V(1)(e).
«Artículo V
1. Solo 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 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».

1953 Albert Jan van den Berg, *Enforcement of annulled awards?,* 9(2) ICC International Court of Arbitration Bull. 15, 15 (1998).

1954 Para este trabajo, el foco pasa por entender de qué forma los efectos de la sentencia sobre anulación de laudo son atendidas/reflejadas en ordenamientos extranjeros.

1955 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3623-24 (2d ed. 2014); Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* § 11.93, 636 (6th ed. 2015).

1956 El artículo 2 de este tratado señalaba que «recognition and enforcement of the award shall be refused if the Court is satisfied: […] (a) That the award has been annulled in the country in which it was made». Existe una diferencia material entre los términos «shall», empleado por la Convención de 1927 y «may», empleado por la Convención de Nueva York.

1957 Francisco González de Cossío, *Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach,* 32(1) Arbitration Int'l 17, 18 (2016).

(i) Ejecución al amparo del derecho doméstico

El artículo VII de la Convención de Nueva York estipula que la Convención no resta al o afecta el derecho de la parte interesada en lograr ejecutar el laudo bajo disposiciones normativas locales o de otros tratados. Así, el derecho local puede proporcionar un esquema más favorable para la ejecución que el establecido por la Convención.

Francia y la concepción del arbitraje como un orden flotante y transnacional derivan en que laudos anulados en la sede sean igual ejecutados por las cortes francesas. Bajo la tesis territorialista, el laudo es un producto del ordenamiento en que nació.[1958] Pro contraste, la tesis transnacional considera que el arbitraje existe en una esfera no nacional.[1959] Así, en el caso *Putrabali,* la *Cour de Cassation* calificó al laudo como una decisión de justicia transnacional.[1960-1961] Por ello, el laudo, pese a haber sido anulado en la sede, fue ejecutado.

La aplicación del artículo VII para ejecutar un laudo anulado, por cierto, no es exclusiva de las cortes francesas. En *Chromalloy,* una corte estadounidense empleó dicha norma para ejecutar un laudo anulado.[1962]

(ii) Ejecución que ignora la sentencia de anulación

En algunos casos, las cortes de ejecución deciden «ignorar» la decisión de anulación. Esto se puede fundar en una falta de «legitimidad» de tal decisión.

Por un lado, esto se produce cuando la decisión de anulación proviene de una corte que carece de jurisdicción para emitirla. Así, en el caso *Karaha,* un laudo derivado de un arbitraje con sede en Suiza fue anulado por las cortes de Indonesia.[1963] Pese a ello, una corte de Estados Unidos dispuso la ejecución de dicho laudo:

> In this case, both of the New York Convention criteria for the country with primary jurisdiction point to Switzerland – and only to Switzerland. The Award was made in Switzerland and was made under Swiss procedural law. The parties' arbitration agreement designated Switzerland as the site for the arbitration.
>
> […]
>
> Under the New York Convention, the parties' arbitration agreement, and this record, Switzerland had primary jurisdiction over the Award. Because Indonesia did not have primary jurisdiction to set aside the Award, this court affirms the district court's conclusion that the Indonesian court's annulment ruling is not a defense to enforcement under the New York Convention.[1964]

1958 Albert Jan van den Berg, *Enforcement of annulled awards?,* 9(2) ICC International Court of Arbitration Bull. 15, 15 (1998).

1959 Julian D.M. Lew, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration,* 22(2) Arbitration Int'l 179, 195 (2006).

1960 *Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices. Cour de Cassation,* decisión de 29 de junio de 2007.

1961 Es necesario tener presente que la tesis francesa de arbitraje como concepto «transnacional» se funda, en última instancia, en su derecho doméstico (el derecho francés). Al respecto, «the French approach is a mix of parochialism and universalism—parochialism since French law looks at international arbitration only through its own eyes, universalism since it insists that its own standards applying to all international arbitration» (Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?,* 32(2) Arbitration Int'l 223, 231 (2016)).

1962 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

1963 Según el *award debtor,* al amparo del artículo V(1)(e) de la Convención, existían dos cortes que podían anular el laudo: la suiza (pues el laudo se emitió en Suiza) y la indonesa (pues el caso se resolvió bajo la ley de Indonesia).

1964 *Karaha Bodas Co v. Perusahaan Pertamban,* 364 F3d 274 (5th Cir. 2004).

Observemos que en estos casos no es necesario recurrir a argumentos fundados en que el arbitraje es un ordenamiento flotante y transnacional. Basta considerar que las cortes legitimadas al control judicial del laudo son las de la sede del arbitraje; por lo que las cortes de cualquier otro país carecen de legitimidad.

Por otro lado, en algunos casos las cortes de anulación podrían perder legitimidad. Esto se da cuando es evidente que la corte no es independiente, sino que está supeditada a intereses políticos o incurre en fraude o corrupción. A nuestro criterio, aquí la descalificación no se da contra la decisión de anulación en sí, sino contra el órgano judicial que la emitió. *Yukos v. OAO Rosneft* es un ejemplo de ello. En dicho caso, la judicatura holandesa decidió no tomar en cuenta la anulación del laudo en la sede (Rusia), pues las cortes rusas estaban sometidas a control indebido por parte del gobierno ruso. Así:

> This court shall therefore first examine under general law [commune recht] whether the decisions of the Russian civil court annulling the arbitral awards […] can be recognized in the Netherlands, starting from the consideration that a foreign decision, regardless of its nature and scope, is recognized if a number of minimum requirements are complied with, one of them being the foreign decision came into existence [in proceedings complying with] due process. There is no due process when it must be deemed that the foreign decision was rendered by a judicial authority that was not impartial and independent.
>
> […]
>
> Based on the above, this court concludes that it is to such extent likely that the Russian civil court decisions annulling the arbitral awards are the outcome of a judicial process that must be deemed partial and dependent, that those decisions cannot be recognized in the Netherlands. This implies that the annulment of the arbitral awards by the Russian court must be ignored when deciding on Yukos Capital's request for enforcement of those awards.[1965]

Una vez más, no es necesario recurrir a la teoría del arbitraje como orden flotante y transnacional, pues el resultado se alcanza mediante la aplicación de la discrecionalidad que la Convención de Nueva York asigna.[1966]

Es importante notar que en estos casos el umbral de verificación debería ser *muy alto*.[1967] Que las cortes de un país desautoricen al órgano judicial de la sede —y no a la decisión en sí misma— representa un claro desafío al principio de cortesía internacional.

(iii) Ejecución previa evaluación de la sentencia de anulación

Un laudo anulado puede ejecutarse si la corte de ejecución evalúa la decisión de anulación y considera que la misma no merece ser considerada.[1968] En *Commisa,* una corte de Estados Unidos dispuso la ejecución de un laudo anulado pues la anulación se fundamentó en la aplicación retroactiva de una norma, lo que resulta intolerable para las cortes estadounidenses. Al respecto:

1965 Países bajos, Corte de apelaciones de Amsterdam, decisión de 28 de abril de 2009 (Resumen en 34 Y'book Commercial Arbitration 703 (2009)).

1966 Elina Mereminskaya, *Reconocimiento de un laudo arbitral extranjero sujeto a proceso de anulación: comentarios a la decisión de la Corte Suprema de Chile,* 26 Revista de Arbitragem e Mediação 329, 376 (2010).

1967 Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?,* 32(2) Arbitration Int'l 223, 237 (2016).

1968 Francisco González de Cossío, *Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach,* 32(1) Arbitration Int'l 17, 22 (2016).

> Giving effect to the nullification would likewise impair the closely-related concept of avoiding retroactive application of laws. The Mexican government's adoption of Section 98 was an abrupt departure from the «Pemex and Affiliates Organic Law» as well as from the contracts signed by the parties; allowing Section 98 to nullify COMMISA's arbitral award would deprive COMMISA of its contract rights through a retroactive change in law.
>
> Retroactive legislation that cancels existing contract rights is repugnant to United States law.[1969]

En la misma línea, en *Chromalloy,* una corte estadounidense se amparó en el artículo VII de la Convención de Nueva York para evaluar la validez de la decisión judicial bajo la FAA.[1970] En ese sentido, la corte señaló que en Estados Unidos un laudo que incurra en *manifest disregard of law* es nulo; sin embargo el laudo objeto de ejecución «*at worst,* […] *constitutes a mistake of law*».[1971]

Así, se trata de un análisis de las razones de fondo por las que la judicatura de la sede anuló el laudo. En *Baker,* una corte estadounidense señaló:

> Furthermore Baker Marine has made no contention that the Nigerian courts acted contrary to Nigerian law.
>
> Baker Marine makes a further argument premised on the language of Article V(1)(e) of the Convention. Article V(1)(e) provides that when a party seeks confirmation of an award, «[r]ecognition and enforcement of the award may be refused» if the award has been set aside by a competent authority of the country in which the award was made. Baker Marine argues that this use of the permissive «may» rather than a mandatory term, implies that the court might have enforced the awards, notwithstanding the Nigerian judgments vacating them. It is sufficient answer that Baker Marine has shown no adequate reason for refusing to recognize the judgments of the Nigerian court.[1972]

Naturalmente, bajo el esquema de ejecución previa evaluación, los criterios y requisitos para ejecutar un laudo pese a haber sido anulado pueden ser muy exigentes. Precisamente, en Estados Unidos la regla general es que el laudo anulado no deba ejecutarse salvo que concurran circunstancias extraordinarias.[1973] Así, la sentencia judicial de anulación debe respetarse salvo que esté contaminada (*tainted*)[1974] o que transgreda principios elementales del derecho estadounidense.[1975-1976]

En cualquier caso, la decisión judicial de anulación, si bien no es vinculante, merece especial atención. Si el laudo fue declarado nulo, las cortes de ejecución deberían analizar este con particular cuidado para definir si disponen su ejecución.[1977] Salvo para los casos en los que la decisión judicial de anulación carece de legitimidad, las cortes deben tratar dicha decisión con deferencia.

1969 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración y Producción,* 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016).

1970 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

1971 *Id.* at 911.

1972 *Baker Marine Ltd. v. Chevron,* 191 F.3d 194, 197 (2d Cir. 1999).

1973 Manu Thadikkaran, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?,* 31(5) J. of Int'l Arbitration 575, 589 (2014).

1974 *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

1975 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración y Producción,* 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016).

1976 *Chromalloy,* a nuestro juicio, no encaja en este esquema. Es decir, *Chromalloy* no califica como un supuesto *extraordinario* que haga necesario ejecutar un laudo anulado.

1977 Philippe Fouchard *et al.*, *Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 1589, 903-04 (1999).

(B) Análisis crítico

(i) Presentación de posición

A nuestro criterio, la ejecución de un laudo anulado constituye una situación patológica que debe descartarse en virtualmente todos los casos. El laudo anulado es aquel que deja de existir —o, mejor dicho, *nunca existió*—, por lo que no puede ser ejecutado.[1978]

> [A]fter annulment, an arbitral award no longer exists under the applicable arbitration law (which is mostly the arbitration law of the place of arbitration). How can a court before which such an «award» is presented declare it enforceable? *Ex nihilo nil fit.*[1979]

Por lo tanto, bajo la Convención de Nueva York, el rechazo a la solicitud de ejecución de un laudo fundada en que aquel fue anulado no debería entenderse como discrecional (*may)* sino como un deber imperativo (*must*).[1980] La discrecionalidad establecida en el artículo V(1) es una marco general que, sin embargo, no descarta que ciertos casos o causales *deban* (*must*) significar necesariamente el rechazo a la solicitud de ejecución.

La discrecionalidad establecida en el artículo V(1) tiene sentido al evaluar reglas abiertas (*open-text rules).* Cuando una regla es abierta, el juez debe evaluar si el caso encaja dentro del ámbito de la regla.[1981] Sin embargo, el artículo V(1)(e) no contiene una regla abierta pues, a diferencia de las restantes causales, determinar si la corte competente anuló un laudo o no constituye un hecho objetivo difícilmente susceptible a múltiples interpretaciones; «there will virtually never be any doubt whether an award has been set aside».[1982] Así:

> This means that the enforcing courts always have discretionary power to evaluate whether the public policy, lack of due process and procedural irregularities exist or not, and whether they are sufficient as a ground to refuse enforcement. By contrast, art V(1)(e) is not used as an open-text legal rule as in the other grounds for refusal. It is clearly stated that an annulment decision issued by the court of the seat is a ground to refuse enforcement in other jurisdictions. Therefore, there is no discretion under the wording of art V(1)(e).[1983]

1978 Incluso, se sostiene que la ejecución de un laudo anulado podría ir contra el orden público del país de ejecución (Pieter Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,* 6(1) Netherlands Int'l L. Rev. 43, 53 (1959)).

1979 Albert Jan van den Berg, *Enforcement of annulled awards?,* 9(2) ICC International Court of Arbitration Bull. 15, 16 (1998).

1980 Incluso, la lectura de la Convención en idioma francés permite dar mayor fuerza a esta postura, pues el artículo V(2) de dicha versión señala que el reconocimiento «*ne seront refusées*» a menos que se demuestre alguna de las causales del artículo. Esto permite señalar que el artículo V(2) contiene un *deber de rechazar* la ejecución cuando se configura alguna de las causales (Mauro Rubino-Sammartano, *Chapter III: The Award and the Courts, Can a «May» Become a «Must»? (The New York Convention 1958 revisited),* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020,* at 333, 338 (2020)). Esta posición se refuerza si consideramos que las causales de denegación deben interpretarse de manera estricta y restrictiva. Luego, cuando un caso efectivamente encaje en una de esas causales, la ejecución *debería* ser rechazada (Jonathan Hill, *The Exercise of Judicial Discretion in Relation to Applications to Enforce Arbitral Awards under the New York Convention 1958,* 36(2) Oxford J. of Legal Studies 304, 332 (2016)).

1981 Jonathan Hill, *The Exercise of Judicial Discretion in Relation to Applications to Enforce Arbitral Awards under the New York Convention 1958,* 36(2) Oxford J. of Legal Studies 304, 307 (2016).

1982 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 3622 (2d ed. 2014).

1983 Reyadh Seyadi, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled by the Court of the Seat,* 84(2) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 128, 134 (2018).

La única excepción a esta regla estaría en supuestos en los que la decisión judicial que anula el laudo esté contaminada de fraude o corrupción. En estos casos, negar la ejecución del laudo iría contra el orden público del país de ejecución.[1984]

Si el rechazo a la ejecución del laudo se funda en una decisión judicial que lo anula, es evidente que en ese caso se le reconoce valor a la mencionada decisión judicial. Pues bien, dar valor a una decisión judicial contaminada por corrupción o fraude afectaría la confiabilidad de las cortes de ejecución.[1985]

Sin embargo, es necesario considerar que el estándar de la prueba debe ser altísimo. De entrada, la corte judicial de un país no tiene competencia para evaluar la imparcialidad e independencia de los jueces de otro país.[1986] Sin embargo, una visión absoluta de dicha falta de competencia derivaría en que los jueces de las cortes de ejecución den valor a una decisión judicial de anulación aun cuando sea *evidente* que hubo fraude o corrupción. Por ello, solo si es patente que hubo corrupción o fraude en la decisión judicial de anulación, el laudo deberá ser ejecutado.

Observemos que la excepción ensayada se enfoca en la validez *formal* de la decisión judicial de anulación y en la afectación al orden público que se produce. Estos dos elementos, invalidez formal y afectación al orden público, son conjuntivos. Por lo tanto, una sentencia judicial de anulación deberá ser respetada aun si contase con vicios de validez sustantiva o si contase con vicios formales que sin embargo no afectan el orden público.

Así, a nuestro juicio, las decisiones de *Chromalloy*[1987] *Commisa*[1988] fueron equivocadas. En *Chromalloy,* las partes establecieron como sede del arbitraje a Egipto, y por lo tanto adoptaban y aceptaban el esquema egipcio de control judicial del laudo. La legislación egipcia establece que un laudo puede anularse por aplicar al fondo de la controversia la ley escogida por las partes;[1989] si las partes establecen a Egipto como sede, deberán asumir las consecuencias de la anulación del laudo por tal causal.

En *Commisa,* el error de las cortes de la sede en cuanto a la aplicación de las normas en el tiempo, por más grosero que sea, debe respetarse. La corte de ejecución no es una corte de apelación y por tanto su función no incluye evaluar la validez sustantiva de decisiones previas.[1990]

En cualquier escenario, el criterio adoptado en *Termorio* resulta mucho más acertado. En dicho caso, la judicatura estadounidense señaló que el laudo no existe si ha sido anulado de manera acorde con el derecho (*lawfully*).[1991] La posición puede aceptarse siempre que dicho análisis se restrinja a la validez *formal* de la decisión judicial de anulación.

1984 Rishabh Jogani, *The Role of National Courts in the Post-arbitral Process: The Possible Issues with the Enforcement of a Set-aside Award,* 81(3) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 254, 260 (2015).

1985 Christopher R. Drahozal, *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach,* 11 The American Rev. of Int'l Arbitration 451, 473 (2011).

1986 Horacio Andaluz Vegacenteno, *¿Retando el concepto de validez? La naturaleza jurídica del reconocimiento de laudos anulados,* 7(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 769, 779 (2014).

1987 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

1988 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración y Producción,* 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016).

1989 Art. 53.1.d) de la Ley 27 de 1994.

1990 Rishabh Jogani, *The Role of National Courts in the Post-arbitral Process: The Possible Issues with the Enforcement of a Set-aside Award,* 81(3) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 254, 260 (2015).

1991 *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

En resumen, los fundamentos de la decisión judicial de anulación difícilmente pueden calificar como una violación al orden público del país de las cortes de ejecución. La corte de ejecución da valor a la *decisión* de la corte de anulación, no a sus motivos.

(ii) Fundamentos de la posición

La posición ensayada se construye sobre diversos fundamentos.

En primer lugar, establecer que la decisión de las cortes de anulación debe ser respetada en cualquier parte del mundo significa asignarle una importancia material a la sede. Sin embargo, tal posición resulta acertada porque la sede es elegida por las partes.

La elección de la sede no es una cuestión baladí,[1992] dicha elección tiene un impacto material en cuanto al esquema de control judicial sobre el arbitraje —entre otros temas—. Elegir una sede es elegir a las cortes que supervisarán el arbitraje. Cuando las partes optan por un país específico como sede del arbitraje, están aceptando *someterse* a la competencia de dichas cortes para el control del arbitraje. Nadie les impone elegir un país en específico como sede del arbitraje.

En ese sentido, *las consecuencias del actuar de la sede deben ser asumidas por las partes*. En otras palabras, «parties to international arbitration agreements do not warrant protection from their own contracting decisions».[1993] En específico, esto significa dos cosas:

- Las partes deben asumir las consecuencias de la anulación del laudo bajo causales o estándares «locales» de la sede. Un prominente practicante ha sostenido que la anulación de un laudo bajo estándares locales de anulación (*Local Standard Annulments - LSA*) no debería significar el rechazo a la ejecución del laudo.[1994] Sin embargo, son las partes las que asumen la eventual aplicabilidad de dichos estándares o causales al determinar la sede del arbitraje.

  Si un país X contempla que el laudo puede anularse cuando el mismo carezca de la firma de todos los árbitros y las partes escogen al país X como sede, el ejecutar un laudo anulado por la mencionada causal va contra el pacto de las partes. Si las partes no hubiesen deseado que el laudo pudiera anularse por tal tema, entonces hubiesen escogido otro país como sede.

- Las partes deben asumir las consecuencias de una decisión errática o equivocada de las cortes de la sede. Si las cortes son contradictorias, desconfiables, impredecibles, etcétera, y por lo tanto emiten una decisión criticable, son las partes quienes deben «sufrir» tal situación.

A nuestro criterio, ejecutar un laudo que fue anulado significa, en última instancia, debilitar el acuerdo de las partes. Elegir la sede del arbitraje significa someter la validez del laudo a las cortes judiciales de la sede. Si las partes verdaderamente no desean otorgar poder alguno a las cortes de la sede para controlar el laudo, bien podrían establecer un pacto de exclusión de la vía de anulación y establecer como sede del arbitraje a un país que permita tales pactos.[1995]

1992 Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?,* 32(2) Arbitration Int'l 223, 234 (2016); entre muchos otros.

1993 Christopher R. Drahozal, *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach,* 11 The American Rev. of Int'l Arbitration 451, 472 (2011).

1994 Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA),* 9(1) ICC International Court of Arbitration Bull. 14 (1998).

1995 Sobre el pacto de exclusión del proceso de anulación, ver 2.1.3. del capítulo II.

En este punto, es necesario considerar que el rechazo a ejecutar un laudo anulado no lesiona al ordenamiento jurídico del país de ejecución y tampoco representa una vulneración fundamental a los derechos de las partes.

Por un lado, el rechazar la ejecución de un laudo anulado no afecta al país de ejecución. La única excepción, según expusimos líneas arriba, es que la decisión judicial de anulación se haya obtenido mediante fraude o corrupción, por lo que rechazar el laudo debido a tal decisión podría calificar como una transgresión al orden público del país de ejecución.

En *Chromalloy,* se sostiene que el ejecutar un laudo extranjero es una cuestión de orden público.[1996] A nuestro juicio, tal afirmación es discutible. Y para el supuesto concreto de laudos *anulados,* la afirmación es equivocada. En la mayoría de los casos, ejecutar o no ejecutar un laudo extranjero resulta inocuo para el país en el que se busca la ejecución.

Por otro lado, el rechazo a la ejecución de un laudo anulado no significa que el *award creditor* pierda el derecho a obtener tutela sobre el fondo de la controversia. Si el laudo se anuló, en la mayoría de los casos las partes podrán acudir a un nuevo arbitraje o a un proceso judicial, según corresponda.[1997]

En segundo lugar, la posición glosada da mayor seguridad, certeza y predictibilidad en cuanto al funcionamiento del arbitraje.[1998] La ejecución de un laudo anulado genera una situación patológica que afecta negativamente el atractivo y la eficiencia del arbitraje como medio de solución de disputas.[1999]

El caso *Hilmarton* es el mejor ejemplo ilustrativo. En *Hilmarton,* las consecuencias de la ejecución de un laudo anulado evidencian una situación totalmente indeseada, una «pesadilla».[2000] En *Hilmarton,* un primer laudo, de 19 de agosto de 1988, fue anulado por las cortes de la sede (Suiza).[2001] Sin embargo, pese a que el laudo fue anulado, OTV, la parte que ganó el arbitraje requirió la ejecución del mismo en Francia. Mediante sentencia de primera instancia, de 26 de febrero de 1990, la judicatura francesa declaró fundado el pedido; la decisión fue luego confirmada por la *Cour d'appel* de París mediante sentencia de 19 de diciembre de 1991.[2002] Después, la *Cour de Cassation* confirmó la decisión mediante sentencia de 23 de marzo de 1994.[2003]

En paralelo, después de la anulación del primer laudo, las partes iniciaron un nuevo arbitraje. El 10 de abril de 1992 se emite un nuevo laudo, que esta vez favorecía a Hilmarton. Hilmarton requirió la ejecución de este segundo laudo en Francia. Mediante sentencia de primera instancia, de 22 de septiembre de 1993, la corte de Nanterre declaró fundado el pedido.[2004] En segunda instancia, la *Cour d'appel* de Versalles confirmó esta decisión, y señaló que la ejecución en Francia de un segundo

---

1996 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907, 913 (D.D.C. 1996).

1997 Ver 4.3.

1998 Albert Jan van den Berg, *Enforcement of annulled awards?,* 9(2) ICC International Court of Arbitration Bull. 15, 15-16 (1998).

1999 Reyadh Seyadi, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled by the Court of the Seat,* 84(2) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 128, 130 (2018).

2000 Hamid G. Gharavi, *A Nightmare called Hilmarton,* 12(9) Mealey's Int'l Arbitration Report 20 (1997).

2001 Suiza, Corte de Apelaciones de Geneva, sentencia de 17 de noviembre de 1989 (Resumen en 19 Y'book Commercial Arbitration 214 (1994)).

2002 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 19 de diciembre de 1991 (Resumen en 1993(2) Revue de l'Arbitrage 300 (1993)).

2003 *Cour de Cassation,* decisión de 23 de marzo de 1994 (Resumen en 20 Y'book Commercial Arbitration 663 (1995)).

2004 *Tribunal de Grande Instance* de Nanterre, decisión de 22 de septiembre de 1993 (Resumen en 20 Y'book Commercial Arbitration 194 (1995)).

laudo no viola el orden público internacional si el primer laudo fue anulado.[2005] Sin embargo, la *Cour de Cassation* revocó la decisión de la *Cour d'appel* de Versalles y señaló que la ejecución del primer laudo constituía cosa juzgada, por lo que el segundo no podía ejecutarse.[2006]

Pero *Hilmarton* no se restringió a Suiza y Francia. Hilmarton requirió la ejecución del segundo laudo también en Inglaterra. La *Queen's Bench Division* dispuso la ejecución del segundo laudo.[2007] El resultado final fue que dos laudos sobre la misma controversia fueron ejecutados en lugares diferentes.

Así, la ejecución de un laudo anulado puede dar lugar a múltiples procedimientos en distintos países con decisiones inconsistentes.[2008] Esta situación en nada ayuda al tratamiento uniforme y adecuado de los laudos internacionales.[2009] Es necesario dimensionar la gravedad del caso: *Hilmarton* evidencia que la ejecución de laudos anulados puede frustrar totalmente la utilidad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Porque si un laudo anulado que establece A se ejecuta en un país y luego un segundo laudo (no anulado) que establece B se ejecuta en otro, el resultado final es que las partes no obtienen ninguna respuesta que verdaderamente ponga fin al conflicto.

Ahora bien, un prominente practicante ha sostenido que *Hilmarton* «is like a two-headed white rhinoceros which might give us a thrill in the cinema but does not really endanger our daily walk to work».[2010] Se sostiene que en la mayoría de los casos el laudo lo suficientemente defectuoso como para ser anulado en la sede tampoco será ejecutado en otros países dadas las causales de rechazo a la ejecución.[2011]

El argumento nos parece errado. Como ya mencionó Van den Berg, si *Hilmarton* no merece tanta atención dada su excepcionalidad, entonces tampoco parece haber sentido en intentar rescatar laudos anulados, pues la anulación de un laudo es en sí misma una situación excepcional.[2012]

Pero, además, considerar que «si el laudo fue suficientemente defectuoso como para ser anulado, entonces tampoco se aceptará su ejecución» presupone cierta equivalencia entre las causales de anulación de la sede y de rechazo a la ejecución en el país de ejecución. Y si bien es cierto que la Convención de Nueva York y la LMU han tenido un impacto uniformizador a nivel global en cuanto a tales causales, la postura es errada.

Las partes, según expusimos, pueden escoger como sede a un país con causales «localistas» de anulación (LSAs). Supongamos que la sede establece que el laudo se debe anular si el laudo no está firmado por todos los árbitros. Sin embargo, dicha causal para rechazar la ejecución no existe en casi ninguna parte del mundo. Luego, un laudo anulado por tal causal igual podría ser ejecutado en el extranjero. Tal ejecución, según expusimos, viola el acuerdo de las partes.

2005 *Cour d'appel* de Versalles, decisión de 29 de junio de 1995 (Resumen en 21 Y'book Commercial Arbitration 524 (1996)).

2006 *Cour de Cassation,* decisión de 10 de junio de 1997 (Resumen en 22 Y'book Commercial Arbitration 696 (1997)).

2007 *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarton Ltd,* [1999] 2 Lloyd's Rep. 222.

2008 Dana Freyer, *The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration,* in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 757, 766 (2008).

2009 Eric Schwarz, *A Comment on Chromalloy. Hilmarton à l'américaine,* 14(2) J. of Int'l Arbitration 125, 128 (1997).

2010 Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA),* 9(1) ICC International Court of Arbitration Bull. 14, 22 (1998).

2011 *Id.*

2012 Albert Jan van den Berg, *Enforcement of annulled awards?,* 9(2) ICC International Court of Arbitration Bull. 15, 20 (1998).

Pero incluso entre países que cuentan con cierta «equivalencia» de causales, la situación no es sostenible. La sede puede anular el laudo pues bajo su legislación la controversia no era arbitrable (por ejemplo, contratos sobre juego y apuesta). Sin embargo, al evaluar si el laudo puede ser ejecutado, las cortes de ejecución analizan la arbitrabilidad bajo su ley, no bajo la ley de la sede.

En tercer lugar, la ejecución de un laudo anulado genera una fricción y desgaste en la relación entre las cortes de distintos países.[2013]

En cuarto lugar, la ejecución de un laudo anulado valida una actuación desleal del *award creditor*. Las partes escogen la sede del arbitraje, y si el laudo se anula la sede, *¿por qué alguna de ellas solicitaría la ejecución de dicho laudo?* Pedir la ejecución de un laudo anulado —o continuar con el proceso de ejecución luego de que el laudo se anule— representa una actuación de mala fe.

En el caso estadounidense *Citigroup v. Fiorilla,* Fiorilla, el *award creditor,* obtuvo la ejecución en Francia de un laudo anulado por las cortes estadounidenses. Luego, Fiorilla buscó impugnar la decisión judicial estadounidense de *vacatur* del laudo. Al respecto, la judicatura señaló que Fiorilla actuó de mala fe al pedir en Francia la ejecución de un laudo anulado.[2014]

Naturalmente, el *award creditor* puede considerar que el laudo fue anulado injustamente. Sin embargo, según expusimos, las partes decidieron someterse a la competencia de las cortes de la sede para el control del arbitraje. Si el laudo se anula, el *award creditor* incurre en una actuación desleal y maliciosa al pretender ejecutar el laudo.[2015] Ejecutar un laudo anulado *es premiar una actuación de mala fe*.

En quinto lugar, la posibilidad de aplicar el derecho local más favorable al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York no significa que tal aplicación sea siempre correcta o beneficiosa. Por ejemplo, un país podría establecer que permite la ejecución de laudos salvo que transgredan el orden público. Luego, las cortes de tal país podrían valerse de su derecho local para ejecutar un laudo que deriva de un convenio arbitral inexistente. Esta situación sería nociva para el arbitraje.

Vale notar que el artículo VII es criticado por no contribuir al establecimiento de un régimen jurídico uniforme sobre arbitraje a nivel internacional.[2016] La ejecución de un laudo anulado al amparo del artículo VII no solo demuestra dicho punto. En la búsqueda de satisfacer un fin específico consistente en la ejecución de un laudo, se sacrifica un fin mayor, que es la legitimidad y coherencia del sistema de arbitraje a nivel internacional. Es difícil sostener que la Convención persigue la ejecución de laudos *a cualquier costo*.

2013 Sin embargo, es necesario calibrar de manera adecuada la magnitud de esta fricción y desgaste. Es razonable considerar que la corte judicial de un país solo se preocupa en que sus decisiones sean cumplidas dentro de su territorio. Que la decisión judicial sea ejecutada o no en el extranjero no parece ser algo que quite el sueño a los jueces de la sede. Es más, hay una abismal diferencia entre la situación del *award debtor* de un laudo anulado y las cortes que anularon el laudo. El primero sufrirá todos los efectos de una decisión de ejecución de laudo anulado; las segundas puede que no se lleguen ni siquiera a enterar que el laudo que anularon fue, sin embargo, ejecutado (en otro país).

2014 *CitiGroup Global Markets, Inc. v. Fiorilla,* 54 N.Y.S. 3d 586, 587 (N.Y. App. Div. 2017).

2015 Salvo que la sentencia judicial se haya obtenido mediante fraude o corrupción.

2016 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* 83 (1981).

(C) Situación en Iberoamérica

En Iberoamérica, *jury is still out*. No parece que existan pronunciamientos judiciales que evalúen pedidos de ejecución de laudos anulados. Al menos, esa es la situación en España,[2017] Colombia,[2018] México[2019] y Perú.[2020-2021]

En Chile, el caso *EDFI v. Endesa & YPF* permitió a la Corte Suprema chilena dar su posición sobre este tema. El laudo, emitido en Argentina, fue anulado por las cortes de dicho país. La Corte Suprema de Chile asumió la siguiente postura: si el laudo fue anulado, este no debería ser ejecutado. Es decir, parecería que no existe margen de discrecionalidad alguno.[2022] Así:

> Que, establecida con fehaciencia la condición de nulo que ostenta el Laudo arbitral de que se trata, ha de tenerse con ello por configurada, de acuerdo con lo que se previene en la normativa que se acaba de examinar, una causal específica prevista en ella para la denegación de fuerza obligatoria a dicho fallo en nuestro país, en razón de no cumplir con el presupuesto de eficacia a que alude el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil.
>
> La nulidad, en efecto, consiste, esencialmente, en la sanción de ineficacia jurídica que afecta a los actos en los que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para reconocerles valor.
>
> Pronunciada su nulidad, cabe tener al acto como no otorgado y desprovisto, por consiguiente, de todos los efectos jurídicos que, en el caso de ser válido, estaría llamado a producir.[2023]

Vale notar que la decisión ha sido criticada precisamente porque pareciera que bajo su posición el margen de discrecionalidad no existe, cuando es difícil sostener ello dada la redacción de la Convención de Nueva York.[2024]

2017 Clifford J. Hendel & María Antonia Pérez Nogales, *Chapter 12: Enforcement of Annulled Awards: Differences Between Jurisdictions and Recent Interpretations,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 187, 194 (2019); Álvaro López de Argumedo Piñeiro & Patricia Roger, *Interpretation and Application of the New York Convention in Spain,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 855, 874 (2017).

2018 Eduardo Zuleta & Rafael Rincón, *Interpretation and Application of the New York Convention in Colombia,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 219, 232-33 (2017). Los autores precisan que la doctrina colombiana no es unánime en cuanto a si se podría o no ejecutar un laudo anulado.

2019 Claus von Wobeser, *Interpretation and Application of the New York Convention in Mexico,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 677, 685 (2017).

2020 Fernando Cantuarias Salaverry, *Interpretation and Application of the New York Convention in Peru,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 751, 761 (2017).

2021 Para toda Latinoamérica, parece que han sido muy pocos los pronunciamientos sobre este tema (José Manuel Álvarez Zárate & Camilo Valenzuela Bernal, *Chapter 13: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Their Own Seat: The Latin American Experience Interpreting the New York Convention's 'Sovereign Spaces',* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 205, 207 (2019)).

2022 Sin perjuicio de ello, la corte toma en cuenta la propia conducta de la ejecutante, pues esta en su momento también demandó la nulidad del laudo en la sede. Este argumento, sin embargo, también es criticable (María Fernanda Vásquez Palma, *Inejecutabilidad de un laudo arbitral comercial internacional anulado por un Estado sede: estado de la cuestión en Chile,* 19(1) Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 451, 456 (2012)).

2023 Chile, Corte Suprema, sentencia de 8 de septiembre de 2011 (Rol 4390-10), fundamento 14.

2024 María Fernanda Vásquez Palma, *Inejecutabilidad de un laudo arbitral comercial internacional anulado por un Estado sede: estado de la cuestión en Chile,* 19(1) Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 451, 455-56 (2012).

En síntesis, para dicho caso, la judicatura chilena consideró que la declaración de nulidad no surtía efectos solo en la sede, sino que también lo hacía en el marco del intento de ejecutar el laudo en territorio chileno.

4.2.2.2. Decisión que no anula el laudo

La sentencia judicial que declara infundada la anulación del laudo también es merecedora de análisis.

Puede decirse que la decisión judicial que desestima la demanda de anulación nada añade o cambia en cuanto a la validez del laudo. El laudo es válido. Y naturalmente, que un laudo sea válido no garantiza de forma automática que el mismo vaya a ser reconocido y ejecutado en otras jurisdicciones.

Sin embargo, una particularidad a notar es que ciertas causales de oposición a la ejecución podrían ser análogas a las causales de anulación en la sede. Si hacemos una comparación entre la Convención y la LMU, la cercanía es evidente: las causales del artículo V(1) se asemejan a los del artículo 34(2)(a).[2025] Luego, surge la siguiente cuestión: «If the courts of the seat ruled against the respondent [award debtor], why should the respondent have a bite at a second cherry?».[2026]

La respuesta parece ser que ningún país está preparado para aceptar que un tercer país decida si el laudo se ejecuta o no *en su territorio*.[2027] El control del arbitraje, lamentablemente, debe ser «doble» por fuerza. Por ejemplo, si una sentencia de anulación desestima un reclamo fundado en la invalidez del convenio arbitral, ello no significa que la corte de ejecución deberá considerar que el convenio arbitral es válido.

En última instancia, bajo las nociones de deferencia y cortesía internacional, es razonable sostener que las cortes de ejecución tomarán en cuenta la sentencia sobre el proceso de anulación. Es evidente que la decisión de anulación puede ser útil para tener mayores luces sobre el caso.

Ahora bien, derivado de ello, es sólido sostener que el umbral para ir contra la decisión de la corte de anulación en cuanto a temas abordados por esta debe ser alto. Solo casos *excepcionales* justificarían que la corte de ejecución se aleje de la respuesta dada por la corte de anulación. *Minmetals vs. Ferco* da una excelente exposición al respecto:

> In a case where a remedy for an alleged defect is applied for from the supervisory court, but is refused, leaving a final award undisturbed, it will therefore normally be a very strong policy consideration before the English courts that it has been conclusively determined by the courts of the agreed supervisory jurisdiction that the award should stand.
>
> There may be exceptional cases […]. However, outside such exceptional cases, any suggestion that under the guise of allegations of substantial injustice procedural defects in the conduct of an arbitration which have already been considered by the supervisory court should be re-

2025 Por contraste, las causales del artículo V(2) difieren de las del artículo 34(2)(b), pues las nociones de arbitrabilidad y orden público no necesariamente serán las mismas en dos países distintos.

2026 Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?,* 32(2) Arbitration Int'l 223, 239 (2016).

2027 María Fernanda Vásquez Palma, *Inejecutabilidad de un laudo arbitral comercial internacional anulado por un Estado sede: estado de la cuestión en Chile,* 19(1) Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 451, 467 (2012).

investigated by the English courts on an enforcement application is to be most strongly deprecated.[2028]

4.3. Consecuencias para el arbitraje

La sentencia sobre el proceso judicial de anulación del laudo trae consecuencias para el arbitraje. Si la sentencia es desestimatoria, el laudo se ve «fortalecido», pues ya no existe la *contingencia* de que el laudo sea anulado. Es evidente que, aun cuando la fuerza legal del laudo es la misma —es firme y con calidad de cosa juzgada desde su emisión—, la sentencia desestimatoria de la demanda de anulación significa que el laudo es, ahora sí, *invariable*.[2029]

Por otro lado, si la sentencia estima la demanda y declara nulo el laudo, entonces se generan consecuencias para el arbitraje llevado a cabo. Estas consecuencias varían según la causal de anulación que derivó en la nulidad del laudo.[2030] Al respecto, podemos clasificar las causales según la clase del cuestionamiento:[2031]

- Anulación por incompetencia del tribunal arbitral. Causales sobre:
  - Vicios en el convenio arbitral (artículo 34(2)(a)(I) de la LMU).
  - Exceso de autoridad (artículo34(2)(a)(III) de la LMU).
  - Arbitrabilidad (artículo 34(2)(b)(I) de la LMU).
- Anulación por vicios procedimentales. Causales sobre:
  - Debido proceso (artículo 34(2)(a)(II) de la LMU).
  - Incumplimiento a reglas procedimentales o de composición del tribunal arbitral (artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU).
- Anulación de laudo por afectación al orden público (artículo 34(2)(b)(II) de la LMU).[2032]
- Excurso: anulación de laudo por errada decisión negativa sobre competencia.[2033]

2028 [1999] CLC 647, 661 (QB). Por casos excepcionales, la sentencia se refiere a casos en los que el ámbito de control de la corte (de anulación) es tan reducido que no puede intervenir aun ante casos evidentes de inaplicación a principios básicos de justicia, o en los que por razones injustas (por ejemplo, corrupción), decide no contrarrestar tal inaplicación.

2029 Aquí presuponemos que el marco normativo local no maneja otras acciones para cuestionar el laudo. Por tanto, la conclusión del proceso judicial de anulación significaría el fin de la intervención judicial sobre el laudo.*
* La práctica, sin embargo, parece indicar que la mencionada situación hipotética no es tan absoluta. No solo pueden existir otras vías judiciales contra el laudo, sino que la propia sentencia judicial del proceso de anulación podría también ser objeto de un proceso judicial distinto. Así, la sentencia, que es firme y con calidad de cosa juzgada, podría ser declarada nula en otro proceso, lo que reabriría la contingencia consistente en que el laudo sea declarado nulo.**
** En Latinoamérica, distintos procesos «constitucionales» (demanda de amparo, acción de tutela) permiten el cuestionamiento de una sentencia, de cualquier sentencia. Este tema, sin embargo, escapa al objeto de investigación de este trabajo.

2030 Auto TSJ Madrid de 7 de enero de 2015 (ROJ: AATSJ M 157/2015).

2031 Sobre esta forma de clasificación, ver 1.2.1. del capítulo III.

2032 Como ya expresamos antes, existe un traslape entre causales y muchos supuestos de afectación al orden público también encajan bajo otras causales. En cuanto a las consecuencias de la anulación, ello será también tomado en cuenta.

2033 Ver 7. del capítulo IV. En Iberoamérica, España, Colombia y Perú contemplan esta causal adicional de anulación.

Como veremos a continuación, por regla general, la anulación del laudo no afecta la existencia y validez del convenio arbitral.[2034] Luego, la invalidez del laudo no significa que el arbitraje quede descartado definitivamente; el convenio arbitral puede subsistir y por tanto las partes seguirán obligadas a seguir la vía de arbitraje para sus controversias.

Para finalizar, vale precisar que la gran mayoría de las leyes arbitrales guardan silencio en cuanto a las consecuencias de la anulación del laudo.[2035] En Iberoamérica, sin embargo, Perú[2036] y Colombia[2037] constituyen excepciones al respecto.

4.3.1. Casos de incompetencia del tribunal

4.3.1.1. Vicios en el convenio arbitral

(A) Marco general

(i) Delimitación del mandato judicial

Según expusimos antes, una sentencia judicial que ampara una demanda de anulación de laudo emite como mandato declarativo que el laudo es nulo.[2038] La sentencia judicial no emite un mandato declarativo sobre la validez o invalidez del convenio arbitral o de cualquier otro acto legal. En estricto, cualquiera de las partes podría iniciar un nuevo arbitraje al amparo del mismo convenio arbitral, pues no existe declaración judicial de que este sea nulo. Sin embargo, es sólido sostener que tal iniciativa está destinada a fracasar.[2039]

Ahora bien, no se puede descartar que, en algunos ordenamientos o en algunos casos, la sentencia judicial sí establezca como mandato judicial la nulidad del convenio arbitral.[2040] En estos casos, la sentencia de anulación de laudo estaría anulando el laudo y también el convenio arbitral que fue su base.

En cualquier caso, la anulación de un laudo por la causal de vicios en el convenio arbitral sí tiene consecuencias en el convenio arbitral. Veremos esto a continuación.

(ii) Consecuencias principales

La anulación del laudo bajo esta causal genera consecuencias «fácticas» en el convenio arbitral y, en algunos casos, en el contrato base.

2034 STSJ Madrid 34/2018, de 26 de julio de 2018, fundamento segundo; entre otras; Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 40 [Acción de anulación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 789, 800 (2014).

2035 María del Pilar Perales Viscasillas, *Sobre la posible retroacción del laudo anulado y la dispar jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia,* 25 Spain Arbitration Rev. 125, 125 (2016).

2036 Art. 65 de la LAP.

2037 Art. 43 (para arbitraje local) y art. 110 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012.

2038 Ver 4.1.1.1.(B).

2039 Es muy probable que los nuevos árbitros se declarasen incompetentes; y en caso contrario, las cortes anularían el nuevo laudo por las mismas razones que el laudo anterior (el convenio arbitral está viciado).

2040 José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 533 (2008).

[a] Consecuencias en el convenio arbitral

La anulación del laudo bajo esta causal significa un pronunciamiento también sobre el convenio arbitral: este es defectuoso. Y, por tanto, no hubo pleno consentimiento de las partes para acudir a arbitraje.

Luego, *la controversia no podría resolverse mediante arbitraje.* Aun cuando la corte judicial no emite un mandato judicial de nulidad del convenio, es evidente que la sentencia judicial lleva a las partes a una suerte de «posición cero»: están inmersas en una disputa y no existe ningún acuerdo sobre cómo resolverla. Intentar utilizar de nuevo el convenio arbitral, aunque formalmente viable, resultaría a la larga inútil.

En ese sentido, al estar en una «posición cero», la disputa se resolvería en un proceso judicial,[2041] aunque nada impide que las partes puedan seguir algún mecanismo alternativo de solución de disputas. Incluso, podrían celebrar un, ahora sí válido, convenio arbitral.[2042]

[b] Consecuencias en el contrato base

En algunos casos, la decisión de anulación del laudo por anomalías en el convenio arbitral puede impactar en el contrato base. Es decir, en el contrato al que la cláusula arbitral estaba enlazada.

En estos casos, existe una condición previa necesaria: el convenio arbitral es una cláusula arbitral e integra el contrato base. Sobre ello, el convenio arbitral podría estar viciado por un hecho que afecta toda la estructura contractual (contrato base y convenio arbitral). Por ejemplo: un contrato fraguado, que tiene firmas falsificadas. Si la judicatura determina que el laudo es nulo porque la cláusula arbitral es nula debido a falsificación de firmas del documento que contiene el contrato base (y el convenio arbitral en forma de cláusula arbitral), en estricto la judicatura está corroborando un hecho que afecta al convenio y al contrato base.

Ahora bien, según expusimos, el mandato declarativo de la sentencia judicial se limita a declarar nulo el laudo arbitral. Es decir, la corte no declara la nulidad del convenio arbitral y mucho menos la nulidad del contrato base.[2043] Sin embargo, lo razonable sería que las partes den por inválido dicho contrato base. En cualquier caso, la decisión judicial podría ser invocada *como evidencia* en cualquier procedimiento o proceso que evalúe el valor legal de dicho contrato.

(iii) Consecuencias en casos de laudos parciales

La declaración de nulidad de un laudo parcial por vicios en el convenio arbitral tiene un impacto en los laudos posteriores.[2044] Si el convenio arbitral está viciado, todos los laudos que surjan bajo su amparo *deberían* ser anulados.

2041 Rafael Hinojosa Segovia, *El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión,* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 135, 144 (2019). A nivel normativo, Perú (artículo 65.1.a de la LAP) y Colombia (art. 110 (para arbitraje internacional) de la Ley 1563/2012) reconocen expresamente ello.

2042 Rafael Hinojosa Segovia, *El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión,* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 135, 144 (2019). A nivel normativo, esta posibilidad está reconocida expresamente en Perú (art. 65.1.a de la LAP). Sí, parece un poco ilógico que luego de haberse impugnado y anulado un laudo por incompetencia del tribunal, las partes suscriban un convenio arbitral, pero ello no puede descartarse.

2043 Sin embargo, podría haber casos en los que una corte sí declare la nulidad del convenio arbitral y también la nulidad del contrato base. En estos casos, la sentencia de anulación de laudo terminaría con la disputa material, pues de entrada el contrato es nulo (José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 533 (2008)).

2044 Andrea Pinna, *L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle,* 2008(4) Revue de l'Arbitrage 615, 623 (2008).

El caso francés *Tarom* es especialmente ilustrativo. Tarom pidió la anulación de un laudo parcial por falta de competencia del tribunal arbitral. En paralelo, el procedimiento continuó y se emitió un laudo final (de fecha 20 de junio de 1998). Mediante sentencia de 1 de junio de 1999, la *Cour d'appel* de Paris declaró fundada la demanda. Después, Tarom pidió la anulación del laudo final. Frente a ello, la *Cour d'appel* de Paris señaló «que la anulación del laudo parcial conlleva en consecuencia la anulación del laudo final emitido por un árbitro que resolvió sin que hubiese un convenio arbitral».[2045]

Ahora bien, un aspecto importante aquí es el momento en que puede demandarse la anulación del laudo parcial. Existen, según expusimos antes, dos opciones normativas posibles: el plazo para demandar la anulación del laudo parcial se activa desde su emisión (sin esperar al laudo último), o el plazo para demandar la anulación del laudo parcial comienza solo después de la emisión del laudo último.[2046]

Si el plazo para demandar la anulación del laudo parcial comienza sin esperar a la emisión del laudo último, la parte interesada deberá impugnar necesariamente el primer laudo del arbitraje. La omisión de hacerlo implicaría renunciar a cuestionar el vicio (*waiver*) y por tanto *ningún* laudo subsecuente podría ser anulado.

Más aun, pese a que la anulación del laudo parcial significa que una corte judicial reconoce que el convenio arbitral es nulo, la parte interesada deberá también impugnar los subsecuentes laudos que surgiesen después del primer laudo parcial.[2047] Y es que, según expusimos, la sentencia judicial de anulación de laudo no establece como mandato judicial que el convenio arbitral sea nulo. El caso francés *Tarom* ilustra ello.

Si el plazo para demandar la anulación del laudo parcial comienza solo después de la emisión del laudo último, la situación es más simple. La demanda judicial de anulación debería dirigirse contra todos los laudos pues el vicio en el convenio arbitral hace que todos aquellos deban ser anulados.

(B) Consecuencias adicionales en algunos ordenamientos

El marco normativo podría establecer consecuencias adicionales o diferentes a las glosadas en el punto anterior. En esa línea, algunas leyes, manejan un esquema de *transferencia de competencia* sobre el fondo de la controversia hacia las cortes de anulación. En Francia, salvo acuerdo distinto de las partes, la corte que anuló el laudo *procede* a resolver el fondo de la controversia.[2048] En Colombia, en arbitrajes locales, luego de anulado el laudo el expediente debe ser remitido al juez pertinente para que continúe con el proceso desde el «decreto de las pruebas».[2049]

Es interesante denotar que, en ambos esquemas, se da uso a las actuaciones del procedimiento arbitral que derivó en el laudo nulo. Y es que si la anulación es fundada porque el convenio arbitral es patológico, ello implicaría que el tribunal arbitral era incompetente y por tanto todo lo realizado

---

2045 *Cour d'appel* de Paris, decisión de 21 de noviembre de 2002 (Resumen en 2008(4) Revue de l'Arbitrage 701 (1996)). Traducción libre al español.
Texto original:
«[…] que l'annulation de la sentence partielle entraîne par voie de conséquence celle de la sentence finale rendue par un arbitre statuant sans convention d'arbitrage».

2046 Ver 4.3.2.2. del capítulo II.

2047 Andrea Pinna, *L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle,* 2008(4) Revue de l'Arbitrage 615, 624-25 (2008).

2048 Art. 1493 del *Code de procédure civile.*

2049 Art. 43 (para arbitraje local) de la Ley 1563/2012. La norma además señala que «[l]a prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla».

por aquel *carece de valor*. Por lo tanto, las opciones legislativas reseñadas constituyen propuestas excepcionales, pues reconocen valor a actos realizados por agentes carente de autoridad alguna para hacerlos.

A nuestro criterio, la lógica detrás responde a una cuestión de eficiencia. Si el tribunal arbitral no tuvo competencia, podría pensarse que entonces el caso irá a las cortes judiciales. Sobre ello, dado que la corte judicial que anuló el laudo ya tiene conocimiento del caso,[2050] parece eficiente que aquella resuelva la controversia material.

Sin embargo, estas opciones nos parecen criticables bajo la forma en que se han construido. En esencia, si el laudo se anuló por la ausencia de un convenio arbitral válido, al menos una de las partes tendrá la intención de que se siga la vía ordinaria de solución de controversias. No obstante, ese convenio arbitral inválido lo *arrastra* hacia una vía especial judicial,[2051] que aprovecha actuaciones realizadas por un tribunal incompetente.

Por contraste, no parecería desacertado permitir que las partes puedan acordar que la corte que anuló el laudo resuelva el caso. Si no hay acuerdo, entonces la controversia deberá seguir el cauce ordinario previsto por el ordenamiento.

(C) Casos especiales

Según expusimos, la sentencia judicial estimatoria solo anula al laudo, no anula al convenio arbitral. Por lo tanto, en sentido estricto el convenio puede surtir efectos. Al respecto, existen casos en los que efectivamente el convenio arbitral legítimamente producirá efectos aun después de una sentencia judicial de anulación de laudo: casos de (i) eficacia suspensiva del convenio arbitral; y (ii) extensión subjetiva indebida del convenio arbitral.

(i) Eficacia suspensiva del convenio arbitral

Según expusimos antes, la eficacia del convenio arbitral puede estar sujeta a que primero concluya un plazo (plazo suspensivo) o a que se verifique una condición (condición suspensiva).[2052]

En estos casos, el convenio arbitral es ineficaz de manera transitoria, pero en algún momento posterior surtirá plenos efectos. Por lo tanto, si se declara nulo un laudo porque el convenio arbitral adolecía de un vicio consistente en falta de eficacia, eso no quita que después el convenio pueda dar generar válidamente un arbitraje. Así, efectivamente mientras el convenio arbitral mantenga la ineficacia la disputa deberá litigarse ante las cortes judiciales; sin embargo, si el convenio arbitral pasa a surtir plenos efectos (p. ej. se verifica la condición suspensiva) entonces las partes podrán recurrir al mismo para resolver sus disputas vía arbitraje.

2050 Sin embargo, parece necesario precisar que el conocimiento del caso por parte de la corte de anulación será, casi siempre, solo *formal*. Y es que las causales de anulación no involucran —salvo el cuestionamiento a la motivación— una lectura profunda de la controversia material objeto del arbitraje.

2051 Esto aplica también para Francia. Sí, el *Code de procédure civile* señala que la corte que anuló el laudo resolverá salvo pacto en contrario de las partes. Sin embargo, resulta extraño, para casos de convenio arbitral patológico, que se requiera un pacto de las partes para revertir la regla señalada. Si el convenio arbitral es patológico, es razonable considerar que una de las partes pudo nunca tener intención de someterse a arbitraje; y pese a ello, luego de anular el laudo, debe lograr un acuerdo con la contraparte para que la disputa sea resuelta en la vía ordinaria (proceso judicial nuevo). En la práctica, dicha parte se ve a merced de lo que disponga la otra.

2052 Ver 1.2.3. del capítulo IV.

(ii) Extensión subjetiva indebida del convenio arbitral

El convenio arbitral puede ser ineficaz *en cuanto* a un sujeto involucrado incorrectamente en el arbitraje. Nos referimos al sujeto calificado como parte no signataria que, en realidad, era un tercero ajeno a la disputa. En este escenario, el convenio arbitral es válido y eficaz *para las partes*, pero no para el tercero. Luego, la anulación del laudo no tiene impacto en la validez o en la eficacia del convenio arbitral respecto a las verdaderas partes. Y es que «la anulación por falta de jurisdicción puede afectar solo a una o algunas de las partes».[2053]

En estos casos, el laudo sería anulado en función a que el mismo resuelve controversias que involucran a un sujeto que era un tercero respecto al convenio arbitral. Naturalmente, la presencia de un sujeto *que no debió participar en el procedimiento* hace que todo el procedimiento seguido con dicho tercero también esté viciado. Por lo tanto, las partes del convenio deberán iniciar un nuevo arbitraje que no incluya al tercero.

4.3.1.2. Exceso de autoridad

La anulación de un laudo por exceso de autoridad presupone que sí existe competencia, pero esta fue superada indebidamente por los árbitros. Por lo tanto, la anulación del laudo por dicha causal no descarta que existan controversias que sí puedan ser resueltas o hayan sido resueltas válidamente mediante arbitraje.

Son dos temas los relevantes a tocar: el alcance de la anulación y las consecuencias de la anulación.

(A) Alcance de la anulación

La LMU (artículo 34(2)(a)(III)) sigue la estela de la Convención de Nueva York (artículo V(1)(c)) y precisa que si se pueden separar las cuestiones que constituyen exceso de autoridad de las que no, entonces solo deberán anularse las primeras.

La idea de la norma es, naturalmente, respetar el consentimiento de las partes.[2054] Si el tribunal arbitral resolvió las pretensiones de las partes, pero a la vez se pronunció sobre un tema que no le fue encargado, no parece correcto declarar la nulidad de todo, privando a las partes de la decisión sobre las pretensiones que sí plantearon.

Así, se trata de delimitar la «porción» que se anula del laudo. Solo aquella parte en la que el tribunal excedió su autoridad deberá ser anulada. Por ejemplo, una parte pide el cobro de una deuda sin requerir los intereses, si el tribunal ordena el pago de la deuda más sus intereses, solo la decisión sobre los intereses deberá anularse.[2055]

2053 José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 533 (2008).

2054 Para el caso de la Convención de Nueva York, la norma se enmarca en el objeto de favorecer la ejecución de laudos extranjeros, pues ofrece la opción de ejecutar parcialmente el laudo, en vez de rechazar su ejecución del todo (Mercédeh Azeredo da Silveira & Laurent Lévy, *Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention,* in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 639, 675 (2008)).

2055 SAP Madrid 94/2007, de 2 de febrero de 2007 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 765 (2013)).

Sin embargo, en algunos casos tal separación no podrá hacerse, por lo que toda la decisión se verá afectada. Por ejemplo, una parte pide un resarcimiento de US$ 500,000.00 por daño emergente. Si el tribunal arbitral otorga el resarcimiento pero lo hace en mérito a daño emergente y lucro cesante sin explicar cómo se distribuye el monto entre esos dos conceptos, la decisión de resarcir deberá anularse por completo.

(B) Consecuencias de la anulación

(i) Exceso de autoridad por superación de convenio e incongruencia

Las consecuencias de la anulación del laudo pueden variar según si el exceso de autoridad califica como un supuesto de superación de convenio o no.[2056-2057]

Por un lado, si la cuestión no sometida a los árbitros sí está cubierta por el convenio arbitral, entonces la misma deberá dilucidarse en un nuevo arbitraje. Por el otro, si la cuestión está fuera del convenio arbitral, la cuestión podrá resolverse en la vía judicial o mediante cualquier otro mecanismo que sea aplicable. Al respecto, es ilustrativa la ley peruana, pues esta prescribe normativamente tales consecuencias.[2058]

(ii) Exceso de autoridad por emisión de laudo fuera de plazo

En este escenario, las consecuencias pueden variar según el diseño de la propia causal de anulación. Según expusimos antes,[2059] el vencimiento del plazo puede significar la pérdida de autoridad del tribunal arbitral, o la pérdida de eficacia del convenio arbitral total (el convenio ya no surte efectos) o parcial (el convenio arbitral es ineficaz para las controversias que fueron resueltas por el laudo extemporáneo).

En el primer caso, deberá iniciarse un nuevo arbitraje para resolver la controversia. En el segundo, la disputa que fue resuelta por el laudo extemporáneo deberá resolverse en la vía judicial o en cualquier otro mecanismo alternativo de solución de disputas.[2060]

4.3.1.3. Inarbitrabilidad

Si el laudo es declarado nulo porque la controversia no era arbitrable, es virtualmente seguro que las partes deberán recurrir a un proceso judicial —o a cualquier otro mecanismo distinto al arbitraje— para resolver la disputa.

2056 Ver 3.2.3. del capítulo IV.

2057 Los casos de exceso de autoridad por aplicar criterios de conciencia sin autorización, y por inaplicar el derecho aplicable al fondo (glosados en 3.2.3.3. del capítulo IV) califican también como vicios procedimentales y por tanto sus consecuencias son desarrolladas en 4.3.2.

2058 Artículo 65.1 de la LAP.
«Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.
1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera:
[…]
d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes».

2059 Ver 3.2.3.3.(A) del capítulo IV.

2060 Ello no impide que las partes celebren un nuevo convenio arbitral, y con ello puedan volver a estar sometidos al fuero arbitral.

Es importante apreciar que el convenio arbitral no se ve invalidado por la sentencia que anula el laudo por inarbitrabilidad. Sí, para la corte, las controversias resueltas son inarbitrables. Pero eso no quita que las partes puedan tener otras controversias sobre temas susceptibles de arbitraje; y bajo el convenio arbitral, las partes deberían seguir un arbitraje para resolver tales disputas.

Ahora bien, no se debe descartar que las partes lleven de nuevo la controversia a arbitraje *en otra sede*.[2061] Más allá de la conveniencia de intentar un nuevo arbitraje, la vía existe.[2062]

4.3.2. Casos de vicios procedimentales

4.3.2.1. Marco general

(A) Panorama general

Si el laudo es anulado por incidencias en el procedimiento, ello no debería generar ningún impacto en la validez del convenio arbitral. Es decir, el convenio arbitral no se ve afectado por el laudo anulado (o por el hecho de que ya haya existido un procedimiento arbitral).[2063-2064] Por lo tanto, la competencia *arbitral* para la solución de la controversia se mantiene.

Ahora bien, a nuestro juicio, existen dos escenarios posibles derivados de la continuidad de la competencia arbitral:

- Iniciar un nuevo arbitraje «de cero». Aquí, el laudo es inválido y además las actuaciones arbitrales que le dieron lugar carecen de valor alguno.[2065]

- Retrotraer el caso hasta alguna etapa anterior al acaecimiento del vicio. De esta manera, se aprovechan las actuaciones «limpias» —aquellas que no están contaminadas por el vicio procedimental—.[2066]

Es evidente que estos dos escenarios son muy distintos entre sí. Quizá la mejor manera de ilustrar el grado de diferencia radica en los árbitros. En el primer escenario, se tendrían que elegir

---

2061 Esto es particularmente viable cuando el convenio arbitral no fijaba una sede y los árbitros fueron quienes fijaron la misma. El convenio arbitral podría ser invocado de nuevo para constituir un nuevo arbitraje, en el que el nuevo tribunal debería elegir una sede distinta, para evitar los efectos de la sentencia de anulación.
Naturalmente, esto no impide que alguna de las partes resista este nuevo pedido y alegue que la única sede del arbitraje viable es la que fue fijada por los árbitros en el arbitraje cuyo laudo fue declarado nulo.
Otra forma de ir de nuevo a arbitraje pasa por que las partes celebren un nuevo convenio arbitral. La probabilidad de este escenario parece ser mínima, pero no debe ser descartada.

2062 Tal curso de acción sería pertinente cuando la anulación del laudo responda a criterios de arbitrabilidad «localistas», que, a juicio de las partes, no existen en otras jurisdicciones. Un ejemplo sería el del juego y apuesta: el tema podría ser inarbitrable en un país, pero perfectamente arbitrable en los demás.

2063 Por ejemplo, a nivel normativo, la Ley 1563/2012 de Colombia reconoce expresamente que la nulidad del laudo por esta causal no perjudica el convenio arbitral (art. 110 (para arbitraje internacional)).

2064 María del Pilar Perales Viscasillas, *Sobre la posible retroacción del laudo anulado y la dispar jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia,* 25 Spain Arbitration Rev. 125, 126-27 (2016).

2065 Esta es la regla general adoptada en Francia*, España** y algunos países de Latinoamérica***.
* Sébastien Besson, *Le recours contre la sentence en droit suisse,* 2018(1) Revue de l'Arbitrage 99, 114 (2018); Andrea Pinna, *L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle,* 2008(4) Revue de l'Arbitrage 615, 623 (2008).
** Ver 4.3.2.3.
*** *Id.*

2066 Esta es la regla general adoptada en Inglaterra*, Suiza**, y algunos países de Latinoamérica***.
* *Hussman (Europe) Ltd v. Ahmad Pharaon & Ors,* [2002] EWHC 1134 (Comm); Karyl Nairn, *National Report for England & Wales (2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 90 (Supplement 107, 2019).
** Sébastien Besson, *Le recours contre la sentence en droit suisse,* 2018(1) Revue de l'Arbitrage 99, 114 (2018)).
*** Ver 4.3.2.3.

nuevos árbitros; en el segundo, por regla general, los árbitros cuyo laudo fue anulado retomarían su función.

¿Cuál debe ser el escenario a aplicarse? El tema es especialmente complejo, y se enlaza a los efectos de la sentencia judicial de anulación y al principio de *functus officio*. Por lo tanto, evaluaremos primero tales aspectos, y luego desarrollaremos las dos posiciones glosadas.

Para finalizar este marco general: nada impide que la ley establezca consecuencias distintas después de la anulación del laudo por vicios procedimentales. Un país podría, inclusive, transferir la competencia del caso a las cortes judiciales.[2067] No parece, sin embargo, que la consecuencia de un vicio procedimental deba ser la pérdida de competencia del fuero arbitral para resolver la controversia. Es evidente que ello va contra el reconocimiento y el respeto al convenio arbitral. Que un arbitraje se haya hecho «mal» no significa que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, recogida en el convenio, deba ser alterada o ignorada.

(B) Los efectos de la sentencia judicial de anulación

Según expusimos antes, existen dos posiciones en cuanto a los efectos de la sentencia judicial que anula el laudo.[2068] La sentencia puede tener efectos *ex nunc,* por lo que el laudo fue válido por un tiempo y dejó de serlo desde que se emite la sentencia que lo anula; o puede tener efectos *ex tunc*, por lo que se entiende que el laudo nunca surtió efectos.

La elección de una u otra posición tiene un efecto en la aplicación del concepto de *functus officio* y por tanto en la reconstitución del tribunal arbitral que emitió el laudo anulado.

Si la sentencia tiene efectos *ex nunc,* es difícil sostener que el tribunal arbitral original debe reconstituirse. El tribunal arbitral cesó funciones al emitir el laudo y la sentencia judicial que anula el mismo en nada cambia tal conclusión de funciones.

Si la sentencia tiene efectos *ex tunc,* ambas posibilidades siguen abiertas. Es decir, podría devolverse el caso al mismo tribunal arbitral para que reanude actuaciones desde antes del vicio, o podría iniciarse un nuevo arbitraje de cero. Esto depende de si los efectos *ex tunc* recaen solo sobre las partes o si se extiende en realidad para todo el ordenamiento.

Si los efectos *ex tunc* aplican solo sobre las partes y no son oponibles a otros sujetos, entonces la anulación no cambiaría el hecho de que los árbitros ya concluyeron funciones y por lo tanto no tienen deber alguno de retomar el caso.

Si los efectos *ex tunc* aplican sobre las partes y son oponibles a terceros, incluyendo a árbitros, entonces la anulación derivaría en que los árbitros deban volver al punto anterior a la emisión del laudo. Luego, los árbitros retoman el caso porque *nunca completaron su función* (el laudo se tiene como nunca emitido).

2067 Este es el caso de Francia (art. 1493 del *Code de procédure civile*). La norma francesa establece, para arbitrajes locales, que una vez declarada la anulación del laudo las cortes proceden a resolver la disputa, salvo pacto en contrario de las partes.

2068 Ver 4.1.1.2.

(C) Posiciones existentes

(i) Inicio de un nuevo arbitraje

Si el laudo se anula, puede sostenerse que las partes deben iniciar un nuevo arbitraje.[2069]

El fundamento central de esta postura está en la noción de *functus officio.* Si el tribunal arbitral laudó, cumplió su función. La sentencia judicial puede dejar sin efecto un laudo, sí, pero no debería tener ningún impacto en el hecho de que los que eran miembros del tribunal arbitral ya no lo son. Así, «la temporalidad de las funciones de los árbitros impide retrotraer las actuaciones al momento en que se cometieron las infracciones en las notificaciones o las vulneraciones de los principios».[2070]

Asimismo, bajo la LMU, puede sostenerse que la existencia de la institución de la *remission* descarta que la consecuencia natural de la anulación del laudo sea devolver el caso al tribunal arbitral que emitió el laudo anulado (reenvío). La *remission* según expusimos antes, significa la devolución del caso al tribunal arbitral.[2071] Dado que la *remission* constituye una figura excepcional y que aplica *antes* de que el tribunal arbitral decida si anula o no el laudo, entonces puede considerarse que si el laudo ya se anuló el caso pueda ser devuelto al tribunal arbitral original. Así:

> In our judgment, the court has no power to remit an award after it has been set aside. Not only is this founded on the plain words of Art 34(4), but it also accords with good sense. Remission is a curative option that is available to the court in certain circumstances where it considers that it may be possible to avoid setting aside the award. For that reason, remission, in the correct sense, will always be to the same tribunal that made the award that is under the consideration of the court.[2072]

En efecto, la cercanía entre la figura de la *remission* y el reenvío es evidente. Luego, se sostiene que si la regla general fuese que después de anulado el laudo el caso vuelva al tribunal arbitral original, la figura de la *remission* no tendría mucho sentido.

Existe otro argumento importante para postular que el arbitraje debe iniciarse desde cero y con nuevos árbitros: la potencial afectación a la imparcialidad al encargar el caso a árbitros que ya habían resuelto el caso antes.[2073] Se ha alegado que en estos casos el tribunal arbitral ya *prejuzgó* la disputa y por lo tanto no podría resolver de nuevo el caso imparcialmente. [2074]

Más aun, la posición puede sosterse en fundamentos psicológicos. Es sólido considerar que las personas cuentan con dos sistemas cognitivos de toma de decisiones: el sistema 1 que es intuitivo, ágil y emocional; y el sistema 2 que es reflexivo y matemático.[2075] Al emitir un laudo, los árbitros aplican ambos sistemas; sin embargo, si se anula el laudo y se pide a estos volver a laudar, los árbitros podrían reaplicar el sistema 2, pero difícilmente podrán hacer un nuevo juicio intuitivo (sistema 1). Así:

2069 Si se anula un laudo, pero existen laudos parciales previos, no se iniciaría un nuevo arbitraje desde cero. El procedimiento arbitral comenzaría desde la emisión del laudo inmediatamente anterior al laudo anulado.

2070 Rafael Hinojosa Segovia, *El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión,* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 135, 144 (2019).

2071 Ver 3.

2072 *AKN and another v. ALC and others*, [2015] SGCA 63, § 34.

2073 Andrea Pinna, *L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle,* 2008(4) Revue de l'Arbitrage 615, 638-39 (2008).

2074 Teresa Giovannini, *Chapter 11: Annulled International Arbitral Awards and Remand: Can/Should the Same Arbitral Tribunal Take the Case Anew? A Short Analysis from a Swiss Perspective,* in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 103, 104 (2017).

2075 Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow* (2011); entre otros.

> This, in the author's opinion, explains why it is not possible for an individual or a tribunal to review and change a decision made on the merits of a dispute on the exclusive basis of a System Two Information, namely on the basis of a rule or an objective element that ought to be considered according to the set aside court judgment. System Two considerations, as we have seen, shall not and cannot alter System One results that, once reached, can hardly, even in the best good faith, be reconsidered. What is called in French 'l'intime conviction du Juge' is reached once for all, and hardly ever be altered.[2076]

Asimismo, puede decirse que los árbitros que deben emitir un nuevo laudo sufrirían del sesgo de confirmación: la tendencia a asimilar argumentos y hechos objetivos en función a si estos validan o no la posición ya establecida. Se otorga especial importancia a aquellos elementos que refuerzan o sostienen la posición adoptada, mientras que los elementos contrarios a la posición son desmerecidos o incluso ignorados.[2077] Más aun, ya existen estudios que denotan que los árbitros son tan susceptibles a este sesgo como cualquier otro grupo.[2078]

Si el laudo se anula, es razonable sostener que el tribunal arbitral al reasumir el caso pueda tener una tendencia a «mantenerse en sus trece». Es decir, dado el sesgo de confirmación, el tribunal arbitral podría desmerecer todo argumento o prueba que difiera de la postura ya adoptada en el laudo anulado. Por lo tanto, sería necesario que después de la anulación se constituya un tribunal arbitral nuevo, lo que a su vez derivaría, en la práctica, en iniciar un arbitraje desde cero.

(ii) Retroacción de actuaciones (reenvío)

Si el laudo se anula, puede sostenerse que el caso debe ser reenviado a los árbitros para que estos reinicien actuaciones a partir de algún momento previo al acaecimiento del vicio procedimental que derivó en la anulación. Así, el reenvío consiste en la retroacción del procedimiento arbitral para que se emita un nuevo laudo en reemplazo del laudo anulado.[2079]

En primer lugar, al menos bajo la tradición del derecho civil, puede sostenerse que los árbitros *mantienen* la misión encomendada y que no se incurrió en *functus officio.* La razón es bastante simple: si el laudo es declarado nulo, debería considerarse que *este nunca existió*, debería tenérsele como jamás emitido. En ese sentido, si el laudo nunca se emitió, entonces el tribunal arbitral sigue a cargo del caso pues, precisamente, aún no ha expedido un laudo válido.[2080]

Así, la remisión del caso al tribunal arbitral es una consecuencia *natural* de la anulación del laudo. Y ello debido a los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad del laudo.[2081] Para esto, naturalmente, sería necesario considerar que los efectos *ex tunc* no solo recaen sobre las partes del arbitraje, sino también sobre el ordenamiento en general.

2076 Teresa Giovannini, *Chapter 11: Annulled International Arbitral Awards and Remand: Can/Should the Same Arbitral Tribunal Take the Case Anew? A Short Analysis from a Swiss Perspective,* in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 103, 104 (2017).

2077 Margit E. Oswald & Stefan Grosjean, *Confirmation Bias* in R. F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions. A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgment and Memory* 79 (2014).

2078 Rebecca K. Helm, Andrew J. Wirstrich & Jeffrey J. Rachlinski, *Are Arbitrators Human?,* 13(4) J. of Empirical Studies 666, 681-686 (2016).

2079 Esta es la definición que hacemos de reenvío para este trabajo. El término, por cierto, hace referencia a un concepto distinto al de *remission,* que ya ha sido analizado antes.

2080 Stuart Isaacs, *Chapter 22: Life after Death: The Arbitral Tribunal's Role Following Its Final Award,* in N. Kaplan & M. J. Moser (eds.), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* 357, 360 (2018).

2081 Christian Aschauer, *Neue Gerichtszüständigkeiten für Schiedssachen in Österreich,* 2014(1) b-Arbitra 9, 23-24 (2014).

En ese sentido, vale notar que *solo* el laudo fue anulado. Ello no necesariamente invalida todas las actuaciones acaecidas en el procedimiento arbitral. Lógicamente, las actuaciones viciadas deberán repetirse, pero para aquellas previas al vicio no existe ningún mandato judicial que declare su invalidez.

En segundo lugar, que el caso sea devuelto al tribunal arbitral resulta incluso la respuesta más lógica en casos de anulación cuando hay múltiples laudos parciales. Si se anula el laudo parcial C (antes se emitieron los laudos parciales A y B), resulta sólido sostener que la consecuencia es que el caso se reinicia en algún punto posterior a la emisión del laudo parcial B, y que el caso sigue a cargo de los mismos árbitros. Sobre ello, puede argumentarse que carece de sentido distinguir las consecuencias en supuestos de laudos parciales, en los que el caso vuelve al mismo tribunal arbitral, y casos de único laudo, en los que habría que conformar un nuevo tribunal. [2082]

En tercer lugar, el reenvío al tribunal arbitral resulta la posición más atractiva si se trata de desincentivar la presentación de demandas de anulación de laudo. Es evidente que un *award debtor* buscará anular el laudo para evitar tener que cumplir con el mismo; y si el caso debe volver a litigarse —recordemos que si el vicio no afecta la validez del convenio entonces las partes siguen sometidos a resolver sus disputas mediante arbitraje— el *award debtor* preferirá que el caso sea evaluado y resuelto por un nuevo tribunal arbitral.

Es sólido considerar que para el *award debtor* las posibilidades de ganar el caso que ya había perdido son más altas con un tribunal arbitral nuevo, a comparación de volver a llevar el caso ante el tribunal arbitral que emitió el laudo anulado.[2083]

En cuarto lugar, el reenvío al tribunal arbitral para que se reanude el caso parece una decisión más eficiente, célere y económica.[2084] Al reiniciar el caso ya desarrollado, se logra un ahorro significativo en costos y tiempo. Iniciar un arbitraje de cero definitivamente tomará más tiempo, y además involucrará pagar a los nuevos árbitros que asuman el caso.

4.3.2.2. Posición ideal: reenvío del expediente

En nuestra opinión, si el laudo se anula por vicios procedimentales, la regla predeterminada es que el expediente debe ser reenviado al tribunal arbitral para que este reanude las actuaciones desde el punto en que surgió el vicio.

(A) Fundamentos de la posición

(i) Fundamentos centrales

A nuestro criterio, la retroacción de las actuaciones es la consecuencia *natural* y *lógica* de la anulación de un laudo por vicios procedimentales.

En primer lugar, según expusimos antes, consideramos que la sentencia judicial que anula un laudo tiene efectos *ex tunc*. Estos efectos, por cierto, se reflejan en todo el sistema jurídico, por lo

---

2082 Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *UNCITRAL Model Law: Composition of the Arbitration Tribunal* Re*-considering the Case upon Setting Aside of the Original Arbitration Award,* 34(1) J. of Int'l Arbitration 17, 26 (2017).

2083 Sébastien Besson, *Le recours contre la sentence en droit suisse,* 2018(1) Revue de l'Arbitrage 99, 114 (2018).

2084 Christian Aschauer, *Neue Gerichtszüständigkeiten für Schiedssachen in Österreich,* 2014(1) b-Arbitra 9, 24 (2014); Rafael Hinojosa Segovia, *El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión,* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 135, 152 (2019).

que recaen también en los árbitros. Si el laudo fue declarado nulo, este jamás generó efectos y por tanto el tribunal arbitral existe y tiene pendiente concluir el encargo que le ha sido encomendado.

Segundo, la situación de los laudos parciales demuestra que la retroacción es la opción más lógica. Ante la anulación de un laudo parcial, no parece sensato que deba iniciarse un arbitraje con nuevos árbitros que trabajen sobre la base de los laudos emitidos por los anteriores árbitros. El caso de los laudos parciales confirma que resulta eficiente que sea el tribunal arbitral que emitió el laudo anulado el que deba emitir un nuevo laudo.

Si el fundamento para sostener que después de la anulación debe iniciarse un nuevo arbitraje es el principio de *functus officio*, tal fundamento no podría cubrir todos los casos. Precisamente, si al momento de la emisión de la sentencia de anulación el tribunal arbitral sigue en funciones —por ejemplo, se anula un laudo parcial y en paralelo el tribunal arbitral aun no emite el laudo último—, entonces no habría impedimento para retrotraer las actuaciones arbitrales.[2085]

En realidad, la retroacción de las actuaciones es la opción más eficiente, incluso para casos en los que no haya laudos parciales. Según expusimos antes, devolver el caso al tribunal arbitral que emitió el laudo anulado constituye una opción más económica, rápida y simple que iniciar un nuevo arbitraje de cero.

Ahora bien, podría sostenerse que el caso de los laudos parciales es especial, pues el tribunal arbitral que emitió el laudo parcial anulado sigue en funciones. Sin embargo, precisamente, si aceptamos que la sentencia judicial de anulación de laudo tiene efectos *ex tunc,* entonces el tribunal arbitral sí sigue en funciones, pues nunca culminó con el encargo (su laudo fue anulado).

Otro aspecto importante a evaluar es la pertinencia de la retroacción bajo el esquema de la LMU. Según expusimos antes, se sostiene que la existencia de la *remission* (artículo 34(4)) descarta que la consecuencia de la anulación del laudo sea la devolución del caso al tribunal arbitral que emitió el laudo anulado.

En realidad, la figura de la *remission* no resulta incompatible con la figura de la retroacción de las actuaciones como consecuencia de la anulación. Así, en Inglaterra, la jurisprudencia —aunque no de manera unánime— ha reconocido que la anulación del laudo puede significar que el caso vuelva al tribunal arbitral. En *Hussman (Europe) Ltd v. Ahmad Pharaon & Ors,* un tribunal inglés consideró que la anulación del laudo derivaba en devolver el caso al tribunal arbitral.[2086]

Precisamente, si existe un vicio procedimental y se dispone la anulación del laudo, la judicatura inglesa considera que el caso debe ser devuelto al tribunal arbitral. Así, «the fact that this is a case for setting aside and not merely remission, even as I have found a clear case for setting aside, does not create any basis on its own for removing the Arbitrator».[2087]

La *remission* y la retroacción de actuaciones luego de la anulación del laudo no son instituciones que se excluyan. Un argumento adicional que demuestra esto es que en algunos casos la aplicación de la figura de *remission* no será viable, pero ello no significa que al anularse el laudo los árbitros

---

2085 Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *UNCITRAL Model Law: Composition of the Arbitration Tribunal Re-considering the Case upon Setting Aside of the Original Arbitration Award,* 34(1) J. of Int'l Arbitration 17, 26 (2017). La autora precisa que el argumento proviene de Andreas Reiner.

2086 [2002] EWHC 1134 (Comm). Sin embargo, *Hussman* es un caso muy especial, pues el cuestionamiento al laudo se fundaba en razones jurisdiccionales (art. 67 de la *Arbitration Act 1996*) y no en *serious irregularity* (art. 68 de la *Arbitration Act 1996*).

2087 *RJ and another v. HB,* [2018] EWHC 2833 (Comm), § 59.

deban necesariamente ser reemplazados. En algunos casos los vicios hacen necesario que el procedimiento arbitral se tenga que en la práctica reiniciar de cero, pero sin que haya razón alguna para cambiar a los árbitros que emitieron el laudo anulado.[2088]

En suma, las figuras de la *remission* y el reenvío —devolución del caso al mismo tribunal arbitral después de la anulación— pueden coexistir bajo un mismo esquema de control judicial del laudo. Bajo la LMU, la remisión es una atribución especial de la judicatura; y si bien en estricto esta figura tiene similitudes con el reenvío, no son idénticas, y por lo tanto no puede argumentarse que la presencia de la primera descarta la existencia de la segunda.

(ii) Sobre el prejuzgamiento

Un argumento que merece especial análisis es el de prejuzgamiento. Cuando los árbitros laudan por primera vez, están —obviamente— juzgando. Luego, si el laudo se anula, pedir al mismo tribunal arbitral que resuelva de nuevo significaría estar en un supuesto de prejuzgamiento.

En verdad, es muy razonable considerar que la imparcialidad de los árbitros puede verse afectada dado el prejuzgamiento incurrido al emitir el primer laudo (el laudo anulado). Sin embargo, eso no significa que *necesariamente* debe descartarse el reenvío y la consecuencia deba ser siempre la composición de un nuevo tribunal arbitral y el reinicio de las actuaciones.

El prejuzgamiento es una cuestión sensible, pero a nuestro juicio está igual dentro del ámbito de control de las partes. Las Directrices IBA sobre conflicto de intereses establecen como supuesto rojo renunciable que el árbitro haya «intervenido en el asunto en el pasado».[2089] Los supuestos rojos renunciables son casos en los que las partes pueden dispensar al árbitro del conflicto de interés.[2090] Luego, puede sostenerse que un árbitro que incurre en prejuzgamiento puede seguir actuando como árbitro si las partes expresamente autorizan ello.

Más aun, en el derecho procesal, no es inusual que la nulidad de una sentencia judicial pueda derivar en que el caso vuelva al juez que expidió tal sentencia, para que emita una nueva.[2091] Los países que adopten esta práctica no podrían decir que el prejuzgamiento del juzgador por anulación de su decisión constituye una cuestión que necesariamente deriva en que tal juzgador deba ser reemplazado.

En suma, son las partes las que tienen la atribución de disponer si, en el supuesto de que el laudo se anule, el tribunal arbitral original debe continuar o si por el contrario debe constituirse un nuevo tribunal. La verdadera cuestión, entonces, está en determinar cuál debe ser la regla *predeterminada*. Si las partes no establecen nada al respecto y el laudo se anula, ¿deben los árbitros permanecer o deben necesariamente ser cambiados?

A nuestro juicio, el reenvío debe ser la consecuencia predeterminada. El potencial prejuzgamiento en el que podría incurrir el tribunal arbitral original no justifica revertir la regla

---

2088 *Pacol Ltd v. Rossakhar,* [2000] 1 Lloyd's Rep. 109.

2089 Directrices IBA, § 2.1.2. de la Parte II.

2090 Directrices IBA, § 4(c) de la Parte I.

2091 En España, el artículo 465.4 de la LEC establece que en ciertos casos el órgano a cargo de la apelación puede declarar nula la sentencia y reponer las cosas «al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió». En algunos casos, esto puede significar la devolución del expediente al juez de primera instancia que emitió la sentencia declarada nula. En Perú, el artículo 364 del Código Procesal Civil establece que la sentencia judicial puede ser anulada; en tales casos, es práctica asentada que el caso vuelva al juez que emitió la sentencia anulada. Esto incluso es consecuencia lógica de las disposiciones de prevención (artículos 29 y siguientes del Código Procesal Civil), por las cuales el juez que asume el caso tiene competencia exclusiva sobre el mismo frente a cualquier otro.

predeterminada y disponer que, por defecto, la consecuencia de la anulación sea el inicio de un nuevo arbitraje. Esto gracias a los efectos *ex tunc* de la anulación. Si el laudo se anula, entonces nunca existió, y por lo tanto los árbitros originalmente elegidos continúan en sus puestos. *Es una cuestión puramente lógica que el tribunal arbitral original reasume el caso.*

La consecuencia natural es que los árbitros sigan en sus puestos; luego, esa debe ser la regla predeterminada. Las partes, naturalmente, tienen la atribución de acordar una consecuencia distinta: que pese a los efectos ex tunc de la anulación, el tribunal arbitral no siga en funciones, sino que pase a constituirse uno nuevo.

(B) Consideraciones técnicas sobre el reenvío del expediente

Según expusimos, a nuestro juicio la consecuencia natural de la anulación del laudo bajo esta causal es que el caso sea reenviado al tribunal arbitral para que este reanude las actuaciones desde el punto en que se generó el vicio. Ahora bien, dicha consecuencia merece algunas precisiones técnicas.

(i) Naturaleza de la regla

Si bien ya expusimos esto en un apartado previo, consideramos importante resaltar que la regla propuesta consistente en el reenvío del expediente es de naturaleza *supletoria.* Las partes pueden optar por que el arbitraje se tenga que hacer de nuevo, desde cero. Y es que una vez anulado el laudo por vicios procedimentales, la validez del convenio arbitral —pues este no se ve afectado— hace el caso vuelva al fuero arbitral, y por tanto al ámbito de regulación procedimental de las partes. Las partes no pueden regular sobre la anulación de un laudo, pero sí sobre qué cómo proceder después de dicha eventual anulación.

En efecto, aun si asumimos que la sentencia judicial de anulación tiene efectos *ex tunc,* nada impide a las partes establecer que ante una eventual declaración de nulidad del laudo, se dispensa a los árbitros del encargo que recibieron, y por lo tanto cualquiera de las partes podrá iniciar un nuevo arbitraje, desde cero.

(ii) La permanencia de los árbitros

[a] Marco general

Si la consecuencia de la anulación del laudo es la retroacción de actuaciones, parecería que ello significa que el tribunal arbitral que emitió el laudo anulado reasume sus funciones —en estricto, nunca las dejó, pues la declaración de nulidad de laudo tiene efectos *ex tunc*— y reanuda el arbitraje desde el punto en que se produjo el vicio.

Sin embargo, es necesario analizar a detalle la continuidad de los árbitros. Es decir, qué significa que los árbitros reasuman el caso.

El reenvío significa que los árbitros retoman el caso. Sin embargo, por regla general, esto no afecta la libertad de las partes de cuestionar (o no) la permanencia de los árbitros. En particular, es razonable considerar que pueda haber reticencias en cuanto a la permanencia de los árbitro después de anulado el laudo (al menos por el lado de la parte que logró la anulación).[2092]

2092 Rafael Hinojosa Segovia, *El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión,* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 135, 152 (2019).

Las partes podrían recurrir a los pedidos disponibles bajo la *lex arbitri* aplicable a su caso. Precisamente, como veremos líneas abajo, las partes podrán cuestionar a los árbitros por razones de imparcialidad e independencia. No obstante, tales pedidos no podrían fundarse en el supuesto prejuzgamiento del tribunal arbitral. La razón es que ello desvirtuaría la regla predeterminada consistente en precisamente el reenvío. Si las partes

Cuestión distinta es si se puede solicitar el reemplazo de los árbitros por el hecho de que estos emitieron un laudo «defectuoso» (pues fue anulado). Es decir, pedir la sustitución por una deficiente realización de funciones. La respuesta, a nuestro criterio, dependerá de lo que establezca la *lex arbitri* y el acuerdo de las partes.

La *lex arbitri* puede establecer vías específicas para cuestionar al tribunal por un mal desempeño. Por ejemplo, en Inglaterra, el árbitro puede ser removido por no conducir apropiadamente las actuaciones.[2093] En ese sentido, para el caso en que el laudo fuese anulado, «given that setting aside [the award] is the remedy of last resort, the conduct of the tribunal leading to that draconian remedy may be such that its members would be subject to challenge and removal».[2094]

Al respecto, vale notar que la LMU no contempla una vía para cuestionar la permanencia del árbitro por inadecuado desempeño de sus funciones. Tampoco parecen hacerlo varios ordenamientos de Iberoamérica.[2095]

Por su lado, la libertad de las partes para diseñar el procedimiento arbitral permite a estas establecer un mecanismo de separación de árbitros que se sustente en causales relativas a la actuación del árbitro. Así, si la actuación del árbitro no ha sido adecuada[2096] cualquiera de las partes podría solicitar la separación del árbitro, delegando la decisión a, por ejemplo, el centro de arbitraje a cargo del caso. Inclusive, las partes podrían establecer reglas específicas para los casos en que el laudo es anulado y el expediente es reenviado al tribunal arbitral (el supuesto bajo análisis).[2097]

[b] Casos de necesario reemplazo de los árbitros

En algunos casos, la propia retroacción de las actuaciones deberá derivar en el reemplazo de uno o más árbitros. Esto se produce cuando el vicio consiste en falta de independencia o imparcialidad de un árbitro, cuando la constitución del tribunal arbitral fue irregular, cuando el árbitro ha participado activamente en el proceso judicial de anulación, entre otros.

2093 Art. 24 de la *Arbitration Act*.

2094 Karyl Nairn, *National Report for England & Wales (2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 90 (Supplement 107, 2019).

2095 En Perú, la LAP señala que, para arbitrajes en los que el Estado es parte, después de anulado el laudo, las partes pueden solicitar la sustitución del árbitro que cada una designó y que pueden «solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado» (art. 65.1.b). Sin embargo, no queda claro a qué se refiere la norma con «sustitución», además, la recusación solo puede fundarse en cuestiones de imparcialidad e independencia, por lo que no podría encauzar un cuestionamiento al desempeño del árbitro.
Claramente, la norma tiene una redacción muy criticable. Y sobre ello, la misma no permite concluir que se ha construido una vía para cuestionar al árbitro por un desempeño defectuoso.

2096 Ciertamente las partes deberían dar una definición más precisa que el término aquí empleado.

2097 La libertad de las partes puede dar lugar a infinidad de pactos: aquellas podrían establecer diversos pactos: que el pedido de una parte baste para que de forma automática uno o más árbitros deban ser sustituidos, que dicho pedido deba ser conjunto, que la institución arbitral evalúe y resuelva el pedido, etcétera.
Además, en caso de efectiva sustitución, las partes también podrían establecer reglas sobre el tema de devolución o recorte de honorarios.

Si el laudo se anula por cuestiones relativas a falta de independencia o imparcialidad de un árbitro, es evidente que el arbitraje debe retomarse sin la participación de dicho árbitro.[2098] Es decir, se deberá hacer una designación nueva.[2099] Y dado que, precisamente, se hace una designación nueva, las principales actuaciones arbitrales deberán repetirse para que el nuevo árbitro pueda participar y tenga la oportunidad de decir algo al respecto (*to have a say in the matter*).

Es necesario resaltar que la sentencia judicial, por regla general, no dispondrá que el árbitro debe ser reemplazado. La sentencia se limita a anular el laudo.[2100] Ahora bien, uno esperaría que si el laudo se anula por falta de independencia o imparcialidad de un árbitro, este renuncie tan pronto se produzca el reenvío. Sin embargo, si ello no sucede, será necesario que la parte interesada cuestione al árbitro, siguiendo la vía respectiva establecida en la *lex arbitri*.[2101]

Si el laudo se anula por una indebida constitución del tribunal arbitral, el arbitraje debe reiniciarse con la repetición del procedimiento de designación y conformación del tribunal. El tribunal original será reemplazado total o parcialmente.[2102] Si tal repetición deriva en un tribunal completamente nuevo, en la práctica ello significará que el arbitraje se reiniciará de cero.[2103]

Si el árbitro participó activamente en el proceso judicial de anulación para defender el laudo,[2104] este podría dejar de calificar como independiente o imparcial si el caso es reenviado de vuelta al tribunal arbitral. Que el árbitro haya litigado «al mismo nivel» que una de las partes ya no le permitiría fungir como árbitro en ese caso. Dicha actuación tendrá un efecto —conciente o inconciente— en la manera en cómo el árbitro trate a las partes. Esto basta para sostener que existe una duda justificada en cuanto a su imparcialidad. Por lo tanto, lo razonable sería que, en caso de reinicio de actuaciones, el árbitro renuncie a su cargo. Si no lo hace, podría ser objeto de cuestionamiento por falta de independencia o imparcialidad.

2098 ¿Desde qué momento el árbitro dejó de ser imparcial? Dicha pregunta difícilmente podrá ser respondida. Si se evidencia la falta de imparcialidad o independencia, entonces la retroacción debe hacerse hasta el punto en que la presencia de dicho árbitro no contaminaba las actuaciones, es decir, al momento de su designación.

2099 Cuestión particular es si el convenio arbitral identificaba de antemano quién sería el árbitro o quiénes serían los árbitros. En un caso como este, podría asumirse que las partes acordaron ir a arbitraje siempre que tales personas fuesen los árbitros; en términos coloquiales, «o ellos de árbitros o nada». Luego, si estas personas dejasen el cargo —sea por recusación, renuncia o cualquier otra razón— entonces podría afirmarse que el acuerdo de ir a arbitraje es impracticable, por lo que la controversia podrá ser resuelta en sede judicial.

2100 Ver 4.1.1.1.(B).

2101 Si el cuestionamiento es desestimado, la parte interesada podrían invocar tal hecho como fundamento para una demanda de anulación contra el nuevo laudo a ser emitido. El fundamento radicaría en la afectación al debido proceso, pues el árbitro que adolece de falta de imparcialidad o independencia no ha sido reemplazado.

2102 En estricto, nada impide que la repetición del procedimiento de designación derive en que uno o más árbitros del tribunal arbitral original sea designado de nuevo. Por ejemplo, las partes establecieron que los árbitros designados por estas deberían escoger al presidente de una lista fijada por la institución y con previa entrevista al candidato. Si los árbitros no observaron tal procedimiento, entonces la elección del presidente es irregular, y por tanto la reanudación del arbitraje derivará en que los árbitros deban, ahora sí, seguir el procedimiento para escoger al presidente. Pues bien, no parece inviable que, luego de seguir el procedimiento, los árbitros elijan al mismo sujeto al que escogieron originalmente.*

* Naturalmente, en este caso hipotético, surge la cuestión de si el sujeto designado aceptaría, considerando el problema generado en el arbitraje cuyo laudo fue anulado. Además, las partes podrían cuestionar su designación alegando que tal presidente incurre en prejuzgamiento.

2103 Aunque nada impide al nuevo tribunal valerse de algunas actuaciones efectuadas en el procedimiento arbitral originario, a efectos de hacer más célere y eficiente el desarrollo del arbitraje.

2104 Sobre los árbitros como demandados, ver 4.2.3.2. del capítulo II.

(iii) La determinación del punto de reinicio de actuaciones

Una última cuestión radica en cómo se define cuál es el punto en que debe reiniciarse el arbitraje. Parece indiscutible que el reinicio debe darse en un punto anterior al vicio que derivó en la anulación del laudo. Sin embargo, fuera de ello, no parecen existir más pautas.

Es imposible determinar, *ex ante* y para todos los escenarios, en qué punto deberá reiniciar el arbitraje. Sin embargo, podemos clasificar los supuestos en tipos generales y también evaluar *quién* define el punto exacto de reinicio de actuaciones.

[a] Clasificación de casos

Según el punto en que el caso se reiniciará, los vicios procedimentales pueden clasificarse en cuatro tipos.

Vicios procedimentales en la constitución originaria del tribunal arbitral. Si el vicio se ubica en la etapa inicial de constitución del tribunal arbitral, en la práctica ello significa que el arbitraje deberá iniciarse desde cero. El vicio se ubica en una etapa muy «temprana» del procedimiento y por tanto su subsanación involucrará una nueva realización casi total o total de las actuaciones arbitrales.

Infracción a la independencia o imparcialidad. Si el laudo se anula por cuestiones de falta de independencia o imparcialidad, la reanudación del caso deberá hacerse considerando la necesidad de que el árbitro reemplazante tenga voz y decisión en las cuestiones centrales del caso (decisiones sobre jurisdicción, incorporación de partes no signatarias, admisión de pruebas, etcétera). Es decir, tales cuestiones deberán discutirse y decidirse de nuevo.

En estos casos, debe tenerse en cuenta que el procedimiento arbitral se ha visto *contaminado* por la presencia del árbitro que carecía de independencia e imparcialidad. Por ello, no es viable separar entre actuaciones «limpias» y actuaciones contaminadas. De ahí que el tribunal arbitral deba realizar de nuevo todas las actuaciones centrales.[2105]

Infracciones en el procedimiento. Si el procedimiento es infringido en cualquier etapa del mismo, el reinicio del caso deberá hacerse en el punto inmediato anterior a la infracción. Se trata, según ya expusimos, de separar las actuaciones no afectadas por el vicio de las que sí, para repetir solo estas últimas.

2105 Esta consecuencia está sujeta a limitaciones cuando el plazo para impugnar un laudo parcial se activa sin esperar a que se emita el laudo último. Un ejemplo: el procedimiento arbitral va camino a la emisión del tercer laudo parcial, una parte encuentra que los árbitros carecen de independencia o imparcialidad y demandar la anulación del tercero laudo cuando este es emitido. La demanda es fundada y se declara la nulidad del laudo. El caso se debería retrotraer totalmente, pues el vicio contamina todo el procedimiento, desde su inicio; sin embargo, los laudos parciales previos no fueron impugnados *y ya no hay forma de invalidarlos*. Luego, el resultado (indeseado) es que los dos primeros laudos, emitidos por un tribunal arbitral carente de independencia e imparcialidad, se mantendrían incólumes y el arbitraje se reiniciaría en el punto posterior a la emisión del segundo laudo parcial.
El fundamento por el cual tales laudos no pueden ser invalidados radica en su carácter de cosa juzgada. Como referencia, en Suiza el cuestionamiento (recusación) exitoso contra un árbitro por imparcialidad o independencia derivará en el reemplazo de tal árbitro, pero no en la invalidez del laudo parcial que aquel hubiese emitido antes (Nadja Jaisli Kull & Andrea Roth, *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Challenging Arbitrators for Lack of Independence or Impartiality: Procedural Pitfalls from a Swiss Perspective*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019,* at 223, 244-45 (2019)).
Según expusimos antes, lo ideal es que el plazo para demandar la anulación de los laudos parciales comienza solo después de la emisión del laudo último (ver 4.3.2.2.(C) del capítulo II). Así, la situación hipotética glosada no ocurriría.

Infracciones evidenciadas el laudo. El laudo puede reflejar infracciones al procedimiento arbitral. En estos casos, si el problema está en el laudo, entonces el reinicio de actuaciones debe hacerse en la etapa final del procedimiento arbitral. En específico: deliberación, decisión y emisión de laudo.[2106]

Aquí encajan distintos casos:

- Laudo que incumple el requerimiento de motivación.
- Árbitros que resuelven la controversia aplicando criterios de equidad sin autorización de las partes.
- Árbitros que resuelven inaplicando el derecho aplicable al fondo de la controversia.

En esos casos, el reinicio de actuaciones arbitrales involucraría que los árbitros emitan un nuevo laudo, que subsane la infracción en que incurría el laudo anulado.

[b] Autoridad que define el punto de retroacción

La anulación del laudo y el reenvío del caso hacen nacer una cuestión específica: ¿quién define en qué posición exacta se reinicia el arbitraje? Hay, en esencia, dos opciones: los jueces, o los árbitros.

En cuanto a la primera opción, no parece que el juez tenga la autoridad para fijar el punto de reinicio de actuaciones. El proceso judicial de anulación de laudo se restringe a definir si el laudo se declara nulo o no.[2107] Nada más. Las consecuencias posteriores de dicha nulidad escapan a la misión encomendada al juez.

En cuanto a la segunda opción, esta parece ser la correcta. La declaración de nulidad del laudo, dados sus efectos *ex tunc,* deriva en que los árbitros «vuelven» a contar con autoridad sobre el caso sometido a arbitraje. En ese sentido, estos son los llamados a determinar a qué punto específico debe retornar el procedimiento arbitral.

No obstante, en algunos casos los árbitros no deberán contar con la atribución para definir el punto de reinicio. En específico, ello sucede en casos de irregularidades en la conformación del tribunal arbitral. Si la designación de los árbitros adolece de vicios, entonces las partes deben retomar el caso al punto previo a la designación o designaciones afectadas por el vicio.

Para finalizar, y aun cuando parezca difícil de darse en la práctica, las partes también podrían proyectar reglas específicas relacionadas a la reanudación de actuaciones después de la anulación del laudo.[2108] En tales casos, los árbitros deberían seguir lo estipulado en dichas reglas.

Ahora bien, las partes pueden cuestionar el punto de reinicio fijado por los árbitros en caso lo consideren pertinente. En específico, si una parte considera que la decisión del tribunal sobre este tema le perjudica, podrá demandar la anulación del laudo al amparo de la causal de afectación al

---

2106 Naturalmente, nada impide que se puedan realizar actuaciones adicionales que contribuyan a la emisión de un nuevo laudo sin vicios. Por ejemplo, se podría convocar a una audiencia especial para que las partes puedan presentar oralmente sus posiciones de nuevo.

2107 Ver 4.1.1.1.(B)

2108 Las partes podrían incluso pactar que la anulación del laudo por vicios procedimentales deriva en que deba iniciarse un nuevo arbitraje (todo de nuevo).

debido proceso arbitral.[2109] En esencia, el fundamento, desde la perspectiva de la parte afectada, radica en que el debido proceso arbitral involucra que luego de la anulación del laudo el caso se retrotraiga a un punto «limpio», en el que ninguna de las partes ha visto afectados sus derechos.

4.3.2.3. Posiciones adoptadas en Iberoamérica

Iberoamérica no tiene una posición unánime en cuanto a las consecuencias de la anulación de un laudo por vicios procedimentales. A continuación, un análisis para cada país.

(i) España

En España, la Ley 60/2003 nada dice sobre las consecuencias de la anulación del laudo. Es la judicatura la que ha desarrollado las consecuencias de la anulación.

En primer lugar, la judicatura ha dejado en claro que esta *no tiene la atribución de decidir las consecuencias*. Las cortes se limitan a declarar la nulidad del laudo. Nada más. Así, a decir de una corte de Madrid: «no correspond[e] a esta Sala determinar los efectos de la nulidad del laudo arbitral declarada».[2110]

En segundo lugar, y sin ser contradictorio con lo anterior, la judicatura reconoce el principio de *functus officio*. Los árbitros concluyen su función con la emisión del laudo, luego no se podría devolver el caso al tribunal arbitral. Así:

> La diferencia del procedimiento arbitral con respecto de los procesos jurisdiccionales radica en que no hay reposición de actuaciones al cesar los árbitros en sus funciones cuando dictan el laudo definitivo (art. 38.1 LA). Por tanto, la declaración de nulidad del laudo deja a las partes en la misma situación que si no hubiera habido arbitraje, de ahí que la jurisprudencia haya podido referirse a la existencia de un «juicio rescindente».[2111]

Sin embargo, una excepción a esta regla está en los casos de emisión de laudos parciales. Si el tribunal arbitral emite un laudo parcial A y luego continúa en actividades para emitir más laudos, y después la sentencia judicial de anulación del laudo parcial A llega mientras dicho tribunal arbitral sigue en funciones, el caso debe ser devuelto al tribunal arbitral. La razón es simple: *el tribunal sigue en funciones*.

Dado que dicho tribunal sigue en funciones, y en virtud a su autoridad para dirigir el procedimiento, este se encargaría de definir de qué manera procederá para emitir un nuevo laudo (en reemplazo del laudo anulado).

Para finalizar, la jurisprudencia considera que su postura constituye una suerte de regla *predeterminada*. Las partes podrían acordar algo distinto. Es decir, las partes podrían pactar la retroacción de las actuaciones. Así:

> La anulación del Laudo no llevará aparejada, como regla, la reposición de actuaciones —*ex* art. 38.1 LA—, debiendo limitar los efectos de nuestro fallo a los puramente anulatorios del Laudo, sin perjuicio, claro está, de la facultad que asiste a las partes de celebrar un nuevo

---

2109 Además, en los casos en que las partes hubiesen fijado reglas específicas para la reanudación de actuaciones luego de la anulación del laudo, podría invocarse también como causal de nulidad el incumplimiento a las reglas de regulación convencional (art. 34(2)(a)(IV) de la LMU).

2110 Auto TSJ Madrid de 7 de enero de 2015 (ROJ: AATSJ M 157/2015).

2111 STSJ Madrid 34/2018, de 26 de julio de 2018, fundamento segundo.

> arbitraje o, si a ello hubiere lugar según el Reglamento al que se someten o lo que pudieran pactar, de acordar su prosecución confiriendo validez a lo actuado hasta un momento dado, debiendo observarse, en todo caso, las garantías de audiencia, contradicción e igualdad que han de regir en todo procedimiento arbitral.[2112]

Ahora bien, vale notar que la judicatura precisa que el pacto de las partes tiene límites. El pacto de las partes para la retroacción de actuaciones *debe respetar el debido proceso.* Naturalmente, en caso el pacto infrinja el mismo, se generaría un vicio que podría ser invocado para una nueva demanda de anulación de laudo.

En resumen, la regla por defecto es que la anulación del laudo por vicios procedimentales derive en el inicio de un nuevo arbitraje. Sin embargo, en casos de anulación de laudos parciales, el caso debería ser devuelto al tribunal arbitral que emitió el laudo —si es que este sigue en funciones—; además, las partes pueden establecer reglas específicas para las consecuencias de la anulación.

(ii) Chile

La LACI sigue el esquema de la LMU y nada dice sobre las consecuencias de la anulación del laudo. No parece que exista jurisprudencia en la que se trate el tema. Sin embargo, parecería razonable considerar que, a la luz de la noción clásica de *functus officio,* la anulación del laudo por vicios procedimentales derivaría en que las partes deban iniciar un nuevo arbitraje.

(iii) Colombia

En Colombia, el esquema normativo contiene reglas expresas sobre las consecuencias de la anulación.

Para el arbitraje local, las consecuencias se desarrollan más adelante.[2113] Para el arbitraje internacional, el artículo 110 de la Ley 1563/2012 señala que «[c]uando prospere alguna de las causales señaladas en el numeral 1 literal b), c) y d), del artículo 108 se declarará la nulidad del laudo, sin que ello perjudique el acuerdo de arbitraje».

El artículo 108.1, literales b), c) y d),[2114] se refieren a las causales de debido proceso, exceso de autoridad e incumplimiento de reglas procedimentales de regulación convencional. La norma reconoce entonces que los vicios procedimentales y de exceso de autoridad no invalidan el convenio arbitral.

2112 STSJ Madrid 51/2017, de 12 de septiembre de 2017, fundamento cuarto.

2113 Ver 3.1.1.1.(C) del capítulo VI.

2114 «Artículo 108.- Causales de anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:
1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:
[…]
b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o
c) Que el laudo versa sobre 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, solo se podrán anular estas últimas; o
d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley».

Ahora bien, para los casos de las causales de debido proceso y reglas procedimentales de regulación convencional, la consecuencia sería que la parte interesada pueda iniciar un nuevo arbitraje.

Según veremos más adelante, el artículo 43 descarta que la consecuencia de la anulación sea el reenvío del caso al mismo tribunal arbitral, pues establece que debe iniciarse un nuevo arbitraje.[2115] Dicho artículo está dentro de las normas que regula en arbitraje local; sin embargo, es difícil sostener que para el arbitraje internacional la consecuencia es el reenvío, pues se produciría una incongruencia entre las consecuencias de la anulación de un laudo derivado de arbitraje local y de un laudo derivado de arbitraje internacional. Incongruencia, pues ninguna disposición de la Ley 1563/2012 justificaría tal diferencia en las consecuencias.

(iv) México

El Código de Comercio sigue la estela de la LMU y no dice nada sobre las consecuencias de la anulación del laudo. Sin embargo, se han reportado casos en los que después de la anulación del laudo el árbitro retomaba el caso.[2116] Es decir, se ha aplicado la posición de retroacción de actuaciones.

(v) Perú

La LAP establece reglas específicas para las consecuencias de la anulación del laudo por infracción al debido proceso (causal regulada en el artículo 63.1.b)) o a las reglas procedimentales de regulación convencional (causal regulada en el artículo 63.1.c)). Así:

> «Artículo 65.- Consecuencias de la anulación
>
> 1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
>
> […]
>
> b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
>
> […]
>
> c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma applicable».

Bajo la norma peruana, la consecuencia de la anulación del laudo es la retroacción de las actuaciones hasta el punto en que se produjo el vicio procedimental. Se considera que las actuaciones arbitrales posteriores al vicio quedan invalidadas por la sentencia anulatoria, así que se debe retomar el caso en el punto previo al acaecimiento del mismo.[2117]

2115 Ver 3.1.1.1.(C) del capítulo VI.

2116 José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 534 (2008).

2117 Mario Castillo Freyre *et al.*, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 1019 (2014).

En la práctica, y acertadamente, los jueces se limitan a señalar que la anulación es *con reenvío*.[2118] La determinación exacta del punto al que se retrotraen las actuaciones la hacen los árbitros al recibir de vuelta el expediente arbitral.

Ahora bien, la norma separa el análisis de las consecuencias de la anulación por afectación al debido proceso y por infracción a reglas procedimentales de regulación convencional. Sin embargo, en ambos casos la consecuencia central es la misma: la retroacción de las actuaciones. En realidad, la razón del desglosamiento se justificaría en la necesidad de precisar que en los casos de constitución irregular del tribunal, la consecuencia es el nombramiento de nuevos árbitros.

4.3.3. Casos de afectación al orden público

Las consecuencias de la anulación del laudo por afectación al orden público varían según la manera en que se violó dicho concepto. Según expusimos antes, hay tres maneras principales de transgredir el orden público: (i) laudo transgresor del orden público; (ii) laudo que deriva de un arbitraje en el que se violó el orden público; y (iii) laudo que valida una relación sustantiva que transgrede el orden público.[2119]

(i) Laudo que transgrede el orden público

Aquí, el análisis debe desglosarse según si la decisión (el mandato declarativo, constitutivo o de condena), la motivación (*statement of reasons*) o el razonamiento (*reasoning*) —exteriorizado en la motivación— transgrede el orden público.

Si la decisión transgrede el orden público, entonces el tema era inarbitrable en razón precisamente al orden público. Es decir, el tema no puede llevarse a arbitraje, pues el tribunal arbitral carece de habilitación para otorgar tal clase de tutela. Por ejemplo, un laudo que ordena la detención de una persona. Dicho mandato transgrede el orden público y denota que la disputa consistente en si la persona debía ser detenida no puede ser discutida en arbitraje.

Si la motivación transgrede el orden público *procesal,* se trata de un vicio *formal,* subsanable mediante la emisión de un nuevo laudo. En estos casos se sigue el esquema de consecuencias para vicios procedimentales.[2120]

Si el razonamiento transgrede el orden público *material,* sea por violar normas o principios de orden público, aplican las consecuencias para vicios procedimentales.[2121]

(ii) Laudo que deriva de un arbitraje que transgrede el orden público

El convenio arbitral y/o el procedimiento arbitral pueden violar el orden público. En tales casos, el laudo será anulado.

2118 Lima, SSC1 20-2015, p. 14; entre muchas otras.
Sin embargo, en algunos casos la judicatura ha tomado un rol más activo y ha señalado que los árbitros tengan en cuenta los fundamentos de la sentencia (Lima, SSC1 168-2017, p. 13), o que deben emitir un nuevo laudo según lo expuesto en la sentencia de anulación (Lima, SSC2 9-2017, p. 24; SSC2 47-2013, p. 39).

2119 Ver 6.2.2.2. del capítulo IV.

2120 Ver 4.3.2.

2121 *Id.*

Si el convenio arbitral viola el orden público, las consecuencias de la anulación del laudo serán las propias para los casos de invalidez de convenio arbitral.[2122] En simple, las partes deberán dilucidar sus disputas en la vía judicial.[2123]

Si el procedimiento arbitral incurre en algún defecto que transgrede el orden público procesal, las consecuencias de anulación serán las propias que aplican para los vicios procedimentales. Estas, ya expusimos, no son uniformes en Iberoamérica.[2124]

(iii) Laudo que valida una relación material que transgrede el orden público

En estos casos, aun cuando en estricto la judicatura solo declarará la nulidad del laudo, en la práctica la nulidad de la relación subyacente también habría quedado comprobada.

Ahora bien, las partes podrían iniciar un nuevo arbitraje. Sin embargo, este debería concluir con los árbitros declarando la invalidez de la relación subyacente debido a su transgresión al orden público —aun si ello significa que estos deban declarar *de oficio* tal nulidad—.

4.3.4. Excurso: decisiones negativas sobre competencia

4.3.4.1. Marco general

Según vimos antes, diversos ordenamientos permiten la anulación del laudo cuando la decisión arbitral negativa sobre competencia es errada, incluyendo España, Colombia y Perú.[2125] Es pertinente evaluar qué consecuencias genera tal decisión.

Naturalmente, la consecuencia directa de la sentencia judicial será que las cortes carecen de competencia sobre la disputa y que esta corresponde a la jurisdicción arbitral.[2126] Ahora bien, este retorno a la jurisdicción arbitral puede darse mediante dos opciones distintas:

- El reenvío al tribunal arbitral que emitió la decisión negativa sobre competencia (opción adoptada, por ejemplo, en Singapur);[2127] o

- El inicio de un nuevo arbitraje y la consiguiente constitución de un nuevo tribunal (opción adoptada, por ejemplo, en Francia).[2128]

La determinación de la opción idónea puede hacerse a la luz de tres factores: (A) el principio de *functus officio* y los efectos de la anulación; (B) la respuesta de los árbitros; y (C) la eficiencia y ventajas de cada opción.

2122 Ver 4.3.1.1.

2123 Si la materia versa sobre derechos disponibles, las partes podrían recurrir a cualquier medio alternativo de resolución de conflictos, incluso a arbitraje (para lo cual deberían suscribir un nuevo convenio arbitral).

2124 Ver 4.3.2.

2125 Ver 7.2.3.2. del capítulo IV.

2126 Jean-Babtiste Racine, *La sentence d'incompétence,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 729, 770 (2010).

2127 Art. 10(6)(a) de la *International Arbitration Act* («(6) Where the High Court, or the Court of Appeal on appeal, decides that the arbitral tribunal has jurisdiction — (a) the arbitral tribunal shall continue the arbitral proceedings and make an award; […]».

2128 Distintos autores reportan decisiones judiciales de Francia que disponen el inicio de un nuevo caso (Giacomo Marchisio, *Jurisdictional Matters in International Arbitration: Why Arbitrators Stand on an Equal Footing with State Courts,* 31(4) J. of Int'l Arbitration 455, 469 (2014); Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l 55, 71 (2004)).

(A) Principio de *functus officio* y los efectos de la anulación

La noción de *functus officio* y los efectos de la decisión de anulación (*ex tunc* o *ex nunc*) juegan un rol importante para determinar cuál es la consecuencia de la anulación del laudo.[2129]

Por un lado, si se considera que, bajo el principio de *functus officio,* el tribunal arbitral concluyó funciones al expedir el laudo, entonces la consecuencia de la anulación de una decisión negativa sobre competencia será el inicio de un nuevo arbitraje.[2130] Las partes deberán iniciar un nuevo arbitraje y constituir un nuevo tribunal arbitral, pues el anterior ya cesó funciones.

Por otro lado, si se considera que la anulación del laudo tiene efectos *ex tunc,* entonces la decisión de anulación significa que los árbitros sí son competentes y aún no han emitido un laudo que ponga fin a la misión que les ha sido encomendada. Por lo tanto, las actuaciones deben reanudarse.

(B) Respuesta de los árbitros

Si se asume que la anulación del laudo tiene efectos *ex tunc* y el caso debe volver a los árbitros, es necesario considerar la reacción que tendrán estos frente a tales eventos.

Los jueces no pueden obligar a un árbitro a declararse competente. En primer lugar, por regla general la sentencia judicial se limita a anular el laudo.[2131] En segundo lugar, el principio de competencia-competencia impide que los jueces puedan ordenar a un árbitro a declararse competente.[2132] En este contexto, la expresión *you can't make a bird sing* resulta acertadísima.[2133] Confrontado con la sentencia judicial que anuló su primer laudo, el árbitro podría mantenerse en su posición, sea emitiendo una nueva resolución en el mismo sentido o renunciando al caso.

En resumen, es claro que nadie puede forzar a una persona a fungir como árbitro. Si la consecuencia de la anulación fuese el reenvío, los árbitros igual podrán renunciar a su rol una vez que reciban de vuelta el expediente.

(C) Eficiencia y ventajas involucradas a las opciones

En líneas generales, la opción de iniciar un nuevo arbitraje tomará más tiempo y será más costosa que encargar el caso de vuelta al tribunal original.[2134]

El reenvío parece ser la opción más eficiente. Esto se denota especialmente en casos de negativa parcial sobre competencia —el tribunal arbitral considera que es incompetente solo para ciertas pretensiones—. Constituir un nuevo tribunal para resolver las pretensiones que parecían estar fuera de la competencia arbitral derivaría en dos tribunales arbitrales evaluando la misma controversia base.

2129 Ver 4.3.2.

2130 Giacomo Marchisio, *Jurisdictional Matters in International Arbitration: Why Arbitrators Stand on an Equal Footing with State Courts,* 31(4) J. of Int'l Arbitration 455, 467 (2014).

2131 Ver 4.1.1.1.(B).

2132 Jean-Babtiste Racine, *La sentence d'incompétence,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 729, 774 (2010).

2133 Sigvard Hakan Ludvig Jarvin, *Note - Cour D'Appel de Paris (1re Ch. C) 7 juillet 1994 - Uzinexportimport Romanian Co v. Attock Cement Co,* 1995(1) Revue de l'Arbitrage 107, 119 (1995).

2134 Giacomo Marchisio, *Jurisdictional Matters in International Arbitration: Why Arbitrators Stand on an Equal Footing with State Courts,* 31(4) J. of Int'l Arbitration 455, 467 (2014).

La lógica de eficiencia también aplica a casos de negativa total sobre competencia. El tribunal que declinó ya tiene conocimiento del caso y por lo tanto sería más ventajoso retomar el caso bajo dicho tribunal.

4.3.4.2. Opción ideal

A nuestro criterio, la sentencia de anulación tiene efectos *ex tunc*, por lo que debe aplicar el reenvío.[2135] Es decir, el reenvío es la consecuencia sea la decisión negativa sobre competencia tota o parcial.

Ahora bien, lo peculiar es que aun si se considerase que después de emitido un laudo el tribunal arbitral incurre en *functus officio*, en los casos de decisión negativa parcial sobre competencia el tribunal arbitral va a seguir en funciones. Por lo tanto, aun si se negasen los efectos *ex tunc* de la sentencia judicial de anulación, la consecuencia práctica será igual el reenvío.

A continuación, un análisis desglosado de los dos escenarios.

(A) Decisión negativa total sobre competencia

Si la decisión negativa sobre competencia fue total, el reenvío significaría retornar el caso al punto previo a la emisión de la decisión sobre competencia. En tal sentido, el tribunal arbitral debería declararse competente y continuar con el arbitraje.

(B) Decisión negativa parcial sobre competencia

Si la decisión negativa sobre competencia fue parcial, entonces el tribunal arbitral continúa con el arbitraje para resolver aquellas pretensiones que, a su criterio, sí son de su competencia. Es decir, la decisión negativa sobre competencia constituye un laudo *parcial* y después del mismo naturalmente el procedimiento sigue su curso.

Si el plazo para anular el laudo comienza después de la expedición del laudo último, no surgen complicaciones. Llegado el momento, la parte interesada demandará la anulación de todos los laudos.

La situación es más complicada cuando la demanda de anulación del laudo se debe interponer dentro del plazo de emisión del laudo parcial, sin esperar a que se emita el laudo último.[2136] Esto significa que pueden darse pronunciamientos paralelos: el tribunal arbitral podría haber emitido un laudo adicional al momento en que se expide la sentencia judicial de anulación de la decisión negativa sobre competencia.

De entrada, es recomendable que el tribunal arbitral, luego de emitir la decisión negativa (parcial) sobre competencia, se mantenga al tanto de los avances del proceso judicial dirigido a anular dicha decisión. Esto porque, según el desarrollo del proceso judicial, podría ser óptimo suspender la tramitación del arbitraje a efectos de evitar emitir un nuevo laudo antes de la sentencia de la judicatura respecto del laudo sobre competencia.

A continuación, un análisis desglosado en función a los distintos posibles escenarios.

2135 Sobre el reenvío, ver 4.3.2.2.

2136 Ver 4.3.2.2. del capítulo II.

Por un lado, si la sentencia judicial se emite después de que el tribunal arbitral haya emitido un laudo adicional, la situación puede variar según el alcance de la decisión negativa sobre competencia (la que fue anulada). Sin embargo, en cualquier escenario, la anulación del laudo que contiene la decisión negativa parcial sobre competencia no significa que *automáticamente* los laudos subsecuentes sean nulos.[2137]

- Si el tribunal arbitral se declaró incompetente en cuanto a ciertos sujetos y en consecuencia los excluyó del arbitraje, la sentencia judicial significa que dichos sujetos sí debieron participar en el arbitraje. Esto, naturalmente, tiene un fuerte impacto.

  Si dicha parte no hubiese sido excluida, hubiese participado y por lo tanto el laudo surtiría efectos contra aquella. Además, su no participación pudo afectar el derecho de oportunidad razonable para presentar una posición de cualquiera de las partes del arbitraje; por ejemplo, si tal parte excluida hubiese estado presente, los otros sujetos podrían haber dirigido pedidos de exhibición de documentos contra ella.[2138] Este recorte en el debido proceso podría derivar en la anulación del laudo subsecuente y en la *retroacción* total de las actuaciones para su reinicio desde el punto en que se emitió la decisión negativa parcial sobre competencia.

  Naturalmente, la parte interesada deberá haber presentado una demanda de anulación de laudo contra el laudo adicional emitido.[2139] En caso contrario, este laudo adicional no podrá ser anulado, lo que generaría una situación patológica en la que los efectos de la sentencia judicial de anulación del laudo sobre competencia quedarían frustrados.

- Si el tribunal arbitral se declaró incompetente en cuanto a ciertas pretensiones, la sentencia judicial significa que dichas pretensiones deberán ser resueltas por el tribunal arbitral. Por regla general, el reenvío no debería afectar ningún laudo emitido de forma subsecuente al laudo sobre competencia. Las consecuencias del reenvío recaen en el procedimiento que se esté desarrollando en curso, lo que se desarrolla líneas abajo.

Por otro lado, si la sentencia judicial se emite mientras el procedimiento arbitral está en curso y no se ha emitido un laudo adicional, dicha sentencia tiene también un fuerte impacto en el caso.

- Si el tribunal arbitral se declaró incompetente en cuanto a ciertos sujetos y en consecuencia los excluyó del arbitraje, el procedimiento deberá *retrotraerse* hasta el momento en que se decidió la exclusión de ciertos sujetos. La razón es simple: la inclusión de estos sujetos no puede hacerse a costa de afectar sus derechos. Para que el arbitraje no se frustre, será necesario reiniciar el caso desde el punto en que tales sujetos fueron excluidos.

- Si el tribunal arbitral se declaró incompetente en cuanto a ciertas pretensiones y luego la sentencia judicial declaró nula tal decisión, lo ideal es que los árbitros definan cuál es el mejor curso de acción según el caso concreto. Por ejemplo, podría ser ideal continuar con el procedimiento arbitral sin variaciones, emitir un laudo parcial y después de ese laudo parcial abordar las pretensiones que fueron dejadas de lado inicialmente. En otros casos, lo más eficiente podría ser retrotraer las actuaciones arbitrales.

2137 Jean-Babtiste Racine, *La sentence d'incompétence,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 729, 778 (2010).
2138 Ver 2.2.2.1. del capítulo IV.
2139 Ver 4.3.1.1.(A)(III).

4.3.4.3. Situación en Iberoamérica

Las consecuencias de la anulación de una decisión negativa sobre competencia varían en España, Colombia (para arbitraje internacional) y Perú.

(i) España

En España, para los casos de una decisión negativa total sobre competencia, es razonable considerar que la consecuencia sería el inicio de un nuevo arbitraje. Según vimos antes, la anulación de laudos por vicios procedimentales no deriva en el reenvío, sino en el inicio de un nuevo arbitraje.[2140] Esto significa que aun cuando la competencia del tribunal no estuvo en discusión, la anulación del laudo significa el reinicio del caso.

Por lo tanto, si el laudo que contiene una decisión negativa sobre competencia es anulado porque dicha decisión es errada, las partes volvería a un punto cero. Estas tendrían que iniciar un nuevo arbitraje. En cualquier caso, las partes son libres de pactar consecuencias distintas (como el reenvío).[2141]

Por contraste, en los casos de una decisión negativa parcial sobre competencia las consecuencias podrían ser distintas. Según vimos antes,[2142] la judicatura considera que «la declaración de nulidad del laudo deja a las partes en la misma situación que si no hubiera habido arbitraje».[2143] Dicho razonamiento es inaplicable cuando se anula una decisión negativa parcial sobre competencia: *existe un tribunal arbitral y se continuó con el desarrollo de un arbitraje*. Dado que existe un tribunal arbitral competente, el caso deberá ser entregado a dicho tribunal.

(ii) Colombia

El artículo 110 de la Ley 1563/2012, que regula las consecuencias de la anulación del laudo, no establece reglas para los casos de anulación por esta causal. Sin perjuicio de ello, es razonable considerar que las partes deberán iniciar un nuevo arbitraje y componer un nuevo tribunal arbitral.

Esto se debe a que la norma colombiana establece tales consecuencias para los casos de anulación por vicios procedimentales.[2144] Es decir, la opción legislativa del reenvío no parece estar acogida en ningún extremo de la Ley 1563/2012, lo que descarta su aplicabilidad para los casos de anulación por errada decisión negativa sobre competencia.

(iii) Perú

La LAP no se pronuncia de forma expresa sobre esta causal de anulación, y tampoco parece haber jurisprudencia al respecto.

Para el caso de una decisión negativa total sobre competencia, tanto el reenvío como el inicio de un nuevo arbitraje son opciones que no pueden descartarse.

Por un lado, se podría sostener que la consecuencia es el reenvío. Para esto habría que seguir el razonamiento del artículo 65.1.b) de la LAP. Dicha norma reconoce el reenvío para casos de

2140 Ver 4.3.2.3.(I).
2141 *Id.*
2142 *Id.*
2143 STSJ Madrid 34/2018, de 26 de julio de 2018, fundamento segundo.
2144 Ver 4.3.2.3.(III); ver 3.1.1.1.(C) del capítulo VI.

anulación por vicios procedimentales. En Perú, la anulación por un vicio procedimental genera que el caso vuelva a los árbitros y se reanude en el punto en que se produjo el vicio.[2145]

Siguiendo esa lógica, la judicatura peruana podría concluir que si la decisión judicial es que el tribunal arbitral sí es competente, entonces el caso debe ser devuelto al tribunal arbitral para que este continúe con las actuaciones.

Por otro lado, puede alegarse que la consecuencia es el inicio de un nuevo arbitraje. En primer lugar, el reenvío es una consecuencia regulada *expresamente* en la LAP para ciertos casos. El caso de la decisión negativa sobre competencia no se encuentra en dicho conjunto, por lo que no correspondería disponer el reenvío como consecuencia.

Esta posición se refuerza con el artículo 65.2[2146] de la LAP. Se considera que la norma está proyectada para casos en que surge un nuevo tribunal arbitral y este toma conocimiento del caso.[2147] Esta norma podría servir de sustento para que la judicatura considere que el caso vuelve al campo del arbitraje, pero mediante el inicio de un nuevo arbitraje, con un nuevo tribunal arbitral (el que podría servirse de la prueba actuada por el tribunal arbitral original).

A nuestro criterio, bajo el sistema normativo peruano, la segunda posición (inicio de un nuevo arbitraje) tiene más fuerza.

En los casos de una decisión negativa parcial sobre competencia, consideramos que la presencia de un tribunal arbitral que continuó desarrollando actuaciones después de la mencionada decisión negativa deriva en que dicho tribunal deba recibir de vuelta el expediente. El fundamento es simple: aun descartando que la sentencia judicial tenga efectos *ex tunc,* el tribunal arbitral sigue en funciones.

4.4. Anulación de medidas cautelares

Las consecuencias de la anulación de una medida provisional, tenga o no forma de laudo, no difieren mucho de las consecuencias de anulación de un laudo. Sin embargo, algunas precisiones son pertinentes.

En primer lugar, es evidente que la anulación de una medida provisional hace que esta deje de tener efectos, al menos en el ordenamiento de la sede. Por lo tanto, la medida no podría ser ejecutada; y si ya se ejecutó, debe reponerse el estado de las cosas previo a la ejecución de la misma. En otros ordenamientos distintos a la sede, la anulación de la medida provisional puede fungir como causal para oponerse a la ejecución de la misma.[2148]

En segundo lugar, las consecuencias de la anulación de una medida precautoria para el arbitraje son, en esencia, similares a las de la anulación de un laudo.

2145 Ver 4.3.2.3.(v).

2146 «Artículo 65
[…]
2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial».

2147 Mario Castillo Freyre *et al.*, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 1026 (2014).

2148 Ver art. 17I(1)(a)(III) de la LMU.

(i) Anulación por vicios en el convenio arbitral o inarbitrabilidad

Si la medida precautoria se anula por vicios en el convenio arbitral o por inarbitrabilidad de la materia, el efecto debería ser que el arbitraje *ya no debería proseguir*. La declaración de nulidad en tales casos conlleva una sustracción del tema: los árbitros saben que, para la corte, no cuentan con competencia para resolver la controversia.

En ese sentido, si la declaración de nulidad de la medida provisional llega mientras el procedimiento arbitral se sigue desarrollando, lo razonable es que los árbitros pongan fin al procedimiento sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

(ii) Anulación por exceso de autoridad

Aquí, las consecuencias varían según el supuesto específico.

Si la medida provisional se anula por superación del convenio o por incongruencia, en estricto ello no tiene ningún impacto para el procedimiento arbitral. Los árbitros pueden continuar y en el laudo pronunciarse sobre el tema que supera el convenio o incurrir en incongruencia; naturalmente, el laudo podrá ser anulado por ello. En ese sentido, la anulación de la medida provisional debería servir para que los árbitros reevalúen si su eventual laudo incurrirá en exceso de autoridad o no.

Si la medida provisional se anula porque esta se resolvió aplicando criterios de equidad sin autorización, o por inaplicar el derecho aplicable al fondo, las consecuencias recaen solo en la medida provisional. Naturalmente, los árbitros deberán tener cuidado de no incurrir en el mismo error al momento de laudar.

Si la medida provisional se anula porque el tribunal arbitral no tenía la atribución de dictar medidas cautelares, entonces la anulación de la medida pone fin al tema. No se dictarán más medidas cautelares; hacerlo iría contra la *res judicata,* dada la decisión judicial.

(iii) Anulación por vicios procedimentales

La anulación de una medida precautoria por vicios procedimentales derivaría en la retroacción de las actuaciones del procedimiento para la emisión de la medida provisional. En efecto, el procedimiento seguido para obtener una medida cautelar suele ser separable del procedimiento seguido para la resolución de las pretensiones. Por ello, la anulación de una medida provisional por vicios procedimentales no debería afectar la continuación del procedimiento arbitral para la resolución del fondo de la controversia.

(iv) Anulación por afectación al orden público

Si la medida cautelar se anula por afectar al orden público, son en general aplicables las consecuencias para la anulación de laudos por dicho motivo.[2149]

5. CONSECUENCIAS PARA LOS ÁRBITROS

La anulación del laudo puede tener repercusiones para los árbitros. En esencia, estas se centran en la relación partes-árbitros, aunque existen otras que están fuera de dicha esfera.

2149 Ver 4.3.3.

5.1. Consecuencias en la relación partes-árbitros

5.1.1. Honorarios

Los árbitros proporcionan un servicio consistente en la resolución privada de una disputa, a cambio de un pago (*fee*).[2150] ¿Dicho pago se ve afectado por la anulación del laudo?

Por regla general, la respuesta es negativa. La anulación del laudo no afecta los honorarios recibidos por los árbitros. Sin embargo, la ley o las partes podrían establecer consecuencias en el honorario de los árbitros si el laudo se anula.

(i) Regla general

La tarea del árbitro tiene una prestación central y esencial: emitir un laudo que ponga fin a la controversia. En realidad, todos los deberes, atribuciones, derechos y responsabilidades del árbitro derivan de dicha prestación.

En específico, la obligación del árbitro puede considerarse como la obligación de emitir un laudo ejecutable.[2151] Sin embargo, la obligación del árbitro no incluye que, como resultado, el laudo sea ejecutado.[2152] La ejecución del laudo escapa al ámbito de control del árbitro, los árbitros no son videntes y no pueden predecir si el laudo logrará ser ejecutado,[2153] y por tanto su pago no debería estar condicionado a dicho evento.

El razonamiento es similar en cuanto a la anulación del laudo.

El encargo de los árbitros consiste en emitir un laudo. Dentro de ello, el árbitro tiene que hacer su mejor esfuerzo para que no haya riesgo de que el laudo sea anulado.[2154] Nada más. La obligación del árbitro no consiste en que la demanda de anulación de laudo sea desestimada. El pago se hace por la emisión del laudo.[2155]

Ahora bien, podría considerarse que la anulación del laudo deriva en que el laudo se tenga como nunca emitido, por lo que la prestación del árbitro no se cumplió. Dicho razonamiento es errado. Es necesario distinguir entre la relación inter partes y la relación partes-árbitros. En la relación partes-árbitros, el laudo arbitral existió y se emitió, el juicio de una corte judicial sobre su validez no cambia el hecho de que, para efectos de la mencionada relación, el laudo se haya emitido.[2156]

2150 Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* § 12-21, 283 (2003).

2151 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 539 (4th ed. 2014).

2152 *Id.* El autor precisa que la obligación de que el laudo sea ejecutable es una obligación de esfuerzos y no de resultado. El árbitro debe esforzarse por que el laudo sea ejecutable, pero que lo llegue a ser o no escapa a su esfera de obligaciones.

2153 Aníbal Sabater & Lídia Rezende, *Chapter 2: An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 19, 21 (2019).

2154 Dario Alessi, *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability,* 31(6) J. of Int'l Arbitration 735, 775-76 (2014).

2155 Naturalmente, si alguna de las partes considera que el laudo es defectuoso y que ello le ha generado un daño, podrá demandar a los árbitros por ello (Ver 5.1.2.).

2156 Bajo esta lógica, uno podría considerar que en los casos en que el laudo se anula y el caso es reenviado a los árbitros, estos deberían pedir nuevos honorarios pues sus servicios frente a las partes concluyeron con el laudo, sin importar si este fue anulado o no. En estricto, tal razonamiento tiene sentido. Sin embargo, las partes pueden alegar que los árbitros ejecutaron sus obligaciones de manera deficiente —por eso es que se anuló el laudo— y por ello no corresponde pago adicional alguno. Sobre este tema, se ha reportado un caso mexicano en el que el árbitro pidió honorarios adicionales para emitir un nuevo laudo después de la anulación del primero, la judicatura mexicana decidió que no correspondía

(ii) Variaciones por ley o por pacto

La ley y las partes pueden establecer variaciones en los pagos a los árbitros en el evento de que el laudo sea anulado.

A nivel normativo, no es usual que existan disposiciones legales que establezcan la devolución de honorarios debido a la anulación del laudo. En Iberoamérica, Colombia y Perú sí establecen ello para algunos casos.

En Colombia, para arbitrajes locales, el artículo 48[2157] de la Ley 1563/2012 prescribe distintos supuestos de pérdida parcial o total de honorarios. Los casos enlazados a la anulación del laudo son los siguientes:

- Si el árbitro incumple con sus deberes de información, perderá la totalidad de sus honorarios. En algunos casos, la anulación del laudo podría fundarse en tal evento, por lo que la decisión judicial activaría la consecuencia establecida por la norma.

- Si el laudo se anula por las causales del artículo 41, numerales 3, 4, 5 y 7,[2158] los árbitros deberán devolver la mitad de los honorarios.

En Perú, si el laudo es anulado por emitirse fuera de plazo, la decisión judicial de anulación ordenará tal devolución.[2159] Se trata del único supuesto de devolución por disposición legal.[2160]

Por otro lado, las partes pueden establecer reglas que reduzcan o dejen sin efecto el pago a los árbitros en caso de anulación del laudo. En efecto, nada impide que las partes puedan establecer en

---

hacer pago adicional alguno (José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523, 534 (2008)).

2157 «Artículo 48
Pérdida y reembolso de honorarios. Los árbitros perderán la totalidad de los honorarios y quedarán obligados a reembolsar al presidente los ya recibidos, en los casos de renuncia, remoción por inasistencia, prosperidad de la recusación y falta a los deberes de información.
[…]
El árbitro que se negare a firmar el laudo arbitral, perderá el derecho a recibir la segunda parte de los honorarios. Cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o su prórroga sin haber expedido el laudo, los árbitros y el secretario perderán el derecho a recibir sus honorarios, quedando incluso obligados a restituir a las partes lo que ya se les hubiere pagado o consignado.
Si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos».

2158 «Artículo 41.- Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:
[…]
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo».

2159 11.ª Disposición Complementaria de la LAP.
«Undécima.- Vía ejecutiva.
Para efectos de la devolución de honorarios de los árbitros, tiene mérito ejecutivo la decisión del tribunal arbitral o de la institución arbitral que ordena la devolución de dichos honorarios, así como la resolución judicial firme que anula el laudo por vencimiento del plazo para resolver la controversia».

2160 Eugenia Ariano Deho, *Comentario a la undécima disposición complementaria,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 124, 134 (2011).

la cláusula arbitral que los honorarios pueden verse afectados por la anulación de laudo. Por ejemplo, que la anulación genera la obligación de devolver el 25 % del monto pagado. Los árbitros, naturalmente, pueden aceptar o no tales reglas; si no están de acuerdo con ellas, entonces no aceptarán la designación como árbitros.

5.1.2. Responsabilidad civil

En sentido estricto, no existe responsabilidad civil del árbitro por la anulación de su laudo. Sin embargo, la anulación del laudo sí puede servir como una prueba más para acreditar que el árbitro realizó conductas que generaron un daño a las partes. Así, los reclamos no surgen de la anulación del laudo, sino de las actuaciones del árbitro que derivaron en la anulación del laudo.[2161]

Es necesario ir por partes. Primero, el régimen de responsabilidad civil del árbitro es particular. No es inusual que el árbitro esté cubierto por inmunidad —término proveniente del *common law*— o por cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad.[2162] Estas protecciones pueden provenir de la ley[2163] o del acuerdo de las partes.[2164]

Sea como fuere, el reclamo judicial contra los árbitros por responsabilidad civil va por su propia cuenta y no necesita para su validez que el laudo sea anulado. Es decir, la anulación del laudo no es un requisito necesario para que exista responsabilidad civil en los árbitros.

Asimismo, que un laudo sea anulado no hace automáticamente válido el reclamo de responsabilidad civil.[2165] La anulación del laudo puede servir como prueba para demostrar la actuación dolosa o culposa del árbitro, pero dicha anulación por sí misma no significa que el árbitro sea responsable por daños. El árbitro puede haber actuado de la manera más diligente posible e igual el laudo podría anularse.

5.2. Otras consecuencias

La anulación del laudo puede tener consecuencias «no legales» en los árbitros. Así, que se anule un laudo afecta la *reputación* del árbitro.[2166] Por regla general, el prestigio de un árbitro se ve reducido por la anulación del laudo. Y esto sucede sea cual sea la causal.

2161 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2017 (2d ed. 2014).

2162 Philippe Fouchard *et al.*, *Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* § 1076-77, 588-89 (1999).

2163 La LMU nada dice sobre este tema. En Iberoamérica, la situación es variada.
España reconoce la responsabilidad civil, pero solo por «mala fe, temeridad o dolo» (art. 21.1 de la Ley 60/2003).
En Chile, los árbitros en casos locales siguen el sistema de responsabilidad establecido para los jueces, y por tanto pueden incurrir en responsabilidad civil (Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 27 (Supplement 98, 2018)). En arbitrajes internacionales, la LACI nada dice al respecto, por lo que no puede inferirse que los árbitros cuenten con inmunidad o limitación alguna de responsabilidad.
En Colombia, la Ley 1563/2012 no establece exoneración alguna; sobre ello, en los arbitrajes locales el árbitro puede incurrir en casos de responsabilidad civil (Eduardo Zuleta Jaramillo, *National report for Colombia (2014 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 22 (Supplement 99, 2018)), y lo mismo aplicaría en arbitrajes internacionales.
En México, el C.Com. no dice nada al respecto, por lo que no puede sostenerse que el árbitro tenga cobertura de inmunidad o de limitación de responsabilidad.
Perú va en la misma línea que España, y reconoce responsabilidad por «dolo o culpa inexcusable» (art. 32 de la LAP).

2164 No es inusual que los reglamentos contengan provisiones sobre limitación de responsabilidad del árbitro. Ver Reglamento de la AAA (R-52), Reglas ICC (art. 41), Reglamento de la LCIA (art. 31.1), Reglas UNCITRAL (art. 16).

2165 Maarten Draye, *Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter III: Article 1685,* in N. Bassiri & M. Draye (eds.), *Arbitration in Belgium* 123, 132 (2016). El autor analiza el marco normativo belga, pero esta parte es aplicable al arbitraje en general.

2166 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2013 (2d ed. 2014).

En efecto, si un árbitro de cierto nivel acepta el encargo de un caso y su decisión es anulada, ello permite suponer —no necesariamente de forma acertada— que el árbitro *cometió un error*. Por ejemplo, si la corte anula el laudo por invalidez del convenio arbitral, entonces podría considerarse que el árbitro se equivocó al considerar que el convenio era válido.

Naturalmente, existirán causales de anulación que representarán una mayor afectación al prestigio del árbitro que otras. Por ejemplo, un caso de anulación de laudo por grosera parcialidad podría hasta poner fin a la carrera de un árbitro.

Vale notar, por cierto, que a diferencia de los procedimientos arbitrales, la regla general para los procesos judiciales es que estos sean públicos. Así, las sentencias judiciales son accesibles, y esto permite a la comunidad arbitral informarse sobre las anulaciones de laudos (y los fundamentos de tales anulaciones).

CAPÍTULO VI
CAUSALES ADICIONALES DE ANULACIÓN Y OTRAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN EN IBEROAMÉRICA

No hay dos ordenamientos legales idénticos. Aun sin todos los países compartiesen la misma tradición jurídica, habría *particularidades* sobre los fundamentos, caracteres y funciones de las instituciones jurídicas.[2167]

Este capítulo busca hacer una presentación general de las características singulares de los ordenamientos de Iberoamérica en cuanto al control judicial del laudo. Porque en Iberoamérica —y en cualquier parte del mundo— las causales de anulación de laudo no siempre son idénticas a las de la LMU y además pueden existir otras vías judiciales para atacar un laudo arbitral.

Por un lado, las causales de anulación de la LMU tienen una fuerte influencia en Iberoamérica. Sin embargo, esto no quita que los legisladores hayan realizado ajustes a la lista de causales —como efectivamente se ha hecho en España, Colombia y Perú—. Además, algunos ordenamientos optaron por manejar una legislación dualista de arbitraje, limitando la influencia de la LMU a las reglas del arbitraje internacional; luego, en algunos ordenamientos las causales de anulación para el arbitraje local son distintas a las de la LMU —Chile, Colombia—.

Por otro lado, un ordenamiento podría optar por establecer vías judiciales adicionales de impugnación, distintas al proceso de anulación de laudo. Fuera de la conveniencia o no de hacerlo, esto *sucede*. Más aun, en algunos casos estas vías han sido originadas por la jurisprudencia; es decir, vías que carecen de base normativa expresa. En Iberoamérica, existen dos vías judiciales que destacan:

- El juicio de revisión, proceso contra decisiones con calidad de cosa juzgada que fueron obtenidas mediante fraude u otras conductas particulares.[2168]

- La acción constitucional de amparo/tutela, proceso judicial dirigido a tutelar derechos constitucionales. Si el tribunal arbitral infringe derechos fundamentales, el amparo sería procedente.[2169] Este, en realidad, es una consecuencia del fenómeno de la constitucionalización del arbitraje en Latinoamérica.[2170]

Este capítulo abordará, por separado, la situación de España, Chile, Colombia, México y Perú. Si bien existen puntos en común entre ellos, el análisis debe estar individualizado a efectos de no sacrificar precisamente las particularidades que cada uno de estos ordenamientos tiene.

2167 Esta realidad es *inescapable*. Por ejemplo, en el arbitraje, aun si dos o más países estableciesen la LMU sin cambios como ley de arbitraje, la lectura e interpretación de los conceptos no sería unívoca. Habría mayor uniformidad, sí; pero no se eliminarían totalmente las particularidades.

2168 Sin embargo, el juicio de revisión no es una institución «exclusiva» de Iberoamérica. Otros países también lo contemplan, incluyendo plazas fuertes de arbitraje, como por ejemplo Suiza (ver Catherine Anne Kunz, *Revision of Arbitral Awards in Switzerland: An Extraordinary Tool or Simply a Popular Chimera? A Review of Decisions Rendered by the Swiss Supreme Court on Revision Requests over the Period 2009-2019*, 38(1) ASA Bull. 6 (2020); entre otros).

2169 Hernando Díaz-Candía, *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica,* 8(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 413, 434 (2015).

2170 Alfredo De Jesús O., *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina,* in F. Mantilla Espinosa & C. Pizarro Wilson (eds.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet* 213 (2008).

1. ESPAÑA

El marco normativo de España es particular. Este cuenta con una causal de anulación adicional a las establecidas en la LMU; y además, regula un juicio especial de impugnación de laudo distinto al de la anulación. Pero, por otro lado, excluye que el proceso de amparo pueda dirigirse contra un arbitraje. Todos estos temas serán desarrollados a continuación.

1.1. Causal adicional de anulación

El marco normativo español no solo contiene las causales de anulación contenidas en la LMU. El artículo 22.3[2171] de la Ley 60/2003 permite el cuestionamiento, en la vía de anulación de laudos, de la decisión arbitral sobre competencia. En esencia, la norma contempla dos supuestos de control judicial: control de las decisiones afirmativas sobre competencia; y control de las decisiones negativas sobre competencia.

1.1.1. Control de decisiones negativas sobre competencia

La Ley 60/2003 permite el control judicial de las decisiones negativas sobre competencia. Se trata, en estricto, de una causal de anulación adicional a las que se encuentran en el artículo 41.1 de la mencionada norma.

Este tema ya ha sido abordado en apartados previos.[2172]

1.1.2. ¿Decisiones afirmativas?

El artículo 22.3 de la Ley 60/2003 establece que la decisión arbitral sobre competencia puede ser impugnada en la vía de anulación de laudo. Es decir, la decisión afirmativa de competencia puede ser cuestionada por dicha vía de anulación.

¿Constituye esta una causal adicional de anulación?

La pregunta es complicada. En principio, el cuestionamiento a la decisión afirmativa de competencia puede encausarse, en esencia, por las causales sobre invalidez de convenio arbitral, exceso de autoridad e inarbitrabilidad. Por lo tanto, la norma bajo análisis no cubriría tema o fundamento que no pueda ser cubierto por las mencionadas causales.

Sin embargo, la redacción abierta y total del artículo 22.3 es llamativa. *Toda* cuestión que genere la incompetencia del tribunal arbitral está cubierta por la norma. En ese sentido, si hubiese algún aspecto de competencia ajeno a temas del convenio arbitral, exceso de autoridad o arbitrabilidad, este podría ser cubierto por el mencionado artículo 22.3.

En la práctica, parece inviable que exista algún fundamento para cuestionar la competencia del tribunal arbitral que no esté cubierto por las mencionadas causales. Sin embargo, en estricto, nada descarta que, quizá a futuro, pueda surgir algún tema nuevo, que solo podría cubrirse bajo el citado artículo 22.3.

2171 «Artículo 22.- Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.
[…]
3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros solo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral».

2172 Ver 7.2.3.2. del capítulo IV y 4.3.4. del capítulo V.

En conclusión, una respuesta razonable es que el artículo 22.3 de la Ley 60/2003 no debería ser considerada una nueva causal de anulación con relación a las decisiones afirmativas de competencia. Sin embargo, la norma existe y, en sentido abstracto, si existiese algún fundamento no cubierto por las causales de validez de convenio arbitral, exceso de autoridad o inarbitrabilidad, dicho fundamento sí podría ser cubierto por la glosada norma.

1.2. Vía adicional de impugnación. Juicio de revisión

1.2.1. Marco general

La Ley 60/2003 reconoce expresamente que el juicio de revisión procede contra laudos.[2173] Este es un proceso judicial excepcional de impugnación de la cosa juzgada, dirigido a *rescindir* —en esencia, dejar sin efecto— decisiones que pudieron haberse visto afectadas por circunstancias de error o ilicitud.[2174] El fundamento final estaría en no tolerar decisiones injustas:

> Estas acciones excepcionales tienen su fundamento en razones de justicia. Si es cierto que con la firmeza (o irrecurribilidad) y la cosa juzgada se pretende garantizar la seguridad jurídica, que es un valor de la mayor importancia, no lo es menos que existen circunstancias que justifican que se sometan a revisión; y, en su caso, se rescindan sentencias o laudos que han sido dictados injustamente. La revisión pertenece, entre otras, a la categoría de las acciones autónomas de impugnación de resoluciones firmes y procede contra cualquier sentencia firme o cualquier laudo.[2175]

Sobre el juicio de revisión, existen tres aspectos centrales a analizar: (A) las causales; (B) los aspectos procedimentales de la figura; y (C) las consecuencias de una sentencia judicial de revisión.

(A) Causales del juicio de revisión

El artículo 510[2176] de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece cuatro causales de revisión: (i) aparición de documentos decisivos que no pudieron obtenerse antes debido a fuerza mayor o por obra de la parte beneficiada con la decisión; (ii) sentencia fundada en pruebas documentales que habían sido declaradas falsas en un proceso penal antes —con desconocimiento de una de las partes— o después de la decisión; (iii) prueba testifical o pericial en la que los sujetos emisores hayan sido condenados penalmente por falso testimonio en proceso; (iv) decisión obtenida mediante cohecho, violencia o fraude.

(i) Aparición de documentos decisivos

Los documentos decisivos son aquellos que podrían haber cambiado el sentido de la decisión.[2177] Así, la decisión es errada pues omite considerar una prueba vital para la resolución del caso.

2173 Art. 43.

2174 Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo & Silvia Barona Villar, *Derecho jurisdiccional* 478-79 (10th ed., 2001).

2175 Rafael Hinojosa Segovia, *La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 11(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 203, 204 (2018).

2176 «Artículo 510.- Motivos.
1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:
1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.
3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta».

2177 Juan Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional* 480 (10th ed., 2001).

Naturalmente, la demora en presentar estos documentos decisivos deberá estar justificada. La parte interesada deberá demostrar que no pudo conseguir estos documentos antes, sea por *fuerza mayor*, que es un hecho no imputable a las partes, o por la conducta de la contraparte.

(ii) Decisión fundada en pruebas declaradas falsas

Este es un supuesto de *engaño*. Una de las partes presenta documentos falsos y estos son empleados por el juzgador para emitir su decisión. Si en una causa penal tales documentos son declarados falsos, entonces la decisión que se fundó en aquellos deberá ser dejada sin efecto.

(iii) Prueba testifical o pericial vinculada a sujetos condenados por falso testimonio

Este también es un supuesto de *engaño.* Si una de las partes obtiene una decisión favorable gracias a testimonios o pericias con contenido *falso*, la decisión deberá ser dejada sin efecto. Para esto, es necesario que en una causa penal los testigos o peritos hayan sido condenados por falso testimonio y que el testimonio o la pericia haya sido un factor relevante para la resolución del caso.[2178]

En sentido estricto, este motivo sería inaplicable para el arbitraje. El delito penal de falso testimonio en proceso está restringido a procesos judiciales.[2179] Bajo el principio de tipicidad de la ley penal, dar falso testimonio en un arbitraje no sería sancionable penalmente. Sin perjuicio de ello, supuestos de falsedad en las pruebas periciales o testimoniales podrían ser encauzadas bajo la causal (iv).[2180]

(iv) Cohecho, violencia o fraude

Este causal establece tres supuestos distintos.

El cohecho es un delito bajo la normativa española.[2181] Sanciona al funcionario que realiza actos contrarios a su deber a cambio o a la espera de un beneficio. Para el contexto del juicio de revisión, el supuesto cubre casos de jueces —u otros funcionados de la judicatura— que solicitan o aceptan cierta ventaja o promesa a cambio de alterar su decisión. Bajo el Código Penal español, los árbitros *pueden* incurrir en cohecho.[2182] Por lo tanto, este supuesto es aplicable para los laudos.

La violencia se refiere al ejercicio ilegítimo de la amenaza o de la fuerza para influenciar indebidamente en el resultado del proceso. Esta puede dirigirse contra el juez (o árbitro) o contra alguna de las partes.[2183]

La maquinación fraudulenta es «todo artificio realizado personalmente o con auxilio de engaño por la parte que ha obtenido la sentencia deseada».[2184] Se ha señalado que la jurisprudencia ha derivado de este supuesto una amplia variedad de casos.[2185] Esta, incluso, incluiría casos de colusión entre las partes para perjudicar mediante el proceso a un tercero.

2178 *Id.* at 481.
2179 Ver arts. 458 a 462 del Código Penal de España.
2180 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 43 [Cosa juzgada y revisión de laudos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 863, 874 (2014).
2181 Arts. 419 a 427 del Código Penal de España.
2182 Art.423 del Código Penal de España.
2183 Juan Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional* 481 (10th ed., 2001).
2184 STS 39/2001, de 17 de enero de 2001.
2185 Juan Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional* 481 (10th ed., 2001).

(B) Aspectos procedimentales

(i) Plazo

El artículo 512[2186] de la LEC establece un plazo máximo de 5 años para iniciar el proceso. Este plazo se computa desde la «publicación de la sentencia»; para el arbitraje, deberá entenderse que el plazo aplica desde que se emite el laudo.[2187]

En cualquier caso, según la citada norma, la demanda deberá interponerse en un plazo máximo de 3 meses «desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad».

(ii) Partes en el proceso

En cuanto a los demandantes, el artículo 511 de la LEC establece que la demanda puede ser presentada por la «parte perjudicada por la sentencia firme impugnada». Si bien la redacción da a entender que solo podrían demandar las partes del proceso (o arbitraje) que derivó en la decisión ahora cuestionada, parece sólido considerar que puede demandar el que se vio afectado por la decisión.[2188] Luego, si fue un tercero el perjudicado, este estará habilitado para presentar la demanda.

Por otro lado, la LEC no establece reglas específicas sobre los sujetos demandados. Sin embargo, es sólido considerar que la demanda deberá dirigirse contra la parte beneficiada por la sentencia o el laudo en todos los casos, pues la rescisión de la sentencia o el laudo le afectará.

Además, para los casos de cohecho y fraude, la demanda también deberá dirigirse contra los sujetos que hubiesen participado en el ilícito. Esto puede significar demandar al juez (o al árbitro) y a cualquier otro sujeto involucrado, incluyendo terceros.

(C) Consecuencias de la sentencia judicial

Bajo el artículo 516 de la LEC, una sentencia judicial estimatoria *rescinde* la sentencia o laudo cuestionado. La rescisión deriva en que la decisión rescindida carezca de efectos jurídicos.

La citada norma señala que el expediente es devuelto al tribunal que emitió la decisión rescindida, para que las partes puedan procurarse lo que les sea útil para efectos del «juicio correspondiente». Esto significa que las partes deberán iniciar un nuevo proceso, el proceso que derivó en la sentencia rescindida es inválido.[2189]

En el arbitraje, esto significa que una sentencia judicial estimatoria rescindiría el laudo, y las partes deberían iniciar un nuevo arbitraje.[2190] La sentencia rescisoria del laudo no afecta la competencia arbitral sobre la controversia.

2186 «Artículo 512.- Plazo de interposición
1. En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo.
[…]
2. Dentro del plazo señalado en el apartado anterior, se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad».

2187 Rafael Hinojosa Segovia, *La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 11(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 203, 213 (2018).

2188 Manuel Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil* 578 (8th ed. 2008).

2189 Juan Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional* 484 (10th ed., 2001).

2190 Rafael Hinojosa Segovia, *La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 11(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 203, 218 (2018).

1.2.2. Análisis crítico

En nuestra opinión, el proceso judicial de revisión no debe aplicar sobre el arbitraje. Aplicarlo por igual a sentencias judiciales y laudos arbitrales significa equiparar a dos clases de decisiones que merecen un tratamiento distinto.

En este punto, es pertinente clasificar las causales del juicio de revisión para analizarlas de mejor manera.

- Casos sustentados en puro error (ausencia de fraude). La causal del artículo 510.1.1 de la LCE cubre casos de error, sin que medie fraude o engaño alguno. Esto se da cuando se recobran documentos decisivos que no pudieron ser obtenidos antes debido a fuerza mayor; es decir, debido a circunstancias no imputables a ninguna parte.

- Casos sustentados en fraude + error del juzgador. En ciertos casos, el juzgador incurre en un error ocasionado por conductas engañosas o fraudulentas de alguna de las partes. En estos casos, el juzgador actúa de manera objetiva, no participa en el fraude.

  Aquí se ubican las causales del artículo 510.1.2, 510.1.3 de la LCE, casos de violencia referidos en el artículo 510.1.4, y los casos del artículo 510.1.1 en los que los documentos decisivos no pudieron ser obtenidos debido a la parte beneficiada por la decisión.

- Casos sustentados en fraude del juzgador. En ciertos casos, la maquinación fraudulenta involucra al juzgador. La decisión de este no es fruto de error en el juzgamiento, es deliberada y con conocimiento del ardid realizado. Aquí se ubican los supuestos de cohecho y maquinación fraudulenta del artículo 510.1.4 de la LEC, siempre que el juzgador haya participado en la misma.

Ninguna de estas causales del juicio de revisión está justificada para el control de laudos.

El control judicial de casos sustentados en puro error va contra la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo del asunto. El laudo arbitral debe respetarse, incluso si se considera que es errado. Cuando las partes deciden someter una controversia a arbitraje, están asumiendo la obligación de aceptar el resultado establecido en el laudo. El error en el juzgamiento fundado en la falta de documentos «decisivos» es eso, un error.

El marco normativo *procesal* puede establecer distintos mecanismos para la revisión del acierto o desacierto de las sentencias judiciales. El juicio de revisión es uno de ellos: en los casos sustentados en puro error, el juez de revisión revisa si existen documentos decisivos que pudieron haber cambiado la decisión emitida. Esto es una intervención sobre el fondo; intervención que es válida sobre sentencias judiciales, pero no lo es sobre laudos arbitrales debido a la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo.

El control judicial de casos sustentados en fraude + error del juzgador deriva en un control redundante: estos casos podrían encausarse por la vía de anulación de laudo. Las pruebas falsas, las declaraciones falsas, o la violencia representan vicios procedimentales que pueden denunciarse a través de las causales de anulación consistentes en la afectación al debido proceso (artículo 41.1.b) o violación del orden público (artículo 41.1.f).

Se produce, así, una extensión del plazo para reclamar por estos supuestos. La Ley 60/2003 establece un plazo de 2 meses para demandar la anulación, por cualquier tema (lo que incluye los casos aquí analizados). Sin embargo, el juicio de revisión tiene un plazo mucho mayor, de 5 años.

¿Existe alguna justificación para que el plazo para denunciar estos supuestos sea mayor que para cualquier otro? No. *Si el plazo para denunciar transgresiones al orden público es de 2 meses, ningún supuesto merece un mayor plazo que ese*. La asignación de un plazo excesivamente mayor para casos de error del juzgador + fraude desarmoniza el marco general del control judicial del laudo.

El control judicial de casos sustentados en fraude del juzgador tampoco merece un trato especial en el arbitraje comercial. A nivel internacional, las cuestiones sobre corrupción de árbitros se dilucidan a través de la causal de afectación al orden público. De nuevo, no existe justificación para que denunciar estos casos merezca un plazo mayor que para la denuncia de cualquier otro caso de afectación al orden público.[2191]

1.3. La exclusión del amparo

España, a diferencia de diversos países de Latinoamérica, ha descartado que el proceso de amparo pueda iniciarse contra un laudo arbitral.[2192] Según el TCE:

> [E]ste Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo Arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. […]. Aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraido al conocimiento del Tribunal Constitucional.[2193]

El fundamento de esta negativa se encuentra en que el laudo arbitral no es una resolución «jurisdiccional».[2194] La exigencia de tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución de España, se dirige contra la *actividad jurisdiccional estatal*.[2195] Por lo tanto, el amparo no procede contra el arbitraje.

2. CHILE

Chile maneja una legislación arbitral dualista. El arbitraje internacional se rige bajo una ley inspirada fielmente en la LMU. Las causales de anulación son idénticas a las de la LMU. En el arbitraje local, la situación es muy distinta. Para empezar, la impugnación de laudo se da bajo distintas vías, y ninguna se denomina «proceso de anulación de laudo».

Asimismo, existen vías judiciales especiales que podrían aplicar sobre el arbitraje sea este local o internacional.

A continuación, un desarrollo de la supervisión judicial del laudo de arbitraje doméstico; la situación del arbitraje internacional; y las vías adicionales de impugnación que existen contra el laudo sea de arbitraje nacional o internacional.

2191 No obstante, en arbitrajes en los que el Estado participe, sí puede evaluarse establecer una extensión de plazo para casos de corrupción (sea corrupción en el arbitraje o corrupción en la controversia sometida a arbitraje). La justificación radicaría en la necesidad de proteger el interés público, pues si el Estado es parte, hay un interés público. Luego, no sería desacertado permitir la aplicación del juicio de revisión a laudos derivados arbitrajes en los que el Estado haya sido parte.

2192 Cuestión distinta es que una demanda de amparo se dirija contra la sentencia del proceso de anulación de laudo.

2193 Sentencia TCE 176/1996, de 11 de noviembre de 1996.

2194 Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 43 [Cosa juzgada y revisión de laudos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 863, 871 (2014).

2195 Sentencia TCE 9/2005, de 17 de enero de 2005.

2.1. Arbitraje local. Esquema de control judicial

2.1.1. Marco general

En el arbitraje local de Chile, la impugnación del laudo se estructura a través de un conjunto amplio de recursos, diseñados en realidad para el control de sentencias judiciales y que se aplican por extensión a los laudos arbitrales. Más aun, tal y como está diseñado el sistema de impugnación chileno, la revisión no se limita a temas formales, sino que puede recaer también sobre el fondo:

> [N]uestro ordenamiento prevé un sistema de control, no solo destinado a resguardar las garantías elementales, sino abocado a revisar el fondo del asunto, lo que provoca la intromisión que sufren los procesos arbitrales de manos de los tribunales estatales, dinámica que no se advierte con buenos ojos desde el estadio arbitral moderno. En efecto, los tribunales estatales constituyen el conducto normal de revisión de las sentencias arbitrales de árbitro de derecho y mixto pronunciadas en primera instancia por medio de recursos de apelación y casación en el fondo.[2196]

Ahora bien, un aspecto central aquí está en la naturaleza de estos recursos. Por regla general, estos son *disponibles*: las partes pueden pactar excluir diversos recursos —algunos sí son indisponibles—. Así: «la jurisprudencia y la doctrina son uniformes al señalar que la renuncia a los recursos legales es plenamente válida si es estipulada mediante cláusula expresa y por personas capaces».[2197] Esto deriva en que la estructura de recursos accionables contra el laudo arbitral de derecho doméstico sea variable en función a lo acordado por las partes.[2198]

A continuación, un análisis de los distintos recursos y las causales cubiertas por aquellos. Por recurso, nos referimos al mecanismo que permite que un órgano distinto al emisor revise la cuestión que motiva el recurso.[2199]

2.1.2. Recursos de impugnación de laudo

El ámbito de recursos de impugnación del laudo disponibles varía según si el arbitraje es (i) un arbitraje de derecho o mixto;[2200] o si es (ii) ante un árbitro *arbitrador*.[2201]

(i) Recursos contra un laudo de arbitraje de derecho o mixto

Los laudos de arbitraje de derecho o mixto pueden ser impugnados mediante distintos recursos: [a] recurso de apelación; [b] recurso de hecho; [c] recurso de casación en la forma; [d] recurso de revisión; [e] recurso de queja; y [f] recurso de casación en el fondo.

[a] Recurso de apelación

El recurso de apelación constituye un medio para discutir el fondo de la controversia ante un órgano distinto. El artículo 186 del Código de Procedimiento Civil establece que este recurso «tiene

---

2196 María Fernanda Vásquez Palma & Jordi Delgado Castro, *El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno,* 45 Revista Derecho del Estado 187, 196 (2020).

2197 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 10 de junio de 2002.

2198 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 261 (2d ed. 2016).

2199 Por lo tanto, se excluye de este análisis a los pedidos de reposición, aclaración, rectificación o enmienda, pues estos son resueltos por el mismo tribunal que emitió la sentencia o laudo (art. 182 del Código de Procedimiento Civil).

2200 El árbitro mixto resuelve el fondo de la controversia mediante la aplicación del derecho, y sigue el procedimiento que las partes establezcan (Elina Mereminskaya, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía,* in J. E. Vargas Viancos & F. J. Gorjón Gómez (coords.), *Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica* 97, 101 (2006)).

2201 El árbitro arbitrador resuelve el fondo de la controversia aplicando criterios de justicia y equidad; y además, siguen el procedimiento que las partes establezcan (Elina Mereminskaya, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía,* in J. E. Vargas Viancos & F. J. Gorjón Gómez (coords.), *Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica* 96, 101 (2006)).

por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior».

Bajo el artículo 239[2202] del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de apelación es *disponible*. La regla predeterminada es que el laudo puede ser apelado ante las cortes judiciales; sin embargo, las partes pueden establecer que la apelación sea resuelta por un tribunal arbitral de segunda instancia o que simplemente no haya apelación.

[b] Recurso de hecho

El recurso de hecho es un recurso especial que presupone que el recurso de apelación está disponible. Según el artículo 203[2203] del Código de Procedimiento Civil, si el tribunal de primer grado no concede la apelación pese a que debe concederla, el interesado podrá acudir de frente al tribunal superior mediante el recurso de hecho.

[c] Recurso de casación en la forma

La casación en la forma es la figura más equiparable a la demanda de anulación de laudo.[2204] Esta, bajo el artículo 768[2205] del Código de Procedimiento Civil, establece las siguientes causales para impugnar un laudo: (1) falta de jurisdicción del tribunal; (2) emisión del laudo por un árbitro cuestionado o con un cuestionamiento pendiente de resolver; (3) laudo emitido con menores votos a los requeridos; (4) laudo *ultra petita* o *extra petita*; (5) laudo que no sigue los requisitos formales del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil;[2206] (6) laudo que va en contra de una decisión previa con calidad de *res judicata*; (7) laudo con decisiones contradictorias; (8) laudo dado en apelación que luego fue desistida; y (9) laudo que no cumple con los requisitos procedimentales esenciales establecidos por ley.

En cierto modo, las cuestiones cubiertas por la casación en la forma cubren las principales causales de anulación.

2202 «Artículo 239.- Contra una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado dichos recursos, o sometídolos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior.
[…]».

2203 «Artículo 203.- Si el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, dentro del plazo de cinco días contado desde la notificación de la negativa, para que declare admisible dicho recurso».

2204 Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 58 (Supplement 98, 2018).

2205 «Artículo 768.- El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:
1a. En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley;
2a. En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente;
3a. En haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciadas por menor número de jueces que el requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, y viceversa;
4a. En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que este tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley;
5a. En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170;
6a. En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta se haya alegado oportunamente en el juicio;
7a. En contener decisiones contradictorias;
8a. En haber sido dada en apelación legalmente declarada desistida, y
9a. En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad».

2206 Dichos requerimientos formales incluyen que la sentencia exprese una motivación («consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia») (art. 170.4 del Código de Procedimiento Civil).

768.1, falta de jurisdicción del tribunal	Vicios en el convenio arbitral Inarbitrabilidad	**Competencia del tribunal arbitral**
768.4, *ultra petita* o *extra petita*	Exceso de autoridad	
768.2, laudo emitido por árbitro cuestionado	Debido proceso	**Vicios procedimentales**
768.3, votos menores a los requeridos	Debido proceso	
768.5, 768.8 y 768.9	Debido proceso	
768.7, decisiones contradictorias	Debido proceso	

Vale notar que la casación en la forma puede fundarse en el cuestionamiento a la debida motivación del laudo, a través del artículo 768.5 del Código de Procedimiento Civil.[2207]

El recurso de casación en la forma es *disponible*.[2208] Sin embargo, las causales sobre competencia del tribunal (arts. 768.1 y 768.4) se consideran cuestiones de orden público y por tanto irrenunciables.[2209]

[d] Recurso de revisión

El recurso de revisión, bajo el artículo 810[2210] del Código de Procedimiento Civil, es una figura dirigida a revertir dos cuestiones: el *fraude* procesal y la violación de la cosa juzgada. Es un recurso extraordinario pues impugna una decisión que tiene carácter de cosa juzgada.[2211]

En cuanto al fraude procesal, la normativa chilena es similar a la española. El artículo 810 del Código de Procedimiento Civil establece como causales de revisión las siguientes: documentos declarados falsos (artículo 810.1), testimonios de testigos condenados por falso testimonio (artículo 810.2) y cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta (artículo 810.3).

Por otro lado, el recurso de revisión puede plantearse para proteger la fuerza de cosa juzgada de algún pronunciamiento jurisdiccional previo (artículo 810.4). Se produce, a nuestro criterio, un doble control para este mismo supuesto, pues la tutela de la cosa juzgada previa puede también invocarse a través del recurso de casación en la forma.

2207 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 243 (2d ed. 2016).

2208 Art. 239 del Código Orgánico de Tribunales.

2209 Corte Suprema, sentencia de 16 de septiembre de 2011 (Rol 8166-2011), § 11; entre otras.

2210 «Artículo 810.- La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes:
1.º Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever;
2.º Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido estos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia;
3.º Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término; y
4.º Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó.
[…]».

2211 Mario Casarino Viterbo, *Manual de derecho procesal (Derecho Procesal Civil)* 217 (6th ed. 2008).

[e] Recurso de queja

El recurso de queja, bajo el artículo 545[2212] del Código Orgánico de Tribunales, es una figura de *ultima ratio*, que solo aplica cuando no exista otro recurso disponible. La queja tiene como función corregir «faltas o abusos graves» en el marco de la emisión de resoluciones. Se trata de una figura de naturaleza disciplinaria; se dirige contra el juzgador, cuando este comete errores u omisiones graves.[2213] Sin embargo, pese a su naturaleza disciplinaria, el órgano que resuelve la queja podría modificar o invalidar la resolución cuestionada.[2214]

La norma no define qué significa «falta o abuso grave», sin embargo es razonable considerar que cubre cuestiones formales/procedimentales; además, la queja también cubriría aspectos sobre el fondo del asunto, como la interpretación errada de normas o la apreciación equivocada de hechos.[2215] Así, no parece errado considerar a la queja como una velada apelación.[2216]

Asimismo, a través de este recurso se pueden encausar denuncias de transgresión al orden público. La redacción abierta de los hechos denunciables a través del recurso de queja permite invocar supuestos de transgresión al orden público.

Para finalizar, la queja es considerada indisponible.[2217] Esa, en todo caso, es la posición mayoritaria en doctrina y jurisprudencia.[2218]

[f] Recurso de casación en el fondo

Bajo el artículo 767[2219] del Código de Procedimiento Civil, la casación en el fondo procede contra decisiones de segunda instancia; es decir, procedería contra la decisión de la corte de apelaciones o

---

2212 «Artículo 545.- El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Solo proceder cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma.
El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, y determinar las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores.
En caso de que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada».

2213 María Fernanda Vásquez Palma & Jordi Delgado Castro, *El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno,* 45 Revista Derecho del Estado 187, 201 (2020).

2214 Flora Sepúlveda Rivas & Hector Oberg Yañez, *El recurso de queja,* 196 Revista de Derecho - Universidad de Concepción 7, 18-19 (1994).

2215 Flora Sepúlveda Rivas & Hector Oberg Yañez, *El recurso de queja,* 196 Revista de Derecho - Universidad de Concepción 7, 11 (1994).

2216 María Fernanda Vásquez Palma & Jordi Delgado Castro, *El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno,* 45 Revista Derecho del Estado 187, 202 (2020).

2217 Corte Suprema, sentencia de 28 de julio de 2009 (Rol 2601-09), § 4; entre otras.

2218 José Tomas Bulnes León & Nicolás Miranda Larraguibel, *Notas sobre la renuncia de recursos en el arbitraje doméstico,* CAM Santiago (October, 2018), http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2018/SEP/docs/Bulnes_NMiranda.pdf

2219 «Artículo 767.- El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituído por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia».

del tribunal arbitral de segunda instancia, sea el tribunal de derecho o mixto,[2220] que resolvió la apelación contra el laudo.

El recurso de casación constituye una vía para reexaminar el fondo de la controversia. Sin embargo, esta reevaluación esta restringida a la *infracción de la ley*, es decir, al error o desacierto en la aplicación de normas. La Corte Suprema —que evalúa los recursos de casación— no podría recalificar los hechos ya establecidos.[2221]

(ii) Recursos contra un laudo de un árbitro *arbitrador*

El sistema de recursos contra el laudo de árbitro *arbitrador* es más reducido que contra el laudo de arbitraje de derecho o mixto. Son tres los recursos: [a] apelación; [b] casación en la forma; y [c] queja —cuya naturaleza no es igual que el de la queja contra el laudo de arbitraje de derecho o mixto—.

[a] Recurso de apelación

La apelación permite una nueva revisión del fondo de la controversia, según expusimos para el caso de los laudos de arbitraje de derecho o mixto.

Sin embargo, bajo el artículo 239[2222] del Código Orgánico de Tribunales, aquí la regla predeterminada es que no habrá recurso de apelación salvo que las partes acuerden lo contrario de manera expresa.

[b] Casación en la forma

El recurso de casación en la forma puede dirigirse contra laudos de árbitros *arbitradores* (artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales).

[c] Recurso de queja

El recurso de queja contra un laudo de árbitro *arbitrador* no tiene un carácter meramente disciplinario, sino que es un recurso «de mérito»; es decir, medio de impugnación para enmendar la decisión cuestionada.[2223]

2220 Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 59 (Supplement 98, 2018).

2221 Sin embargo, entendemos que existe discusión en Chile sobre el control en casación de las «leyes reguladoras de prueba» pues a través de dicho control se podría modificar los hechos. Al respecto, ver Jorge Larrocau Torres, *Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema,* 30(1) Revista de Derecho (Valdivia) 311 (2017); Carlos del Río Ferretti, *Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma,* 21(2) Revista Ius Et Praxis 161 (2015).

2222 «Artículo 239.- Contra una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado dichos recursos, o sometídolos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior.
Sin embargo, el recurso de casación en el fondo no procederá en caso alguno contra las sentencias de los arbitradores; y el de apelación solo procederá contra dichas sentencias cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar este cargo».

2223 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 264 (2d ed. 2016).

2.1.3. Consecuencias de la sentencia judicial

(i) Casación en la forma

Bajo el artículo 786[2224] del Código de Procedimiento Civil, las consecuencias de una decisión judicial que declara fundado el recurso de casación en la forma varían en función a la causal específica de la casación.

Si la casación es fundada por (1) falta de jurisdicción del tribunal; (2) emisión del laudo por un árbitro cuestionado o con un cuestionamiento pendiente de resolver; (3) laudo emitido con menores votos a los requeridos; (8) laudo dado en apelación que luego fue desistida; o (9) laudo que no cumple con los requisitos procedimentales esenciales establecidos por ley, entonces según el mencionado artículo 768 la sentencia de casación «determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente».

Salvo para el supuesto (1) —en el que el tribunal arbitral ya nada podría hacer por haber sido declarado incompetente— y el supuesto (8) —en el que no habría nada que devolver dado el desistimiento de la apelación—, el artículo 768 implicaría la *retroacción* de las actuaciones arbitrales hasta el punto en que se originó el vicio.

Sin embargo, el problema en el ámbito arbitral —recordemos que la norma está diseñada para sentencias judiciales— es que ya no habría un tribunal arbitral en funciones para recibir de vuelta el caso. Por lo tanto, dada la presencia de un convenio arbitral, las partes deberían constituir un nuevo tribunal arbitral.[2225] Es decir, el caso iniciaría desde el primer paso; igual, se reporta que el nuevo tribunal no podría prescindir de los actos llevados a cabo en el procedimiento arbitral original.[2226]

Por otro lado, si la casación es fundada por (4) laudo *ultra petita* o *extra petita*; (5) laudo que no sigue los requisitos formales del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; (6) laudo que va en contra de una decisión previa con calidad de *res judicata*; o (7) laudo con decisiones contradictorias, el citado artículo 768 señala que «deberá el mismo tribunal, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley». En estos casos, la consecuencia sería la *pérdida* de competencia de los árbitros sobre el fondo de la controversia. La corte que resolvió la casación pasaría a resolver el fondo de la controversia.

Ahora bien, esta regla merece una precisión en cuanto a la causal (4). Si la casación es fundada por (4) laudo *ultra petita* o *extra petita*, parecería razonable que si las decisiones incongruentes son separables de las que no lo son, solo las primeras sean dejadas sin efecto. En estos casos, la corte casatoria no tendría nada que resolver sobre el fondo de la controversia.

2224 «Artículo 786.- En los casos de casación en la forma, la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente.
Este tribunal es aquel a quien tocaría conocer del negocio en caso de recusación del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada.
Si el vicio que diere lugar a la invalidación de la sentencia fuere alguno de los contemplados en las causales 4a, 5a, 6a y 7a del artículo 768, deberá el mismo tribunal, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley.
Lo dispuesto en el inciso precedente regirá, también, en los casos del inciso primero del artículo 776, si el tribunal respectivo invalida de oficio la sentencia por alguna de las causales antes señaladas».

2225 Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* 461 (5th ed. 2005).

2226 *Id.*

En suma, las consecuencias de las causales podrían graficarse de la siguiente manera:

Causal	Consecuencia
(1) falta de jurisdicción del tribunal	Laudo carece de efectos y el tribunal arbitral no puede retomar el caso.
(2) emisión del laudo por un árbitro cuestionado o con un cuestionamiento pendiente de resolver	Retroacción de las actuaciones (corte casatoria define punto de reanudación).
(3) laudo emitido con menores votos a los requeridos	Retroacción de las actuaciones (corte casatoria define punto de reanudación).
(4) laudo *ultra petita* o *extra petita*	Variable
(5) laudo que no sigue los requisitos formales del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil	Corte casatoria asume competencia sobre el fondo de la controversia y lo resuelve.
(6) laudo que va en contra de una decisión previa con calidad de *res judicata*	Corte casatoria asume competencia sobre el fondo de la controversia y lo resuelve.
(7) laudo con decisiones contradictorias	Corte casatoria asume competencia sobre el fondo de la controversia y lo resuelve.
(8) laudo dado en apelación que luego fue desistida	Laudo dado en apelación carece de efectos. El laudo de primera instancia sería final.
(9) laudo que no cumple con los requisitos procedimentales esenciales establecidos por ley	Retroacción de las actuaciones (corte casatoria define punto de reanudación).

(ii) Otros recursos

Existen ciertos recursos que habilitan al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo; en estos casos, las consecuencias son claras. Así, si el recurso de apelación es fundado, la corte revisora modificará la decisión y resolverá el fondo. Lo mismo sucede con el recurso de casación en el fondo.[2227]

Por otro lado, las consecuencias de los restantes recursos son diversas.

El recurso de hecho que sea declarado fundado logra, tal y como su función indica, que la apelación sea atendida por el órgano revisor.

El recurso de revisión fundado deriva, según el artículo 815[2228] del Código de Procedimiento Civil, en la anulación de la decisión. Asimismo, la sentencia que declara fundado el recurso de revisión determinará si la jurisdicción arbitral puede emitir una nueva decisión o no.

En efecto, para los casos de *fraude procesal* (artículo 810.1, 810.2 y 810.3 del Código de Procedimiento Civil), la consecuencia concreta la determina el juez; este podría disponer el reinicio

---

2227 Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 62 (Supplement 98, 2018).

2228 «Artículo 815.- Si el tribunal estima procedente la revisión por haberse comprobado, con arreglo a la ley, los hechos en que se funda, lo declarará así, y anulará en todo o en parte la sentencia impugnada.
En la misma sentencia que acepte el recurso de revisión declarará el tribunal si debe o no seguirse nuevo juicio. En el primer caso determinará, además, el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal de que proceda.
Servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hayan hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas».

del proceso desde cero, o la retroacción de las actuaciones. Bajo el glosado artículo 815, la sentencia que declara fundado el recurso de revisión definirá «en qué estado queda el proceso». Por contraste, para los casos en que se transgrede una decisión previa con calidad de cosa juzgada (artículo 810.4 del Código de Procedimiento Civil), la consecuencia sería que no habría lugar para un nuevo procedimiento arbitral sobre la controversia, pues precisamente esta ya cuenta con cosa juzgada.[2229]

Las consecuencias de la estimación de un recurso de queja constituyen un tema complicado.

La estimación de una queja contra sentencias arbitrales de arbitraje de derecho o mixto en principio solo debería limitarse a dictar medidas disciplinarias contra los árbitros. Bajo el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, la estimación de un recurso de queja «en ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios». Sin embargo, no es irracional entender, bajo la misma norma, que en el ejercicio de las facultades disciplinarias la decisión cuestionada pueda ser invalidada.

Para las quejas contra sentencias arbitrales de árbitros *arbitradores*, la respuesta es más simple. El mencionado artículo 545 señala que en estos casos la decisión sí podría ser modificada, enmendada o invalidada. Esto se debe a que, según expusimos antes, la queja aquí no tiene carácter exclusivamente disciplinario.

2.2. Arbitraje internacional

Según la LACI, el proceso de anulación de laudo es la única vía contra el laudo arbitral.[2230] Esto significaría que los recursos contra el laudo de arbitraje local no son extensibles al arbitraje internacional; y que no existirían otras vías especiales para cuestionar o perturbar el arbitraje internacional. El primer tema será desarrollado aquí; el segundo en el siguiente apartado.

La aplicabilidad de recursos contra el laudo de arbitraje local al arbitraje internacional ha merecido y merece preocupación para la comunidad chilena. En específico, la potencial aplicación del recurso de queja.[2231] Sin embargo, hasta la fecha, la posición de la jurisprudencia es que la queja no puede dirigirse contra árbitros de arbitrajes internacionales.[2232-2233] Para el arbitraje internacional, «el artículo [34 de la LACI] del caso apunta a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, es decir, en este caso, existe un recurso ordinario que prevalece por sobre el recurso de queja y que lleva consigo la declaración de inadmisibilidad del mismo».[2234]

Fuera del recurso de queja, no parece haber mayor discusión en cuanto a que los recursos contra el laudo de arbitraje doméstico no puede ser empleados contra un laudo de arbitraje internacional. Aquellos también resultan inaplicables.[2235]

2229 Mario Casarino Viterbo, *Manual de derecho procesal (Derecho Procesal Civil)* 224 (6th ed. 2008). El autor ejemplifica mediante un caso en que el objeto impugnado es una sentencia judicial y no un laudo. Sin embargo, el razonamiento es extensible para los recursos de revisión dirigidos contra laudos arbitrales.

2230 Art. 34(1).

2231 Andrés Jana L., *International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities,* 32(4) J. of Int'l Arbitration 413, 426 (2015).

2232 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de julio de 2010, Rol 2363-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de julio de 2012, Rol 4902-2012.

2233 Más aun, la Corte Suprema de Chile ha establecido que el recurso de queja tampoco es procedente contra la sentencia de la corte de apelaciones sobre anulación de laudo (Sentencia de 30 de abril de 2014, Rol 8699-2014; entre otras).

2234 Corte de Apelaciones de Santiago, decisión de 28 de enero de 2019, Rol 613-2019.

2235 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 281 (2d ed. 2016).

2.3. Arbitraje local e internacional. Vías adicionales de impugnación

Según expusimos, la impugnación del laudo en el arbitraje doméstico chileno se rige bajo una constelación de distintos recursos. Por su parte, en el arbitraje internacional chileno, el cuestionamiento del laudo se produce a través del proceso de anulación.

Sin embargo, existen vías de tutela *constitucional* que merecen ser evaluadas: el recurso de protección y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2.3.1. Recurso de protección

2.3.1.1. Marco general y aplicabilidad sobre el arbitraje

Bajo el artículo 20[2236] de la Constitución de Chile, el recurso de protección es un proceso constitucional que otorga tutela frente a actos u omisiones arbitrarias o ilegales que afectan derechos fundamentales. Es, en líneas generales, una figura *similar* al amparo de España, México y Perú, y a la acción de tutela de Colombia.

En realidad, el recurso de protección no es un recurso (como sí lo son los pedidos de apelación, queja, casación, etcétera). El recurso de protección es un proceso autónomo, y por lo tanto no califica como una «instancia» o «incidente procesal».[2237]

Ahora bien, el ámbito de control del recurso de protección no es una cuestión pacífica en la academia chilena. Parece claro que este recurso puede interponerse contra actuaciones administrativas y de hecho (particulares);[2238] sin embargo, no existe una visión uniforme en cuanto a si resulta procedente contra resoluciones judiciales y de tribunales arbitrales.[2239]

Sea como fuere, existe jurisprudencia chilena sobre recursos de protección contra el arbitraje. El fundamento parece ser que no existe medio alguno que pueda, válidamente, excluir o vedar la atribución de las cortes para conocer violaciones a derechos fundamentales. Así, un convenio para recurrir a la jurisdicción arbitral no podría recortar la mencionada atribución de la judicatura.[2240]

Asimismo, las propias leyes no podrían restringir tal atribución. En el marco del control de constitucionalidad sobre el proyecto de ley de la LACI, el Tribunal Constitucional chileno analizó las implicancias de los artículos 5 y 34 de la LACI, que restringían la intervención de las cortes judiciales sobre el arbitraje. Así:

> [S]iguiendo el principio de buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución, este Tribunal decidirá que los artículos 5 y 34, en cuanto señala en su primera parte «La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral» y en su número 1), son constitucionales en el entendido que dejan a salvo

---

2236 «Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1, 2, 3 inciso cuarto, 4, 5, 6, 9 inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
[…]».

2237 Humberto Nogueira Alcalá, *El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano*, 13(1) Revista Ius Et Praxis 75, 83 (2007).

2238 *Id.*

2239 Sobre esta discusión, ver Ignacio Ried Undurraga, *El Recurso de Protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,* 13(1) Estudios Constitucionales 271 (2015).

2240 Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* 464 (5th ed. 2005).

> las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema según quedó expuesto, así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley;[2241]

Parece claro que el Tribunal Constitucional se refiere aquí al recurso de protección.[2242] Así, para dicho órgano, las restricciones establecidas en la LACI en cuanto a la intervención de las cortes aplicarían para los procesos judiciales *ordinarios*; sin embargo, las mismas no recortan las competencia y atribuciones de las cortes en el marco de procesos judiciales «*constitucionales*».

2.3.1.2. Supuestos cubiertos por el recurso de protección

No existen parámetros o criterios expresos sobre qué supuestos pueden ser evaluados a través del recurso de protección. Sin embargo, a través de la jurisprudencia, es posible ensayar algunos supuestos que estarían cubiertos por este recurso.

En primer lugar, el recurso de protección no puede servir como vía ordinaria de impugnación; es decir, no constituye una instancia de apelación para discutir de nuevo el fondo de la controversia.[2243]

En segundo lugar, el recurso de protección debería respetar la competencia prioritaria de los árbitros para decidir sobre su propia competencia. En un caso, un recurso de protección fue presentado contra la designación de un árbitro realizada por la Cámara de Comercio de Santiago; la parte alegó que la designación era ilegal y arbitraria pues la cláusula arbitral era patológica —se encontraba en un contrato que no se había llegado a celebrar—. La Corte de Apelaciones de Santiago evaluó si efectivamente existía contrato o no:

> De los antecedentes reseñados no es posible concluir la existencia de un acuerdo entre las partes que permita sustraer el conflicto que mantienen, de la justicia ordinaria, en términos que la recurrida al designar un árbitro para la resolución del conflicto, se ha constituido en una comisión especial, pues conforme a los antecedentes no cuenta con el acuerdo de las partes para tal decisión, vulnerando así la garantía constitucional que en este sentido establece la carta fundamental en el numeral cuarto del artículo 19, lo que conduce a acoger la acción cautelar en examen.[2244]

Esta sentencia fue apelada, y la Corte Suprema la dejó sin efecto al considerar que el solicitante carecía de un derecho «indiscutible y preexistente», por lo que no era necesario otorgar tutela urgente.[2245] Aquí, puede entenderse que el fundamento subyacente para ello está en el principio de competencia-competencia.[2246]

En tercer lugar, el recurso de protección serviría para tutelar derechos de terceros ajenos al proceso judicial o al procedimiento arbitral.[2247] Si una decisión jurisdiccional afecta derechos de terceros, procedería el recurso de protección; este se fundamentaría en el debido proceso: el tercero no tuvo oportunidad para hacer valer sus derechos dentro del proceso judicial —o al procedimiento arbitral—.

2241 Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia del 25 de agosto de 2004, Rol 420, § 17.

2242 Elina Mereminskaya, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía,* in J. E. Vargas Viancos & F. J. Gorjón Gómez (coords.), *Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica* 97, 110 (2006).

2243 Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 23 de agosto de 2000, Rol 172-2000.

2244 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de diciembre de 2013, Número protección 100.153-2013, § 9.

2245 Corte Suprema de Chile, sentencia de 24 de julio de 2014, Rol 16988-2013.

2246 Correo electrónico de Orlando Palominos (30 de agosto de 2019).

2247 Julio Guzmán Jordán, *Recurso de protección y resoluciones judiciales*, CAM Santiago (sin fecha), http://www.camsantiago.cl/articulos_online/37_RECURSOSPROTECCION.pdf

Fuera de ello, no parece que la jurisprudencia chilena haya desarrollado o reconocido supuestos en los que alguna de las partes del arbitraje pueda denunciar una decisión arbitral a través del recurso de protección. Más aun, para el arbitraje internacional, se sostiene que las partes solo pueden recurrir a la vía de anulación de laudo, pues el recurso de protección estaría solo disponible para los terceros (ajenos al procedimiento arbitral).[2248]

2.3.2. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es un medio para que una norma legal sea declarada inaplicable.[2249] Es decir, la disposición, *en abstracto,* es considerada contraria a la Constitución chilena.[2250]

La dinámica de este recurso es particular, pues el recurso debe presentarse *antes* de la aplicación de la norma que supuestamente es inconstitucional. Debe existir una gestión *pendiente*; en términos simples, la decisión no debe tener la calidad de firme. Si el asunto cuenta con sentencia firme, no hay gestión pendiente alguna.[2251]

Ahora bien, el artículo 93.6[2252] de la Constitución de Chile estipula que el control de constitucionalidad se da «en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial». Se sostiene que, desde un punto de vista constitucional, los tribunales especiales son aquellos que cumplen funciones jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales.[2253] Luego, el recurso de inaplicabilidad también podría dirigirse contra tribunales arbitrales.

En el arbitraje local, es sólido considerar que el recurso de inaplicabilidad es procedente para decisiones de árbitros de arbitraje de derecho o mixto.[2254] La situación parecería ser más compleja para el arbitraje ante árbitro *arbitrador,* pues se sostiene que estos no están obligados a aplicar las normas legales, por lo tanto el recurso de inaplicabilidad no sería procedente.[2255] Sin embargo, creemos que el recurso sí sería aplicable contra la decisión de un árbitro *arbitrador* en cuanto a la aplicación de normas imperativas, pues el arbitraje *ex aequo et bono* no permite ir contra ellas.[2256]

En el arbitraje internacional, la procedencia de un recurso de inaplicabilidad resulta más complicada. En primer lugar, es claro que si las partes escogen un derecho aplicable sobre el fondo distinto al chileno, no habría control posible. Fuera de ello, aun si se escogiese derecho chileno, se sostiene que el arbitraje internacional busca *desligarse* del sistema normativo interno chileno, por lo que el recurso de inaplicabilidad debería ser improcedente.[2257]

Ahora bien, una decisión estimatoria del recurso de inaplicabilidad no afecta o atenta contra la competencia del tribunal arbitral. Este mantendría sus atribuciones para resolver la controversia.[2258]

2248 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 282 (2d ed. 2016).

2249 Mario Casarino Viterbo, *Manual de derecho procesal (Derecho Procesal Civil)* 225 (6th ed. 2008). Al igual que el recurso de protección, el recurso de inaplicabilidad no es propiamente un recurso.

2250 Ignacio Ried Undurraga, *El Recurso de Protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,* 13(1) Estudios Constitucionales 271 (2015).

2251 Enrique Navarro Beltrán, *Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad,* 72 Revista de Derecho Público 265, 273 (2010).

2252 «Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:
[…]
6.º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución».

2253 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 284 (2d ed. 2016).

2254 Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* 465 (5th ed. 2005).

2255 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 284 (2d ed. 2016).

2256 Ver 2.2.3.1. del capítulo I.

2257 Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* 284 (2d ed. 2016).

2258 Mario Casarino Viterbo, *Manual de derecho procesal (Derecho Procesal Civil)* 231 (6th ed. 2008).

El efecto de la decisión estimatoria es que el tribunal arbitral no podría aplicar la norma que fue cuestionada en el recurso de inaplicabilidad.

3. COLOMBIA

Colombia, al igual que Chile, maneja un esquema normativo dualista. En el arbitraje internacional, la Ley 1563/2012 sigue el formato de la LMU de causales de anulación; sin embargo, la norma añade una causal adicional de anulación. En el arbitraje local, las causales de anulación de laudo son distintas a las de la LMU —aunque en conjunto cubren los mismos supuestos—.

Además, existen vías judiciales adicionales, distintas a la anulación de laudo, que pueden emplearse contra el arbitraje doméstico e internacional.

El análisis se desglosará de la siguiente manera. Primero el arbitraje local (el esquema de causales de anulación y la vía judicial de impugnación adicional a la anulación); luego el arbitraje internacional (la causal adicional de anulación en este régimen); y finalmente se abordará la acción de tutela, como vía judicial de impugnación contra laudos de arbitrajes locales e internacionales.

3.1. Arbitraje local

3.1.1. Causales de anulación

3.1.1.1. Marco general

Al establecer un marco dualista, la Ley 1563/2012 optó por que las causales de anulación del laudo de arbitraje doméstico sigan, en líneas generales, la redacción ensayada por la norma antecesora.[2259] Así, el artículo 41[2260] de la Ley 1563/2012 establece las siguientes causales: (1) inexistencia, invalidez o inoponibilidad del convenio; (2) caducidad de la acción o carencia de jurisdicción; (3) constitución no legal del tribunal arbitral; (4) parte afectada por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento; (5) prueba pedida pero no decretada o practicada, cuando tal omisión carezca de fundamento legal; (6) laudo fuera de plazo; (7) laudo emitido bajo criterios de conciencia sin autorización de las partes; (8) laudo con disposiciones contradictorias o errores formales en la parte resolutiva (o que incidan en ella); (9) laudo sobre cuestiones no sujetas a decisión de árbitros, laudo *ultra petita, extra petita* o *infra petita*.

2259 Decreto 2279 de 1989, artículo 38 (compilada posteriormente en el Decreto 1818 de 1998, artículo 163).

2260 «Artículo 41.- Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:
1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.
[…]».

Vale notar, por cierto, que el juez puede abordar estas causales solo a pedido de parte. El juez no puede determinar si el laudo incurre en nulidad por alguna causal no invocada por las partes.[2261]

A continuación, un análisis de los aspectos centrales: (A) el desarrollo de las causales; (B) los aspectos procesales de la figura; y (C) las consecuencias de una sentencia judicial de anulación.

(A) Causales de anulación

(i) Inexistencia, invalidez o inoponibilidad del convenio

El artículo 41.1 de la Ley 1563/2012 cubre, evidentemente, casos de convenio arbitral *patológico*. Se equipara, así, al artículo 34(2)(a)(I) de la LMU.

La norma colombiana alude a tres categorías distintas: inexistencia, invalidez e inoponibilidad del convenio arbitral. Naturalmente, la definición y alcance de dichos conceptos debe hacerse a la luz del derecho civil colombiano. En síntesis:

- La inexistencia se da cuando el convenio arbitral, como cualquier otro contrato, no cumple con las «solemnidades sustanciales» que la ley requiera para su formación.[2262]

- La invalidez se refiere a las categorías de invalidez absoluta e invalidez relativa[2263] del negocio jurídico.

  - La invalidez absoluta se refiere a la nulidad. El convenio arbitral será nulo cuando su objeto o causa sea ilícito, una de las partes adolezca de incapacidad absoluta, o no se cumpla un requisito de validez establecido por ley.[2264] Asimismo, hay nulidad cuando el convenio transgreda una norma imperativa.[2265]

    Por cierto, la arbitrabilidad está contenida aquí, pues la categoría de objeto ilícito cubre casos de inarbitrabilidad.[2266]

  - La invalidez relativa cubre casos de «I) La incapacidad relativa de alguna de las partes; II) La omisión en el cumplimiento de algún requisito exigido por la ley para el valor del negocio jurídico en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran y; III) El consentimiento viciado por el error, la fuerza o el dolo».[2267]

- La inoponibilidad se refiere a la incapacidad de un negocio para producir efectos jurídicos sobre terceros.[2268] Así, el sujeto que se considere tercero frente al convenio arbitral podrá invocar esta causal para anular el laudo.

2261 Aída Patricia Hernández Silva, *Recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. Aspectos generales,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 21, 24 (2016).

2262 Artículo 898 del Código de Comercio de Colombia.

2263 La norma usa la expresión de «invalidez absoluta». Sin embargo, la Corte Constitucional ha declarado inexequible el término de absoluto; tanto la invalidez absoluta como la invalidez relativa dan lugar a la anulación del laudo (Corte Constitucional, Sentencia C-572A/14, 30 de julio de 2014, § 4.6.7.-4.6.9.).

2264 Art. 1741 del Código Civil de Colombia.

2265 Art. 899.1 del Código de Comercio de Colombia.*
*Vale notar que el artículo 899.2 se refiere a la causa u objeto ilícito, y el 899.3 al caso de sujeto que es incapaz absoluto. Es decir, estos supuestos están contenidos tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio colombiano.

2266 Marcos Quiroz Gutiérrez, *Capítulo I. Inexistencia, invalidez e inoponibilidad del pacto arbitral,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 55, 66 (2016).

2267 Colombia, Consejo de Estado, expediente 52556, sentencia de 13 de abril de 2015.

2268 Art. 901 del Código de Comercio de Colombia; Colombia, Consejo de Estado, expediente 52556, sentencia de 13 de abril de 2015.

(ii) Caducidad de la acción o carencia de jurisdicción

El artículo 41.2 de la Ley 1563/2012 establece dos supuestos de nulidad del laudo: la caducidad de la acción y la carencia de jurisdicción.

La caducidad de la acción se refiere a una institución de la tradición de derecho civil, que es la extinción del derecho o de otras situaciones jurídicas.[2269] Ahora bien, el ordenamiento jurídico puede calificar a la caducidad de un derecho como una cuestión del fondo de la controversia, como una cuestión procesal, o como ambas. Por ejemplo, si la caducidad es considerada un tema exclusivamente sustantivo, entonces la competencia de los árbitros no puede cuestionarse bajo el argumento de que el derecho dejó de existir.

En Colombia, si el derecho ha caducado, el tribunal arbitral es incompetente para pronunciarse al respecto. Sin embargo, si el derecho no ha caducado, entonces el árbitro es competente, y por lo tanto su pronunciamiento sobre dicho tema califica como una cuestión del fondo de la controversia. Así:

> *i)* Ciertamente, uno es el evento en el cual el correspondiente tribunal de arbitramento decide proceder sin competencia —e incluso sin jurisdicción— para ello, en cuanto hubiere operado la caducidad de la acción, cuestión que obliga al juez de la anulación a anular el laudo respectivo una vez verifique que, junto con los demás requisitos propios de este medio de impugnación extraordinario, hubiere ocurrido la referida caducidad de la acción, independientemente de que el respectivo tribunal de arbitramento se haya pronunciado, o no, sobre la excepción de caducidad, toda vez que es evidente que en tal situación a ese pronunciamiento arbitral le hace falta un presupuesto indispensable: el de la competencia —y/o la jurisdicción— que debe acompañar al juez arbitral;
>
> *ii)* Otro muy distinto, en cambio, es el caso en el cual, aunque en realidad no se hubiere configurado la caducidad de la acción, la misma es declarada por el respectivo tribunal de arbitramento, hipótesis en la que el juez de la anulación no puede entrar a modificar las valoraciones y las conclusiones que en ese sentido hubiesen sido adoptadas en sede arbitral, con plena competencia, aunque equivocadas, puesto que de hacerlo asumiría el papel propio de un juez de segunda instancia. Si el tribunal de arbitramento decide que ha operado la caducidad de la acción, contando con competencia para ello, ese pronunciamiento corresponde a un típico asunto *in iudicando* y su revisión implicaría reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros.[2270]

Por cierto, el razonamiento expuesto denota que la decisión negativa sobre competencia no puede ser objeto de control judicial. Si el tribunal es competente y concluye que carece de competencia por caducidad de la acción, la decisión es final e irrevisable pues versa sobre el fondo de la controversia.

La carencia de jurisdicción se refiere, naturalmente, a supuestos en que el tribunal arbitral es incompetente. Esta causal abarcaría, entonces, casos de convenios arbitrales patológicos, exceso de autoridad e inarbitrabilidad.[2271] Ahora bien, para ser precisos, el tema de validez de convenio arbitral cuenta con su propia causal (artículo 41.1); y el exceso de autoridad por incongruencia por exceso[2272] también (artículo 41.9). Por lo tanto, esta causal es la idónea para encausar

---

2269 Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* 927-31 (15th ed., 2002).
2270 Colombia, Consejo de Estado, expediente 37004, sentencia de 18 de febrero de 2010.
2271 Ver 1.2.1. del capítulo III.
2272 Ver 3.2.3.2. del capítulo IV.

cuestionamientos sobre la arbitrabilidad de la controversia[2273] y sobre exceso de autoridad por superación del convenio.[2274]

(iii) Constitución no legal del tribunal arbitral

El artículo 41.3 de la Ley 1563/2012 es similar al artículo 34(2)(a)(IV) de la LMU en la parte en que se refiere a la composición del tribunal arbitral. La disposición colombiana busca garantizar que todos los requisitos legales y convencionales establecidos para la conformación del tribunal arbitral sean respetados.[2275]

La ilegalidad en la composición del tribunal puede darse por distintos factores. Así, como referencia:

> La indebida integración del tribunal de arbitramento atañe a situaciones relacionadas con las condiciones personales del árbitro (bien porque no reúnen los requisitos previstos por la ley o no cumplen los requisitos acordados en el pacto); con su designación (v.gr. cuando no se hace con arreglo a lo establecido en la cláusula arbitral o cuando siendo institucional el nombrado no hace parte de la lista respectiva) o con el número de sus integrantes, entre otros eventos.[2276]

(iv) Indebida representación o falta de notificación o emplazamiento

El artículo 41.4 de la Ley 1563/2012 cubre dos supuestos distintos: la indebida representación y la falta de notificación o emplazamiento. Sin embargo, en ambos el fundamento es el mismo: garantizar el debido proceso en su vertiente específica de derecho de defensa.[2277]

La indebida representación se refiere a casos en los que la persona que es parte del procedimiento arbitral no comparece directamente y no está representado o está ilegítimamente representado.[2278] La determinación de estas nociones deberá hacerse a la luz de las disposiciones del Código General del Proceso de Colombia.[2279]

La falta de notificación o emplazamiento se equipara al supuesto de indebida notificación del artículo 34(2)(a)(II) de la LMU. El contenido y alcance específico de las nociones de notificación y emplazamiento se determinan bajo las normas generales del proceso civil colombiano.[2280]

(v) Prueba pedida pero no decretada o practicada

El artículo 41.5 de la Ley 1563/2012 busca proteger el derecho a la prueba de las partes. Sin embargo, se restringe al ámbito de la presentación y admisión de prueba.[2281] La causal no puede emplearse para discutir sobre la valoración de las pruebas efectuada por el tribunal arbitral.[2282]

2273 Aída Patricia Hernández Silva, *Capítulo II. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 103, 109 (2016).

2274 Sobre este concepto, ver 3.2.3.1. del capítulo IV.

2275 Hernando Herrera Mercado, *La impugnación de los laudos arbitrales* 30 (2014); Ramiro Bejarano Guzmán, *Capítulo III. No haberse constituido el tribunal en forma legal,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 131, 134 (2016).

2276 Colombia, Consejo de Estado, expediente 35288, sentencia de 10 de junio de 2009.

2277 Marcela Rodríguez Mejía, *Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012,* 23 Revista de Derecho Privado 379, 414 (2012).

2278 Hernando Herrera Mercado, *La impugnación de los laudos arbitrales* 34 (2014).

2279 Marcela Rodríguez Mejía, *Capítulo IV. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 171, 174 (2016).

2280 Colombia, Consejo de Estado, expediente 52556, sentencia de 13 de abril de 2015.

2281 Ver 2.2.1.3.(D) del capítulo IV.

2282 Colombia, Consejo de Estado, expediente 36838, sentencia de 17 de marzo de 2010.

El artículo cubre dos supuestos: la negativa a decretar una prueba pedida y la omisión de practicar una prueba decretada. En ambos casos, es necesario que la actuación arbitral carezca de justificación y que la prueba que no se llegó a valorar pudiese tener un impacto en la decisión arbitral.[2283-2284]

La negativa a decretar una prueba pedida se refiere a los casos en que la prueba no es admitida. Naturalmente, la inadmisión debe resultar injustificada. Por un lado, la prueba, como indica la norma textualmente, debe haber sido pedida *oportunamente*. Por el otro, el tribunal tiene la atribución de determinar si la prueba es pertinente y útil.[2285]

La omisión de practicar una prueba decretada se da cuando la prueba ha sido admitida, pero el tribunal arbitral no realiza los actos necesarios para valorarla. Esto incluye no solo a las pruebas presentadas por las partes, sino también a las ordenadas por el propio tribunal arbitral.[2286] Por ejemplo, los árbitros ordenan una pericia de oficio, pero no se contrata a perito alguno para elaborar la pericia.

(vi) Laudo proferido fuera de plazo

El artículo 41.6 de la Ley 1563/2012 dispone la nulidad del laudo cuando este o las decisiones sobre su aclaración, corrección o adición —decisiones que también califican como laudos— se emitan fuera del plazo previsto. La causal se activa en función al retraso en la *emisión* del laudo, los retrasos en la notificación del laudo no derivan en la anulación del laudo.[2287]

El fundamento de la causal es que la expiración del plazo para laudar supone la conclusión de funciones del tribunal arbitral (*functus officio*) y por tanto la pérdida de competencia sobre la controversia.[2288]

(vii) Laudo de conciencia sin autorización de las partes

El artículo 41.7 de la Ley 1563/2012 cubre casos en que los árbitros se alejan de las normas aplicables para resolver en función a criterios de conciencia. A nuestro criterio, y como ya se ha desarrollado antes, esto constituye un supuesto de exceso de autoridad.[2289]

La norma estipula que la aplicación de criterios de conciencia debe resultar manifiesta. En ese sentido, la causal tiene un alcance muy restringido. En esa línea, considerar que la motivación es insuficiente o errada no deriva en que los árbitros hayan aplicado criterios de conciencia.[2290]

2283 Daniela Corchuelo Uribe, *Capítulo V. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiese alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 185, 188 (2016).

2284 La norma también exige que el vicio haya sido denunciado oportunamente mediante un recurso de reposición. Esta exigencia es un requisito de procedencia, que será considerado más adelante.

2285 Colombia, Consejo de Estado, expediente 37788, sentencia de 31 de enero de 2011.

2286 *Id.*

2287 Marcela Rodríguez Mejía, *Capítulo VI. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 225, 229 (2016).

2288 Art. 35 de la Ley 1563/2012.
«Artículo 35.- Cesación de funciones del tribunal. El tribunal cesará en sus funciones:
[…]
4. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga».

2289 Ver 3.2.3.3.(B) del capítulo IV.

2290 Luis Augusto Cangrejo Cobos, *El recurso de anulación de los laudos arbitrales,* 28 Revista de Derecho Privado 85, 91 (2002).

(viii) Laudo con disposiciones contradictorias o errores formales

El artículo 41.8 de la Ley 1563/2012 cubre dos supuestos: disposiciones contradictorias y errores formales.

El laudo con disposiciones contradictorias se produce cuando el *mandato* del laudo se contradice a sí mismo. En todos los casos la contradicción debe recaer en el mandato, sea porque los mandatos expresamente denotan una contradicción, o porque un mandato hace remisión a algún extremo ajeno a la parte resolutiva, y dicho extremo contradice otro mandato.[2291]

Además, es necesario que la incongruencia sea *insalvable* desde el punto de vista lógico.[2292] La contradicción debe ser ilógica al punto de que la ejecución sea imposible.

El laudo con errores formales de naturaleza aritmética o de alteración u omisión en las palabras tiene antecedente en el Código de Procedimiento Civil de Colombia.[2293]

Por un lado, los errores aritméticos se refieren a la equivocación en la realización de operaciones matemáticas. Si la operación efectuada adolece de una falla, se produce una modificación indebida en el resultado final. Por ejemplo, una equivocación en la sumatoria de los montos establecidos como indemnización.

En general, el resultado de la operación estará contenido en el mandato; sin embargo, la operación en sí misma puede estar expuesta en la motivación del laudo. Es decir, el error no está en la parte resolutiva, pero incide en ella.[2294] Esto no es problema pues la norma cubre supuestos en los que un extremo ajeno a la parte resolutiva influye en esta.

Por otro lado, los errores de alteración u omisión de palabras son fallas en la escritura que pueden representar una obstaculización en la materialización de los mandatos del laudo. Un ejemplo: el laudo hace referencia a un sujeto en su motivación, pero en la parte resolutiva alude a otro distinto.[2295]

Los errores formales cubiertos por esta causal se equiparan a los que son objeto de solicitud de corrección del artículo 33 de la LMU. Asimismo, según vimos antes, la propia Ley 1563/2012 permite hacer pedidos de aclaración, corrección y adición del laudo. Luego, la norma se pone en el escenario en que los errores formales no hayan sido corregidos por el laudo arbitral; sin embargo, como veremos más adelante, en estos casos el éxito de la demanda de anulación no derivará en la anulación del laudo, sino en su rectificación.[2296]

(ix) Laudo *ultra petita*, *extra petita* o *infra petita*

El artículo 41.9 de la Ley 1563/2012 regula casos de exceso de autoridad por incongruencia entre lo discutido y lo resuelto. Cubre supuestos de incongruencia por exceso (decisiones *ultra petita* y

---

2291 Aída Patricia Hernández Silva, *Capítulo VIII. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidos en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 333, 340 (2016).

2292 Colombia, Consejo de Estado, expediente 20634, sentencia de 6 de junio de 2002.

2293 Art. 310.

2294 Aída Patricia Hernández Silva, *Capítulo VIII. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidos en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 333, 336 (2016).

2295 Colombia, Consejo de Estado, expediente 1708, sentencia de 25 de abril de 2002.

2296 Ver 3.1.1.1.(C)(i).

extra petita) y por defecto (decisiones *infra petita*).[2297] Así, el laudo debe ser «consonante con las pretensiones, excepciones y hechos que lo fundamenten».[2298]

La judicatura colombiana parece tener claro que se trata de hacer un control formal sobre la decisión de los árbitros, y que por consiguiente esta causal no puede servir para analizar la motivación del laudo o para ingresar al fondo de la controversia.

> De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si este es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.[2299]

(B) Aspectos procedimentales

(i) Plazo

La demanda de anulación debe interponerse en un plazo de 30 días desde la notificación del laudo o de la decisión sobre su aclaración, corrección o adición. El plazo es en extremo similar al plazo para la demanda de anulación contra laudos internacionales (un mes).

(ii) Reclamo expreso previo

La Ley 1563/2012 establece un requisito para la procedencia de la demanda de anulación del laudo: el reclamo expreso previo.[2300] El artículo 41 establece que las causales 41.1, 41.2 y 41.3 «solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia».[2301]

Para la causal 41.4, la Ley 1563/2012 no exige reclamo expreso previo. Esto tiene sentido para los casos en que la parte estuviese indebidamente representada o nunca hubiese sido emplazada en el arbitraje.

El artículo 41.5 señala expresamente que la omisión de practicar prueba decretada o admitir prueba presentada procederá «siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición». Luego, en los casos de prueba no admitida, la reposición deberá dirigirse contra el auto que rechaza la prueba; y en los casos de prueba admitida pero no decretada, el momento variará según el diseño del procedimiento.

Para la causal del artículo 41.6, el artículo 41 establece que dicha causal «no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término». La parte debe dar un aviso anticipado a los árbitros sobre la eventual expiración del plazo; es decir, comunicar a los árbitros que el vencimiento del plazo derivará en la anulación del laudo.[2302]

2297 Ver 3.2.3.2. y 3.2.4.2. del capítulo IV.

2298 Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 45 (2013).

2299 Colombia, Consejo de Estado, expediente 37082, sentencia de 11 de agosto de 2011.

2300 Ver 4.3.3.2. del capítulo II.

2301 Es llamativo que se exija una objeción oportuna para los casos de caducidad de la acción, pues en el derecho colombiano tal supuesto debería ser declarado de oficio, por ser cuestión de orden público (Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 37 (2013)).

2302 Marcela Rodríguez Mejía, *Capítulo VI. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 225, 228 (2016).

La causal del artículo 41.7 no requeriría objeción previa, pues el vicio se produce en el laudo y es insubsanable.

El artículo 41.8 establece que las contradicciones o los vicios formales deben haber sido «alegados oportunamente» ante los árbitros. Esta alegación oportuna se encausa a través de los pedidos de aclaración, corrección o adición del laudo arbitral.[2303]

Finalmente, para el artículo 41.9 no se establece exigencia de reclamo expreso previo.

(iii) Partes del proceso

En el procedimiento arbitral colombiano doméstico, pueden intervenir no solo las partes, sino también otros sujetos denominados *intervinientes*, figura para la cual la Ley 1563/2012 se remite al Código de Procedimiento Civil.[2304] Sobre esa línea, se sostiene que cualquier parte o interviniente puede interponer la demanda de anulación.[2305]

Por otro lado, parece sólido considerar que la demanda de anulación deberá dirigirse contra las restantes partes e intervinientes del procedimiento arbitral. Sobre los árbitros, no existe jurisprudencia que aborde de manera expresa este tema, y no hemos encontrado caso alguno en que los árbitros hayan participado en el proceso judicial de anulación. Es razonable considerar que los árbitros no califican como parte en el proceso de anulación.

(C) Consecuencias de la sentencia judicial

(i) Consecuencias según causales

Bajo el artículo 43[2306] de la Ley 1563/2012, las consecuencias de una demanda exitosa de anulación del laudo varían en función a la causal involucrada.

Un laudo anulado por las causales 41.1 y 41.2, que versan sobre competencia del tribunal arbitral, deriva en que el caso retorno al fuero judicial. La norma dispone la remisión del expediente al juez pertinente, y este deberá continuar con el proceso «a partir del decreto de pruebas».[2307]

Para las causales 41.3 a 41.7, el vicio no radica en la validez de la competencia arbitral, sino en cuestiones procedimentales. Para estos casos, la cláusula arbitral se mantendría válida y vinculante.[2308] Por eso, la norma establece que la parte interesada podrá «convocar un nuevo

---

2303 Colombia, Consejo de Estado, expediente 38621, sentencia de 21 de febrero de 2011.

2304 Art. 37 de la Ley 1563/2012.

2305 Aída Patricia Hernández Silva, *Recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. Aspectos generales,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 21, 26 (2016).

2306 «Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.
Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.
Cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación.
La sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido ordenará las restituciones a que hubiere lugar.
De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso.
Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público».

2307 Sin embargo, si el laudo fuese anulado por la caducidad de la acción, no debería remitirse el caso a ningún juzgado, pues precisamente la acción caducó (Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 47 (2013)).

2308 Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 48 (2013).

tribunal arbitral», lo que implicaría un nuevo procedimiento —aunque se podrán emplear elementos del caso anterior, como las pruebas—.

Así, la norma descarta que la consecuencia de la anulación sea el reenvío de las actuaciones al mismo tribunal arbitral que emitió el laudo arbitral anulado. La norma establece que debe constituirse un nuevo tribunal arbitral, lo que significa que se debe iniciar un nuevo arbitraje.

Por otro lado, para las causales 41.3, 41.5 y 41.7, la anulación del laudo deriva en que el tribunal arbitral pierda el derecho a sus honorarios.[2309] Para la causal 41.6, la anulación deriva en que el tribunal arbitral pierda el 50 % de sus honorarios.[2310]

Finalmente, si la demanda es exitosa por las causales 41.8 o 41.9, la consecuencia no es la anulación del laudo. En estos casos, el laudo deberá corregirse o adicionarse, según corresponda. La lógica de la norma es que vicios de contradicción, errores formales o pronunciamientos incongruentes pueden ser solucionados sin necesidad de declarar la nulidad del laudo.

(ii) Otras consecuencias

El artículo 43 de la Ley 1563/2012 establece que si el laudo fue cumplido de forma total o parcial, la sentencia de anulación del mismo deberá también ordenar las «restituciones a que hubiere lugar». La norma ha querido facilitar la tutela del derecho de la parte que cumplió con un laudo declarado nulo.

3.1.1.2. Análisis crítico

El esquema de causales de anulación de laudo de arbitraje doméstico resalta por tres omisiones.

Primero, no existe una causal general de afectación al debido proceso. Distintas causales (artículo 41.3 a 41.7) solo cubren supuestos específicos de vicios procedimentales. Segundo, no existe una causal general de incumplimiento a reglas procedimentales fijadas por las partes. Una vez más, las causales solo cubren algunos supuestos (artículo 41.3 a 41.7). Estas omisiones no han pasado desapercibidas por la doctrina.

> Es probable que tengan razón algunos críticos de la legislación, acerca de que podrían no estar incluidas en ese listado de causales de anulación todos los episodios procedimentales que invalidarían el laudo. Así, por ejemplo, hay quienes echan de menos la necesidad de permitir controvertir un laudo arbitral, cuando luego de proferido el laudo se establece que los árbitros o alguno de ellos transgredieron el principio de la apariencia de imparcialidad, principio al que, lamentablemente, nuestra legislación sigue siendo reacia a reconocer e implantar en nuestros estatutos de una vez por todas […].[2311]

Tercero, las causales de anulación no incluyen una causal por afectación al orden público. Esta omisión es bastante llamativa, pues es evidente que ningún ordenamiento tolera afectaciones al orden público; de una u otra forma, tales transgresiones serán atajadas.

Precisamente, bajo el esquema normativo del arbitraje doméstico, la afectación al orden público y al debido proceso —en todas sus manifestaciones— sí pueden ser fundamento para cuestionar el laudo. Este cuestionamiento no se da por la vía judicial de anulación de laudo, sino a través de la acción de tutela.[2312]

2309 Art. 48 de la Ley 1563/2012.
2310 *Id.*
2311 Ramiro Bejarano Guzmán, *Derecho procesal y arbitraje,* 1 Arbitrio 60, 63 (2019).
2312 Ver 3.3.1.1.

3.1.2. Vía adicional de impugnación. Recurso de revisión

3.1.2.1. Marco general

El marco normativo para el arbitraje doméstico de Colombia establece una vía judicial adicional de control sobre el laudo: el recurso de revisión.[2313] Pese a su denominación de «recurso» se trata de un proceso judicial autónomo;[2314] y se asemeja a los recursos de revisión de España y Chile, y a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta de Perú.

La Ley 1563/2012 establece que el recurso de revisión contra el laudo se rige bajo las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil de Colombia. Así, el recurso de revisión, originalmente concebido para sentencias judiciales, pasa a aplicarse también sobre laudos arbitrales.

La aplicabilidad del recurso de revisión contra un laudo arbitral significa que el laudo puede anularse por razones distintas a las contempladas en las causales de anulación —sean las causales de arbitraje local o de arbitraje internacional—.[2315] El recurso de revisión significa una *ampliación* del ámbito de control judicial sobre el laudo arbitral emitido en Colombia.

A continuación, abordaremos tres aspectos centrales de la figura: (A) el desarrollo de las causales; (B) los aspectos procesales de la figura; y (C) las consecuencias de una sentencia judicial de anulación.

(A) Causales del recurso de revisión

El artículo 380 del Código de Procedimiento Civil de Colombia establece las siguientes causales para la revisión: (1) aparición de documentos decisivos que no pudieron obtenerse antes debido a fuerza mayor o por obra de la parte beneficiada con la decisión; (2) decisión fundada en pruebas documentales declaradas falsas en un proceso penal; (3) testimonio de personas condenadas por falso testimonio; (4) decisión fundada en pericia de peritos condenados por actos ilícitos relacionados a dicha pericia; (5) sentencia penal que declara la presencia de violencia o cohecho en el pronunciamiento de la decisión objeto de revisión; (6) colusión o fraude; (7) indebida representación o falta de notificación; (8) nulidad de sentencia que pone fin al proceso y que no era susceptible de recurso alguno; y (9) transgresión contra decisión anterior con calidad de cosa juzgada.

Estas causales cubren, naturalmente, distintos temas. Las mismas pueden agruparse de la siguiente manera:

- Supuestos de error en el juzgamiento. Aquí encajan los casos de la primera causal en los que los documentos decisivos no pudieron obtenerse por fuerza mayor.

- Supuestos de fraude. Aquí encajan las causales segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, y los casos de la primera causal en los que los documentos decisivos no pudieron obtenerse por obra de una de las partes.

- Supuestos de afectación al debido proceso (la sétima causal).

2313 Art. 45 de la Ley 1563/2012.
«Artículo 45. Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda».

2314 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* 516 (3d ed. 1997).

2315 Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 72 (2013).

- Supuestos de vicio formal en la sentencia (la octava causal).

- Supuestos de transgresión a la cosa juzgada (la novena causal).

Ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones sobre las causales sétima y octava. En nuestra opinión, estas causales son inaplicables al arbitraje.

La sétima causal cubre casos de indebida representación o falta de notificación. Estos temas constituyen a la vez una causal de anulación de laudo (artículo 41.4 de la Ley 1563/2012). Naturalmente, no parece acertado que el afectado tenga a disposición diversas vías para cuestionar un mismo supuesto.[2316] Es necesario determinar cuál es el ámbito específico de la sétima causal del recurso de revisión.

El artículo 45 de la Ley 1563/2012 acota que «quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación». Esto significa que la sétima causal del recurso de revisión solo estaría disponible para aquellos que no pudieron demandar la anulación del laudo en el plazo establecido de 30 días. Sin embargo, parece virtualmente imposible que eso pueda darse: el plazo para interponer la demanda de anulación comienza desde la válida notificación del laudo al sujeto; no parece existir razón alguna para que el sujeto afectado, pese a haber sido válidamente notificado, no pueda interponer la demanda de anulación de laudo dentro de plazo y solo le quede seguir el recurso de revisión.

Luego, el resultado práctico de esta interpretación es que la sétima causal de la revisión no aplica para el arbitraje

La octava causal es inaplicable para el arbitraje. El Código de Procedimiento Civil se refiere a la nulidad de la sentencia; en específico, a la nulidad que surge en la misma decisión —se excluyen vicios acaecidos antes de la misma—. Si trasladamos esto al laudo, la causal cubriría casos de nulidad que se origina en el laudo. Y para determinar estos supuestos, tendríamos que recurrir a las causales de anulación del laudo, pero precisamente esas causales se discuten por el proceso judicial de anulación. Luego, el resultado final sería un doble control sin justificación.

Además, bajo el Código de Procedimiento Civil, la octava causal procede contra sentencias que no eran susceptibles de recurso alguno. El laudo puede ser impugnado por la vía de anulación de laudo. Entonces, la octava causal del recurso de revisión sería inaplicable para el arbitraje.

(B) Aspectos procedimentales

(i) Plazo para demandar

Bajo el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, el plazo para el recurso de revisión es de 2 años contados desde la ejecutoria de la decisión.[2317]

(ii) Partes en el proceso

El artículo 383[2318] del Código de Procedimiento Civil denota que el recurso de revisión puede ser interpuesto por cualquiera de las partes del proceso que derivó en la decisión, o por terceros afectados por colusión o fraude (causal sexta).

2316 Hernando Herrera Mercado, *La impugnación de los laudos arbitrales* 85 (2014).

2317 Para el caso específico de la sétima causal el plazo comienza desde que la parte afectada toma conocimiento de la decisión.

2318 «Artículo 383.- Trámite.
[…]

Por otra parte, según el artículo 382.2[2319] del Código de Procedimiento Civil, el recurso de revisión se dirige contra los que fueron partes en el proceso que derivó en la decisión. No parece que los árbitros puedan ser parte en el proceso.

(C) Consecuencias de la sentencia judicial

El artículo 384 del Código de Procedimiento Civil establece las consecuencias de un recurso de revisión fundado. Para las causales primera a sexta y novena, la judicatura declarará la nulidad de la sentencia y se pronunciará sobre el fondo. Esto significaría la pérdida de competencia de los árbitros sobre la controversia.

3.1.2.2. Análisis crítico

En nuestra opinión, el recurso de revisión es una figura bastante problemática para el arbitraje. Incluso, es sólido sostener que debe ser suprimida.[2320]

En primer lugar, para el laudo arbitral, las causales que pueden invocarse en el recurso de revisión resultan contraproducentes. Analizaremos las causales según la clasificación ensayada en el apartado anterior.

Supuestos de error en el juzgamiento (casos de la primera causal en los que los documentos que pudieron incidir en la decisión no pudieron obtenerse por fuerza mayor).

El proteger estos supuestos va contra la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo del asunto. Cuando las partes deciden someter una controversia a arbitraje, están asumiendo la obligación de aceptar el resultado establecido en el laudo. Sea acertada o errada, la decisión de los árbitros sobre la controversia debe respetarse. Un error en el juzgamiento fundado en la falta de documentos que pudieron incidir en el resultado es lamentable; pero es un error a fin de cuentas y por tanto no puede justificar la invalidación del laudo.

Supuestos de fraude (causales segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, y los casos de la primera causal en los que los documentos decisivos no pudieron obtenerse por obra de una de las partes).

Ninguna de las causales de anulación del artículo 41 cubre casos de fraude. Luego, parecería razonable que este tema pueda encausarse a través del recurso de revisión. En cualquier caso, lo ideal hubiese sido que la Ley 1563/2012 replicase el esquema de causales de la LMU para el arbitraje doméstico, y por consiguiente suprimiese el recurso de revisión, lo que sí se hizo para el arbitraje internacional.[2321]

Supuestos de afectación al debido proceso por indebida representación o falta de notificación (la sétima causal).

Según expusimos, la sétima causal de revisión es inaplicable al arbitraje.

Sin más trámite, la demanda será rechazada cuando no se presente en el término legal; verse sobre sentencia no sujeta a revisión o no la formule la persona legitimada para hacerlo, bien por haber sido parte en el proceso donde se profirió la sentencia materia de impugnación o bien por tratarse, en el evento previsto en el numeral 6 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, de un tercero perjudicado o sus causahabientes».

2319 «Artículo 382.- Formulación del recurso
[…]
2. Nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, para que con ellas se siga el procedimiento de revisión».

2320 José Hernán Muriel-Ciceri, *Protección efectiva de derechos a la luz de la normatividad colombiana de arbitraje,* 3(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 747, 765 (2010).

2321 José Hernán Muriel-Ciceri, *Aspectos de la nueva Ley de arbitraje en Colombia,* 5(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 803, 806 (2012).

Supuestos de vicio formal en la sentencia (la octava causal).

Según expusimos antes, la octava causal de revisión no podría ser aplicable al arbitraje. La misma exige que la decisión a ser cuestionada no sea susceptible de algún otro recurso, y el laudo puede ser impugnado mediante demanda de anulación.

Supuestos de transgresión a la cosa juzgada (la novena causal).

El control judicial de supuestos de transgresión a la cosa juzgada no parece necesario debido a que tal tema encaja dentro de la causal de anulación de laudo sobre falta de jurisdicción o competencia (artículo 41.2 de la Ley 1563/2012). Por lo tanto, se genera un supuesto de doble control, lo que no resulta idóneo.

En segundo lugar, las consecuencias de la sentencia que estima el recurso de revisión tampoco parecen adecuadas. El Código de Procedimiento Civil establece que para las causales primera a sexta y para la causal novena el resultado es que la judicatura asuma competencia sobre la controversia y emita una sentencia sobre el fondo.

Este traslado de competencia es injustificado. Las causales del recurso de revisión no cubren temas enlazados a la validez del convenio, el exceso de autoridad de los árbitros o la arbitrabilidad de la materia. Por lo tanto, el acuerdo de las partes de someter sus controversias a arbitraje debería ser respetado.

3.2. Arbitraje internacional. Causal de anulación adicional

El marco normativo para arbitraje internacional no solo contiene las causales de anulación establecidas en la LMU. El artículo 79[2322] de la Ley 1563/2012 permite el cuestionamiento, en la vía de anulación de laudos, de la decisión arbitral negativa sobre competencia.

Este tema ya ha sido abordado en apartados previos.[2323]

3.3. Arbitraje local e internacional. Vía especial de impugnación: acción de tutela

3.3.1. Marco general

Bajo el artículo 86[2324] de la Constitución de Colombia, la acción de tutela es un proceso judicial especial para la protección de derechos fundamentales. Así, la misma se asemeja al amparo de España, México y Perú y al recurso de protección de Chile.

2322 «Artículo 79.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.
[…]
Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato, cualquiera de las partes, dentro del mes siguiente al recibo de la notificación de dicha decisión, podrá impugnarla mediante recurso de anulación en los términos del artículo 109 y contra esta resolución no cabrá ningún recurso o acción.
Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato como cuestión previa, pero solo respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión que admitió la incompetencia o el exceso en el encargo solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia».

2323 Ver 7.2.3.2. del capítulo IV y 4.3.4. del capítulo V.

2324 «Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela puede dirigirse contra laudos de arbitrajes nacionales e internacionales. En cuanto a laudos de arbitrajes nacionales, la procedencia de la acción de tutela está asentada en doctrina y jurisprudencia.[2325] Para el arbitraje internacional, la cuestión es un tema debatible. El artículo 67[2326] de la Ley 1563/2012 restringe la intervención judicial solo a los supuestos reconocidos en tal ley, y la acción de tutela no está reconocida en la norma de arbitraje; además, el artículo 107 establece que la anulación es el único recurso que procede contra el laudo.

Sea como fuere, la Corte Constitucional ya ha establecido que la acción de tutela puede ser procedente contra laudos de arbitrajes internacionales —aunque la procedencia es excepcionalísima—:

> Ante la prohibición de intervención de las autoridades judiciales, excepto para el conocimiento y decisión del recurso de anulación, cabría señalar que el Legislador —a primera vista— habría: (i) limitado la competencia de los jueces constitucionales en lo que respecta al conocimiento de acciones de tutela que impliquen el estudio de un trámite arbitral internacional; y (ii) excluido a los laudos internacionales del ámbito objetivo de aplicación de la acción de tutela. Esta interpretación conllevaría a concluir que, por vía de una ley ordinaria, el Legislador limitó el derecho a la tutela contemplado en el artículo 86 superior y, por tanto, descartó, de plano, la procedencia de esta acción contra laudos internacionales.
>
> La Sala se aparta de esta lectura debido a que las decisiones arbitrales internacionales pueden vulnerar o poner en riesgo derechos fundamentales de las partes y, en ese sentido, tal postura desconocería flagrantemente el principio de supremacía constitucional y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano. El derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión constitucional es jerárquicamente superior a la ley, razón por la que el legislador no puede limitar la posibilidad reconocida a todas las personas de acudir ante los jueces para asegurar la protección o el restablecimiento de sus derechos ni la competencia de los jueces para conocer de las acciones previstas en la Constitución para tal efecto, como es la tutela.[2327]

A continuación, un desarrollo de la acción de tutela contra laudos arbitrales locales y laudos arbitrales internacionales.

3.3.1.1. Causales de la acción de tutela

El amparo contra una decisión arbitral será fundado si es que el tribunal arbitral incurrió en una *vía de hecho*. La vía de hecho consiste en que el juzgador emplea su poder de una manera distorsionada y violatoria de derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional ha identificado cuatro defectos que configuran la vía de hecho: (A) defecto procedimental; (B) defecto orgánico; (C)

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión».

2325 Eduardo Zuleta Jaramillo, *National report for Colombia (2014 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 64 (Supplement 99, 2018).

2326 «Artículo 67. Alcance de la intervención de la autoridad judicial. En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga».

2327 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-354/19, de 6 de agosto de 2019.

defecto sustantivo; y (D) defecto fáctico.[2328-2329] En la práctica, es usual que las causales se superpongan entre sí dentro de un mismo supuesto.[2330]

(A) Vía de hecho por defecto procedimental

El defecto procedimental es un vicio acaecido en el procedimiento arbitral. Consiste en una «actuación por fuera del procedimiento establecido».[2331] Este vicio debe violar una garantía constitucional del debido proceso y debe haber sido «determinante del sentido del laudo atacado».[2332]

Según expusimos antes, ninguna de las causales de anulación de laudo doméstico protege enteramente el debido proceso, solo ciertos supuestos del mismo.[2333] Luego, la acción de tutela asume la tarea de cubrir todas las afectaciones al debido proceso que no pueden denunciarse a través del proceso de anulación de laudo. Esto, naturalmente, incluye casos en los que se transgreda el orden público procesal.

(B) Vía de hecho por defecto orgánico

El defecto orgánico se refiere a situaciones de ausencia de competencia.[2334] Ahora bien, en estricto, estos defectos podrían ser abordados mediante el proceso de anulación de laudo, pues el artículo 41.1 y 41.2 cubre todo tema relativo a la competencia. Por ello, la Corte Constitucional señala lo siguiente:

> Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico.[2335]

A nuestro juicio, esto significa que la acción de tutela fundamentada en defectos orgánicos no puede interponerse contra el laudo arbitral. La acción de tutela sustentada en vicios de competencia tendría que dirigirse contra la sentencia judicial de anulación de laudo que aborde ese tema y lo desestima.

(C) Vía de hecho por defecto sustantivo

El defecto sustantivo consiste en un error en la aplicación del derecho sobre el fondo de la controversia.[2336] En específico, el defecto sustantivo incluye los siguientes casos: (α) interpretación normativa arbitraria o caprichosa; (β) aplicación de norma manifiestamente inaplicable; (γ) interpretación normativa que no sigue lo establecido en una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional; (δ) interpretación que ignora el criterio sistemático de interpretación, cuando este corresponde; (ε) inaplicación de norma, lo que deriva en una decisión irrazonable y contraria al

---

2328 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, de 14 de marzo de 2017.

2329 La Corte Colombiana emplea la expresión de «requisitos específicos de procedibilidad». A nuestro criterio, más que requisitos de procedencia, se tratan de causales, pues si estas se verifican entonces la acción de tutela será declarada fundada.

2330 Pablo Moreno Cruz & Marcela Rodríguez Mejía, *Juez de tutela, laudo arbitral y recurso de anulación: entre intangibilidad y tangibilidad de las providencias,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 411, 429 (2016).

2331 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-920/04, de 23 de septiembre de 2004.

2332 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, de 14 de marzo de 2017.

2333 Ver 3.1.1.2.

2334 Mónica María Fuentes Mancipe & Iván Darío Hernández Rodríguez, *El principio de la autonomía de la voluntad contractual vs el control jurisdiccional constitucional en los laudos arbitrales*, 18(1) Revista E-Mercatoria 53, 71 (2019).

2335 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, de 14 de marzo de 2017.

2336 Mónica María Fuentes Mancipe & Iván Darío Hernández Rodríguez, *El principio de la autonomía de la voluntad contractual vs el control jurisdiccional constitucional en los laudos arbitrales*, 18(1) Revista E-Mercatoria 53, 71 (2019).

orden público; (ζ) aplicación de la norma aplicable, pero a aquella se le atribuyen consecuencias distintas a las que en realidad establece; (η) decisión con motivación inexistente o irrazonable; y (θ) desconocimiento de precedentes constitucionales.[2337]

El vicio, por cierto, debe recaer en un fundamento esencial para el sentido del laudo.[2338]

En estos casos, la judicatura ingresa al fondo de la controversia y evalúa el razonamiento del tribunal arbitral. Si esta incurre en un error grave, la acción de tutela será fundada.

Vale precisar que a través de esta causal se puede denunciar transgresiones al orden público material. Las causales de anulación de laudo de arbitraje local no incluyen al supuesto de transgresión al orden público, por lo que si el laudo viola el orden público material entonces se produce un defecto sustantivo que puede ser fundamento de una acción de tutela.[2339]

(D) Vía de hecho por defecto fáctico

El defecto fáctico consiste en un error grave en la evaluación de las premisas fácticas del caso. Se da en casos «en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable».[2340]

El vicio, por cierto, debe ser determinante para el sentido del laudo.[2341]

Al igual que con los defectos sustantivos, el defecto fáctico supone que la judicatura ingrese al fondo de la controversia y analice si la determinación de los hechos y la valoración de las pruebas efectuada por los árbitros es acertada o no.

3.3.1.2. Aspectos procedimentales

(A) Requisitos de procedencia

La acción de tutela será procedente si cumple con los requisitos de subsidiariedad, relevancia constitucional e inmediatez.

Primero, la acción de tutela es una vía de *ultima ratio,* que solo procede cuando no exista otro mecanismo judicial de defensa.[2342] Por lo tanto, el afectado debe agotar primero cualquier otro medio a su disposición para revertir la decisión que lo perjudica, a menos que se trate de evitar un perjuicio fundamental e irreparable.[2343]

En el arbitraje, esto significaría que el afectado debería agotar primero la vía judicial de anulación de laudo, salvo que vaya a sufrir un perjuicio fundamental e irreparable, o que dicho recurso no sea idóneo para proteger sus derechos.[2344]

2337 Pablo Moreno Cruz & Marcela Rodríguez Mejía, *Juez de tutela, laudo arbitral y recurso de anulación: entre intangibilidad y tangibilidad de las providencias,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 411, 428-29 (2016).

2338 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, de 14 de marzo de 2017.

2339 Si en el arbitraje se transgredió el orden público procesal, entonces se produce un defecto procedimental, que también es fundamento para una acción de tutela.

2340 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, de 14 de marzo de 2017.

2341 *Id.*

2342 Art. 86 de la Constitución de Colombia.

2343 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-590/05, de 8 de junio de 2005.

2344 Pablo Moreno Cruz & Marcela Rodríguez Mejía, *Juez de tutela, laudo arbitral y recurso de anulación: entre intangibilidad y tangibilidad de las providencias,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 411, 421-22 (2016).

Segundo, el tema en discusión debe ser relevante a nivel constitucional. La afectación al derecho debe tener «una clara y marcada importancia constitucional».[2345]

En último lugar, no existe un plazo fijo para la interposición de una acción de tutela. Sin embargo, la misma debe plantearse en un plazo razonable. El fundamento radica en no frustrar la firmeza de las decisiones judiciales o arbitrales.

> En suma, la Corte ha entendido que la tutela contra una decisión judicial debe ser entendida, no como un recurso último o final, sino como un remedio urgente para evitar la violación inminente de derechos fundamentales. En esta medida, recae sobre la parte interesada el deber de interponer, con la mayor diligencia, la acción en cuestión, pues si no fuera así la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de la controversia constitucional que en cualquier momento, sin límite de tiempo, pudiera iniciar cualquiera de las partes.[2346]

(B) Partes en el proceso

La acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona que haya visto afectados sus derechos constitucionales.[2347] Esto significa que la acción de tutela no es exclusiva para las partes del arbitraje.

Por otro lado, la acción de tutela se dirige contra el sujeto que transgredió el derecho fundamental afectado.[2348] Además, todo aquel que tuviere «interés legítimo en el resultado del proceso» podrá participar en la calidad de coadyuvante.[2349]

Para los casos de tutela contra laudos arbitrales, la demanda se dirigiría contra los árbitros. Pero además, deberá emplazarse a las partes del procedimiento arbitral.[2350]

3.3.1.3. Consecuencias de la sentencia judicial

La normativa colombiana establece que la acción de tutela se dirige a que el afectado pueda volver a gozar de su derecho, y que las cosas vuelvan al estado previo a la violación si ello fuere posible.[2351]

Ahora bien, el juez de tutela no puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia pues ello violaría «el margen de decisión autónoma de los árbitros».[2352] Luego, por regla general el único remedio que el juez de tutela podría dictar para retornar las cosas al estado previo a la afectación de derechos fundamentales es la anulación del laudo.[2353]

La decisión del juez de tutela no devolvería, por cierto, competencia al tribunal arbitral que emitió el laudo: «el juez de tutela no puede ordenarle al tribunal que profirió el laudo que se integre de nuevo para emitir una nueva decisión».[2354] En ese sentido, la sentencia judicial del juicio de tutela no tendría efectos retroactivos —al menos no en cuanto a los árbitros—.

2345 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-590/05, de 8 de junio de 2005.
2346 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-315/05, de 1 de abril de 2005.
2347 Art. 86 de la Constitución de Colombia; art. 10 del Decreto 2591 de 1991.
2348 Art. 13 del Decreto 2591 de 1991.
2349 *Id.*
2350 Hernando Herrera Mercado, *La impugnación de los laudos arbitrales* 55 (2014).
2351 Art. 23 del Decreto 2591 de 1991.
«Artículo 23. Protección del derecho tutelado.
Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible».
2352 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-058/09, 2 de febrero de 2009, § 5.4.
2353 Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 69 (2013).
2354 Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* 71 (2013).

3.3.2. Precisiones para el arbitraje internacional

En líneas generales, el desarrollo de las causales, requisitos de procedencia y consecuencias de una sentencia de tutela contra un laudo de arbitraje nacional es aplicable al laudo de arbitraje internacional. Sin embargo, existen algunas precisiones de especial importancia para este último.

La naturaleza «internacional» del arbitraje internacional deriva en que el análisis de los requisitos de procedencia y de las causales de tutela sea más estricto.[2355]

(A) Precisiones en los requisitos de procedencia

Los requisitos de procedencia glosados para el laudo de arbitraje local se mantienen cuando la acción de tutela se dirige contra un laudo de arbitraje internacional. Sin embargo, el análisis de los requisitos de subsidiariedad y relevancia constitucional se hace más rígido.

Subsidiariedad. Cuando el laudo deriva de un arbitraje internacional, demostrar la subsidiariedad es una tarea mucho más difícil. Esto se debe a que las causales de anulación contra laudos de arbitraje internacional incluyen la causal de orden público, mientras que la misma no existe para el arbitraje local. Luego, la presencia de dicha causal reduce el universo de supuestos que no pueden ser cuestionados por la vía de anulación de laudo. Así:

> No obstante, la Sala advierte que la causal oficiosa incluida en el literal b) del numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, que contempla que el laudo puede ser anulado cuando sea contrario al orden público internacional de Colombia, es una causal de anulación que no se encuentra concebida en la normativa del arbitraje nacional y que, como se verá, incide en el alcance de la regla adicional de procedencia sobre la cual se hicieron precisiones en el numeral 2.2.2., que atiende al criterio de subsidiariedad.[2356]

Relevancia constitucional. A nuestro criterio, la relevancia constitucional del caso se reduce en casos en que las partes escogen como derecho aplicable al fondo de la controversia un derecho distinto al colombiano. La alegación de una transgresión a normas extranjeras difícilmente podría revestir interés para la Corte Constitucional de Colombia.

(B) Precisiones en las causales de tutela

Si el laudo proviene de un arbitraje internacional, el alcance de las causales se ve materialmente reducido.

(i) Defecto procedimental

A nuestro criterio, la amplitud de las causales de debido proceso (artículo 108.1.b) de la Ley 1563/2012) y de orden público (artículo 108.2.b) de la Ley 1563/2012) hace extremadamente difícil que una acción de tutela fundada en vicio procedimental pueda superar el requisito de subsidiariedad del examen de procedencia. Esto, en la práctica, significa que la causal de defecto procedimental cuenta con un alcance acotadísimo.

(ii) Defecto orgánico

Las causales de anulación de laudo derivado de arbitraje local y de laudo derivado de arbitraje internacional contienen provisiones expresas sobre la competencia. No parece que esta causal sea aplicable al arbitraje.

2355 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-354/19, de 6 de agosto de 2019.

2356 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-354/19, de 6 de agosto de 2019.

(iii) Defecto sustantivo

La evaluación de defectos sustantivos involucra un análisis del fondo de la controversia. Sin perjuicio de ello, si el laudo deriva de arbitraje internacional, el margen de control se reduce.

Si el arbitraje es internacional y las partes escogen un derecho aplicable al fondo distinto al derecho colombiano, el resultado es que no habría manera para verificar el respeto a las normas colombianas porque simplemente no se aplicaría normas colombianas al fondo de la controversia. Sería imposible que los árbitros puedan incurrir en los distintos supuestos que constituyen defectos sustantivos: (α) interpretación normativa arbitraria o caprichosa; (β) aplicación de norma manifiestamente inaplicable; (γ) interpretación normativa que no sigue lo establecido en una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional; (δ) interpretación que ignora el criterio sistemático de interpretación, cuando este corresponde; (ε) inaplicación de norma, lo que deriva en una decisión irrazonable y contraria al orden público; (ζ) aplicación de la norma aplicable, pero a aquella se le atribuyen consecuencias distintas a las que en realidad establece; y (θ) desconocimiento de precedentes constitucionales

La única excepción sería el supuesto de (η) decisión con motivación inexistente o irrazonable. Y esto porque este calificaría como un vicio sustantivo y formal a la vez.

Si el arbitraje es internacional y las partes escogen el derecho colombiano como el derecho aplicable al fondo de la controversia, igual el margen de control es más reducido. Así:

> [E]l juez únicamente puede aplicar los requisitos específicos de procedibilidad [causales de la acción de tutela] en acciones de tutela formuladas contra laudos que estén gobernados, al menos parcialmente, por la ley colombiana y, aún en esos casos, la aplicación de estos requisitos habrá de respetar al máximo los elementos característicos de tal arbitraje.[2357]

(iv) Defecto fáctico

El defecto fáctico es un vicio en la valoración de las pruebas. El artículo 107[2358] de la Ley 1563/2012, aplicable a arbitrajes internacionales, establece que la judicatura no podrá calificar las *valoraciones probatorias* del tribunal arbitral. Dicha provisión no existe en las normas aplicables al arbitraje doméstico; esto permite sostener que la acción de tutela por defectos fácticos no es procedente contra laudos derivados de arbitraje internacional.

3.3.3. Análisis crítico

3.3.3.1. Acción de tutela en arbitrajes locales

La evaluación crítica de la acción de tutela puede desglosarse en dos temas: (i) la acción de tutela en sí misma; y (ii) el esquema de control judicial de arbitraje doméstico.
(i) Críticas a la acción de tutela

La acción de tutela permite la intervención judicial sobre el fondo de la controversia. Las causales sobre defectos sustantivos y defectos fácticos habilitan al juez a determinar si la aplicación del derecho y la determinación de los hechos realizada por los árbitros es acertada o errada.

2357 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-354/19, de 6 de agosto de 2019.

2358 «Artículo 107.- La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

Esto significa que el árbitro carece de competencia exclusiva sobre el fondo de la controversia. La decisión de los árbitros está sujeta a una eventual revisión posterior de los jueces si alguna de las partes inicia una acción de tutela e invoca un defecto fáctico o sustantivo. Esta posibilidad de revisión judicial sobre el fondo genera impredictibilidad en cuanto a la validez y cumplimiento del laudo, y por tanto hace menos atractivo al arbitraje.

Asimismo, la acción de tutela resta valor a la Ley 1563/2012. El artículo 42 de dicha norma prohíbe la revisión judicial de «criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo». Sin embargo, precisamente la acción de tutela permite evaluar la valoración probatoria (defecto fáctico), la interpretación normativa (defecto sustantivo) y la motivación (defecto sustantivo) de los árbitros.

(ii) Críticas al esquema de control judicial de arbitraje doméstico

La acción de tutela cumple un rol en el esquema de control judicial del arbitraje doméstico. Según expusimos, las causales de anulación de laudo no incluyen una causal completa sobre debido proceso y carecen de una causal sobre transgresión al orden público. La acción de tutela asume un rol importante, pues cubre tales omisiones.

Sin embargo, no parece plenamente acertada esta disgregación del control judicial en dos vías distintas. Por ejemplo, no parece haber sustento para que ciertos supuestos de afectación al debido proceso se encausen a través de la anulación de laudo, pero para todos los restantes se deba seguir la vía de la acción de tutela.

La separación, a nuestro juicio, es *arbitraria*. Según hemos visto, los caracteres formales del proceso de anulación de laudo y del proceso de acción de tutela no son iguales, sino distintos. No hay razón alguna para que ciertos casos sigan una vía procesal, pero otros deban seguir una vía procesal distinta.

Este esquema de dos vías genera distintos problemas. El principal es la *impredictibilidad*: «la existencia de mecanismos de impugnación no especializados aumenta la probabilidad de salir avante de un proceso heterocompositivo incluso ante el incumplimiento de obligaciones contractuales».[2359] La disponibilidad de la acción de tutela genera incertidumbre en cuanto a si un laudo válido logrará surtir efectos.

A nuestro criterio, la mejor opción es readaptar el conjunto de causales de anulación de laudo y seguir el esquema de la LMU. Así, ya no sería necesaria la presencia de la acción de tutela, y los problemas derivados de la existencia de un esquema dual de procesos desaparecen.

3.3.3.2. Acción de tutela en arbitrajes internacionales

Según expusimos antes, la acción de tutela tiene una aplicación excepcionalísima sobre laudos de arbitrajes internacionales.

La presencia de la acción de tutela genera una pequeña dosis de impredictibilidad. La Corte Constitucional señala que su procedencia es en extremo excepcional, y sin embargo eso significa que en algunos casos la acción de tutela sí será procedente.

Según expusimos, los defectos orgánicos y procedimentales pueden dilucidarse mediante proceso de anulación de laudo. A su vez, los defectos sustantivos y fácticos no deberían ser aplicables en ningún caso al arbitraje, pues transgreden la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo. En ese sentido, la disponibilidad de la acción de tutela es innecesaria. Si el arbitraje

---

2359 Carlos O. Miranda Contreras, *Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia*, 40 Revista Con-texto 87, 93 (2013).

viola garantías fundamentales o derechos constitucionales, el proceso judicial de anulación de laudo permite revertir dicha situación.[2360]

En resumen, a nuestro criterio la acción de tutela no debería ser aplicable, en ningún caso, contra laudos de arbitrajes internacionales. La protección de los derechos de las partes debe darse a través del proceso de anulación de laudo.[2361]

4. MÉXICO

México maneja las causales de anulación de la LMU. Por otro lado, no existen en estricto otras vías para impugnar —directamente— la validez del laudo; en específico, el juicio de amparo está excluido.

4.1. Causales adicionales (ninguna)

El Código de Comercio no establece causales adicionales de anulación, adopta el esquema de la LMU.

4.2. La exclusión del amparo

Bajo los artículos 103 y 107 de la Constitución de México, el amparo es un juicio especial de *control de constitucionalidad*,[2362] que incluye la tutela de derechos fundamentales frente a actos u omisiones de la autoridad.[2363]

Por autoridad, la norma constitucional se refiere a entidades públicas. El tema problemático es definir si los particulares, al aplicar leyes, califican como autoridad.[2364] Al respecto, el artículo 5 de la Ley de Amparo señala:

> «Artículo 5.- Son partes en el juicio de amparo:
>
> […]
>
> II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.
> Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general».

Existen dos posiciones en cuanto al amparo contra arbitraje. La primera, mayoritaria, sostiene que el amparo es improcedente contra el laudo. La actuación del árbitro es de naturaleza *privada* y ello se contraponte al ámbito de aplicación del amparo, que es el de controlar actuaciones

---

2360 Juan Felipe Riachi Sanabria, *La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia,* 56 Revista de Derecho Privado 4, 29 (2016).

2361 Para el caso de los terceros, según expusimos, su protección deberá darse mediante la oposición a la ejecución del laudo.

2362 Ignacio Burgoa Orihuela, *El juicio de amparo* 145 (20th ed. 1983).

2363 Artículo 103.I de la Constitución de México
«Artículo 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite.
I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
[…]».

2364 Juan de Dios Castro Lozano, *Las partes en el juicio de amparo* 106 (2005).

públicas.[2365] Asimismo, el árbitro carece de la atribución para ejecutar sus decisiones, por lo que no puede calificar como autoridad.[2366]

La segunda posición, minoritaria, sostiene que el amparo puede recaer sobre acciones cuasijurisdiccionales, aun cuando no tengan naturaleza pública.[2367] Esta postura también se apoya en la actual la Ley de Amparo. En efecto, la Ley de Amparo anterior (1936) tenía una redacción más restringida en cuanto a la noción de autoridad responsable.[2368] La norma actual alude a particulares que realicen «actos equivalente a los de autoridad», lo que permitiría incluir a los árbitros.

Sea como fuere, a nivel histórico, la judicatura siempre ha considerado que los laudos arbitrales no pueden ser cuestionados en vía de amparo.[2369] En la actualidad, incluso considerando la redacción de la vigente Ley de Amparo, se reporta que la jurisprudencia ha adoptado la posición mayoritaria.[2370] Por lo tanto, las decisiones arbitrales no pueden ser cuestionadas mediante una demanda de amparo.[2371]

5. PERÚ

Perú cuenta con causales de anulación adicionales a las establecidas en la LMU. Además, también cuenta con vías judiciales adicionales para impugnar el laudo.

5.1. Causales adicionales de anulación

El marco normativo peruano no solo contiene las causales de anulación contenidas en la LMU.

Por un lado, si bien la LAP adopta, en líneas generales, el esquema de causales de anulación de la LMU, igual añade otras causales. La LAP recoge causales adicionales para casos de laudo emitido fuera de plazo; y el cuestionamiento a la afirmación o declinación de competencia arbitral.

Por otro lado, existe al menos una causal fuera de la LAP. Esto se debe a que existen regímenes especiales de arbitraje, con reglas específicas. Dichas reglas específicas pueden incluir causales especiales de anulación, aplicables solo para arbitrajes ceñidos bajo dichos regímenes. Al respecto, la jurisprudencia peruana reconoce que puede haber causales fuera de la LAP. Así:

> Empero, es oportuno aclarar, que esta regla como otras en el derecho tiene excepciones, dado que existen otros motivos de anulación no contemplados expresamente en el mencionado artículo 63 [de la LAP]; por ejemplo, el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado contenido en el Decreto Legislativo n.º 1017, que sin ser un motivo señalado en la ley, si es una causal que habilita a declarar la nulidad del laudo.[2372]

2365 Adalberto Eduardo Herrera González, *El arbitraje y su interacción con el juicio de amparo,* 10 Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial 71, 89 (2002).

2366 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* 1104 (4th ed. 2014).

2367 Francisco González de Cossío, *National report for Mexico (2018 through 2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 40-41 (Supplement 105, 2019). El autor glosa esta posición, no la comparte.

2368 «Artículo 11.- Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado».

2369 James A. Graham, *La Figura Mexicana del Amparo en Materia de Ejecución de Laudos Arbitrales*, 1(4) Revista Brasileira de Arbitragem 100, 101-105 (2004).

2370 Francisco González de Cossío, *National report for Mexico (2018 through 2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 41 (Supplement 105, 2019).

2371 Ahora bien, cuestión distinta es el amparo contra las sentencias de anulación o ejecución de laudo. En México, el amparo contra dichas decisiones judiciales es procedente (Francisco González de Cossío, *National report for Mexico (2018 through 2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 41 (Supplement 105, 2019)).

2372 Lima, SSC1 169-2016, p. 5.

Por lo tanto, evaluaremos también una causal de anulación especial para arbitrajes bajo el régimen de contratación pública en Perú.

5.1.1. Transgresión al plazo para laudar (art. 63.1.g) de la LAP)

El artículo 63.1 de la LAP, que contiene las causales de anulación de laudo y se inspira en el artículo 34(2) de la LMU, contiene las seis causales de la mencionada disposición de la LMU y además una «sétima» causal: incumplimiento del plazo para laudar.[2373]

> «Artículo 63.- Causales de anulación
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> […]
>
> 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».

5.1.1.1. Fundamentos de la causal

El fundamento de esta causal de anulación es velar por el pacto de las partes en torno al procedimiento arbitral,[2374] y en específico, el momento en que el laudo deberá emitirse. Por lo tanto, los fundamentos de la causal de incumplimiento a las reglas procedimentales[2375] son aplicables a esta, pues en ambas se protege lo mismo.

Ahora bien, el legislador peruano consideró adecuado generar una disposición específica (el literal g) del artículo 63.1) para recoger de manera expresa el caso de un laudo emitido fuera de plazo.

A nuestro criterio, esto responde al hecho de que dicha causal se encontraba en las anteriores leyes de arbitraje peruanas.[2376] La eliminación de la disposición expresa sobre emisión de laudo fuera de plazo podría derivar en entender, bajo interpretación histórica, que tal supuesto no constituiría motivo para anular un laudo bajo la actual ley peruana.

5.1.1.2. Estructura y contenido

La emisión de un laudo fuera de plazo puede calificar tanto como un supuesto de infracción a reglas procedimentales;[2377] o un supuesto de exceso de autoridad.[2378] Sea como fuere, el legislador peruano optó por tratar este supuesto bajo una disposición normativa expresa y separada a las de otras causales.

Según expusimos antes, la libertad de regulación de las partes les permite a estas diseñar la estructura del procedimiento arbitral. Esto incluye temas como el plazo. En específico, las partes pueden establecer plazos máximos para la dilucidación de la controversia, y en el marco normativo peruano, el artículo 63.1.g) de la LAP les habilita a demandar la nulidad del laudo en caso el plazo respectivo sea incumplido.

2373 Ver 1.1.3.(V) del capítulo III.
2374 Esteban Alva Navarro, *La anulación del laudo* 176 (2011).
2375 Ver 4.1. del capítulo IV.
2376 Ley 26572 (art. 73.5, para arbitraje local) y Decreto Ley 25935 (art. 56.4).
2377 Ver 4.2.2.2. del capítulo IV.
2378 Ver 3.2.3.3.(A) del capítulo IV.

Las partes pueden establecer un plazo máximo global para el arbitraje;[2379] o un plazo máximo para emitir el laudo computado desde algún hito anterior.[2380] La transgresión del plazo respectivo sin la emisión del laudo permitirá demandar su nulidad.

Para finalizar, es necesario distinguir dos eventos distintos: el decidir sobre la controversia y la notificación de dicha decisión. La causal bajo análisis cubre casos en que «el tribunal arbitral adoptó la decisión respectiva emitiendo formalmente el laudo fuera de plazo, lo que se produce con la firma del mismo en la fecha en que es datado».[2381] Por contraste, la causal no cubre retrasos en la notificación, pues este es un acto distinto.[2382]

5.1.1.3. Consecuencias específicas de la anulación

La LAP se encarga de establecer expresamente cuáles son las posibles consecuencias de la anulación del laudo por superación de plazo. El artículo 65.1.f)[2383] establece un esquema alternativo de consecuencias de la anulación. En específico, la norma permite que las partes decidan si (i) inician un nuevo arbitraje; (ii) constituyen un nuevo tribunal arbitral para que resuelva la controversia sobre lo actuado; o (iii) encargan el caso a la corte judicial que conoció la anulación —solo disponible para arbitraje nacional—. La opción predeterminada, a falta de acuerdo de las partes, es la primera.

Antes que nada, es evidente que la expedición de un laudo fuera del plazo no extingue el acuerdo de las partes para resolver sus controversias mediante arbitraje.[2384] Entonces, la anulación del laudo bajo esta causal no hace que la controversia pase a competencia de las cortes nacionales —salvo que las partes decidan ello—.

En cuanto a (i) iniciar un nuevo arbitraje, es acertado que esta sea la opción predeterminada. En efecto, si el incumplimiento del plazo para decidir la controversia se considera una infracción grave, no queda más remedio que reiniciar el arbitraje y componer un nuevo tribunal arbitral, para que este sí realice el encargo dentro de los plazos establecidos.

2379 Lima, SSC2 229-2012, pp. 9-11.

2380 Ver 3.2.3.3.(A) del capítulo IV.

2381 Lima, SSC2 113-2015, p. 9.

2382 Lima, SSC2 235-2014, pp. 10-12.
Ahora bien, ¿eso significa que el incumplimiento de un plazo establecido para la notificación no puede derivar en la anulación de laudo? La respuesta a esta pregunta es complicada.
En principio, no. Dicho tema sí puede derivar en la anulación del laudo bajo el artículo 63.1, literal c), de la LAP. Para ello, las partes deberán establecer como regla procedimental un plazo máximo para la notificación del laudo. Sin embargo, la consecuencia de una anulación bajo la citada causal c) no es el reinicio total del arbitraje o el recambio de los miembros del tribunal, sino solo el retorno al momento en que se produjo el vicio para subsanar el mismo.
Luego, ello significaría que se haría una nueva notificación, esta vez sí respetando el plazo para la misma (¿?). Es evidente que tal solución es ineficiente e ilógica. Reiniciar el arbitraje en dicho momento para una nueva notificación no cambia nada y solo retrasa el resultado final.
Para salvar este problema, podría decirse que el vicio es irreparable. Por lo tanto, no queda otra opción que reiniciar el arbitraje desde cero, lo que incluye una reconformación del tribunal arbitral. Sea como fuere, es evidente que, en la práctica, el retraso en la notificación no constituye una real y útil causal de anulación.

2383 «Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.
1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera
[…]
f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia».

2384 Sin embargo, si las partes diseñasen un convenio arbitral sujeto a un plazo cuyo límite es precisamente el plazo para laudar en el arbitraje, entonces ahí sí la anulación del laudo no conllevaría que el caso siga en el fuero arbitral. En este escenario, la controversia debería dilucidarse en sede judicial, pues el convenio arbitral habría cesado de emitir efectos jurídicos.

Naturalmente, las partes podrían (ii) componer un nuevo tribunal arbitral que trabaje con las actuaciones arbitrales existentes y sobre ello resuelva la controversia. Por razones de eficiencia, las partes podrían considerar que esta es la mejor opción. Un tribunal arbitral que trabaje sobre lo actuado emitirá un laudo de manera más célere que un tribunal que actúe desde cero.

Ahora, la norma no lo dice expresamente, pero las partes podrían acordar que el nuevo tribunal arbitral realice ciertas actuaciones antes de laudar. Por ejemplo, que se vuelvan a realizar las audiencias. Y es que si la regla predeterminada es que el arbitraje se reinicie completamente, es razonable que las partes puedan establecer que haya un reinicio parcial, y que el nuevo tribunal retome el procedimiento en algún punto «intermedio».

Las partes también podrían (iii) encargar la resolución del caso a la corte judicial que resolvió el pedido de anulación. Esta es la opción más peculiar de las establecidas en la norma.

Sí, las partes podrían acordar poner fin al convenio arbitral y por lo tanto litigar sus disputas en sede judicial. Sin embargo, lo peculiar de esta disposición normativa es que encarga la resolución del caso a la corte judicial que resolvió la demanda de anulación de laudo. Es decir, la LAP está regulando un supuesto de *prórroga* de competencia por razón de materia, sujeto al acuerdo de las partes.

¿Por qué el órgano judicial que resolvió la demanda de anulación? A primera vista, podría pensarse que dicho órgano ya ha tenido cierto contacto con el caso, lo que hace más eficiente que sea aquel el que se pronuncie, por contraste a algún otro órgano judicial. Sin embargo, tal lógica no es del todo acertada. Al evaluar la causal bajo comentario, la corte solo verifica que el plazo para decidir la disputa se haya respetado, *nada más*. No hay razón alguna para considerar que dada la evaluación de dicha cuestión formal, el órgano judicial conoce de manera profunda el fondo de la controversia.

Para finalizar, dos precisiones importantes. Por un lado, para los supuestos en que el caso retorno al arbitraje (opciones (i) y (ii)), las partes pueden establecer un esquema que varíe de las opciones dadas por la norma. Así, podrían establecer que luego de anulado el laudo cualquier de las partes podría solicitar a, por ejemplo, la institución que administra el caso que decida si la actuación fue inidónea y por tanto los árbitros deben ser separados.

Por otro lado, es llamativo que las consecuencias de esta causal estén estructuradas en un esquema de múltiple opción. El incumplimiento del plazo para decidir la controversia es, ya dijimos, una infracción a las reglas procedimentales. Sin embargo, la LAP es más «parca» al regular las consecuencias de la anulación del laudo por la causal de infracción a reglas procedimentales (artículo 65.1.c)), pues se limita a establecer que el caso se retrotrae al momento en que se produjo la infracción.

En particular, la opción de encargar a la Sala Superior la resolución del caso de fondo es muy llamativa. Ya dijimos que esta causal recoge un supuesto específico de transgresión a las normas procedimentales. Sin embargo, el artículo 65.1.c) no permite que luego de anulado el laudo las partes puedan encargar la resolución del caso a los jueces de la Sala Superior; más para esta causal sí se puede hacer ello. Se trata de una inconsistencia que, a nuestro juicio, no tiene explicación.[2385]

[2385] Podría recurrirse a la integración de normas para dar a la causal del artículo 63.1, literal c), la opción de que el caso sea resuelto por la Sala Superior que resolvió la anulación. Al final, las causales c) y g) del artículo 63.1 cubren el mismo fenómeno, el incumplimiento a las reglas procedimentales, por lo que ambas deberían tener el mismo abanico de consecuencias posibles luego de anulado el laudo.

5.1.2. Control de decisiones negativas sobre competencia

El artículo 41[2386] de la LAP regula el principio de competencia-competencia y, en esa línea, establece la atribución de la judicatura para hacer una revisión de la decisión arbitral sobre la competencia de los árbitros para resolver la controversia. La norma contempla dos supuestos de control judicial: control de las decisiones negativas sobre competencia; y control de las decisiones afirmativas sobre competencia.

5.1.2.1. Decisiones negativas sobre competencia

El artículo 41.5 de la LAP regula el escenario en el que el tribunal arbitral se declara incompetente (total o parcialmente). La norma permite el control judicial de dicha decisión. Se trata, en estricto, de una causal de anulación adicional a las que se encuentran en el artículo 63.1 de la LAP.

Este tema ya ha sido abordado en apartados previos.[2387]

5.1.2.2. ¿Decisiones afirmativas?

El artículo 41.4 de la LAP establece que la desestimación de la objeción contra la competencia del tribunal arbitral puede ser cuestionada mediante una demanda de anulación de laudo.

¿Constituye esta una causal adicional de anulación? La respuesta parece ser negativa.

Al igual que para el caso de la Ley 60/2003 de España,[2388] la norma podría cubrir fundamentos para cuestionar la competencia que no califiquen bajo las causales de invalidez de convenio arbitral, exceso de autoridad e inarbitrabilidad. En la práctica, sin embargo, es razonable considerar que dichas causales cubren el universo de razones para discutir sobre si el tribunal arbitral es competente o no.

5.1.3. Causal de régimen especial de arbitraje

(A) Contexto

La LAP establece disposiciones normativas de aplicación general para el arbitraje. Sobre ello, otras leyes podrían crear *regímenes específicos* de arbitrajes, con reglas que podrían incluso apartarse del esquema general de la LAP. Precisamente, en Perú existen diversos regímenes específicos de arbitraje.[2389] Estos regímenes establecen reglas específicas sobre distintos aspectos del arbitraje. Y, naturalmente, podrían establecer causales adicionales de anulación.

2386 «Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.
[…]
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia».

2387 Ver 7.2.3.2. del capítulo IV y 4.3.4. del capítulo V.

2388 Ver 1.1.2.

2389 Entre otros, arbitrajes en régimen de expropiación (Decreto Legislativo n.º 1192), de salud (Decreto Legislativo n.º 1158), de Asociaciones Público Privadas (Decreto Legislativo n.º 1362), etcétera.

(B) La causal adicional de anulación en el régimen de la LCE

De entre los diversos regímenes específicos, el más icónico es el de arbitraje en contrataciones con el Estado, regido bajo la Ley de Contrataciones del Estado (LCE). Precisamente, este régimen de arbitraje ha establecido una causal adicional de anulación. El artículo 45.25 de la LCE establece:

> «Artículo 45.- Normas aplicables al fondo de la controversia
>
> […]
>
> 45.25 Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente norma y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada».

El citado artículo es contradictorio con lo establecido en el artículo 63.1 de la LAP, que establece una lista taxativa de causales de anulación. Sin embargo, dicha contradicción se resuelve a favor de la disposición del LCE, pues en atención al principio de *especialidad,* entre dos normas iguales prima la especial por sobre la general.

Ahora bien, la citada norma establece las siguientes disposiciones:

(i) La anulabilidad del laudo por infracción a la LCE y al Reglamento de la LCE en cuanto a:

- La composición del tribunal arbitral (sea unipersonal o colegiado).
- El procedimiento arbitral.

(ii) El requerimiento de reclamo expreso previo para la causal.

- Como regla, no hay disposiciones específicas para el reclamo en casos de infracción al procedimiento arbitral.
- Como excepción, en caso el vicio constituyese causal de recusación, esta debió presentarse y ser desestimada.

(i) Contenido y clasificación de la causal

La causal de la LCE se clasifica como una causal de clase «procedimental» (afecta el procedimiento arbitral) y tiene fundamento *legal*.

Primero, la causal de la LCE es de clase procedimental pues se dirige contra infracciones a disposiciones procedimentales de la LCE o de su reglamento. Luego, en el arbitraje de contratación pública, la anulación del laudo por temas procedimentales está en esencia cubierta por tres causales: afectación al debido proceso (artículo 63.1.b) de la LAP), incumplimiento a las reglas procedimentales de regulación convencional (artículo 63.1.c) de la LAP) e incumplimiento a las reglas procedimentales establecidas de manera imperativa por la LCE o su reglamento (artículo 45.25 de la LCE).

Una precisión necesaria: la parte final de la causal bajo análisis da a entender que cubre vicios enlazados a la imparcialidad de los árbitros, pues hace precisiones para el reclamo expreso previo

en dichos casos. Esto tiene sentido pues el artículo 45.27 de la LCE establece la que los árbitros «deben ser y permanecer independientes e imparciales». Sin embargo, tales vicios constituyen, a la vez, una afectación al debido proceso arbitral, y por lo tanto están cubiertos por el artículo 63.1, literal b), de la LAP.

En realidad, el fenómeno de traslape no se restringe a tales casos. Diversos supuestos que encajaran dentro de la causal de la LCE también podrían estar cubiertos por el artículo 63.1, literal b) o incluso por el artículo 63.1, literal c). Sin embargo, habrán supuestos que solo encajarán en la causal de la LCE, y los que en última instancia denotan la necesidad, desde el punto de vista del legislador, de establecer normativamente esta causal.

Segundo, según la ubicación del vicio, la causal de la LCE es una que se ubica en la tramitación del arbitraje. Sobre esto no hay mayores comentarios que hacer.

Tercero, la causal tiene un fundamento *legal*. En efecto, pese a que cuenta con una redacción muy similar a la del artículo 63.1, literal c), que tiene fundamento contractual (busca proteger el acuerdo entre las partes), la causal de la LCE es de fundamento legal.[2390] Esto se evidencia en que la causal de la LCE busca proteger disposiciones procedimentales *imperativas* de la LCE y de su reglamento.

La normativa de contratación pública ha diseñado un procedimiento arbitral especial para dicho régimen, conformado por normas que no permiten pacto en contrario. Sobre esto, el legislador ha considerado indispensable que tal procedimiento se cumpla, y para garantizar ello se estableció una causal de anulación de laudo al respecto.

(ii) Reclamo expreso previo

Finalmente, el artículo 45.25 de la LCE condiciona la procedencia de la causal a la presentación del reclamo expreso previo. La previsión es correcta pues, por la naturaleza procedimental del vicio, resulta acertado que en la tramitación del arbitraje la parte interesada denuncie la infracción a las disposiciones procedimentales de la LCE o de su reglamento en la búsqueda de lograr una subsanación por los árbitros, sin necesidad de que el caso llegue al fuero judicial.

5.2. Disposiciones que no son causales

En Perú, el marco jurídico contiene otras disposiciones que parecerían contener causales adicionales de anulación de laudo. Sin embargo, en estricto no califican como causales. Estas son el artículo 29.7 de la LAP; y la 12.ª Disposición Complementaria de la LAP y la Sentencia 142-2011-PA/TC.

5.2.1. El artículo 29.7 de la LAP

El artículo 29.7 de la LAP no constituye una causal autónoma de anulación. El supuesto que recoge está cubierto por el artículo 63.1, literal b), de la LAP.

La norma bajo análisis señala lo siguiente:

> «Artículo 29.- Procedimiento de recusación
>
> […]

[2390] Gino Rivas Caso, *El laudo arbitral,* in *Manual de Arbitraje en Contratación Pública. Segunda Parte* 31, 68 (2019).

> 7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo».

La disposición se enmarca dentro del procedimiento de recusación de árbitros. Dicho procedimiento concluye, a nivel arbitral, con una decisión «definitiva e inimpugnable». Sin embargo, la LAP permite que dicha decisión sea sometida a revisión vía demanda de anulación de laudo.

El artículo 29.7 permite cuestionar la decisión sobre el pedido de revocación siempre que este pedido se haya realizado respetando el procedimiento establecido. Aquí hay dos escenarios:

- El pedido de revocación es declarado infundado. Dicha decisión puede ser cuestionada vía demanda de anulación de laudo. Si el pedido fue declarado infundado y no improcedente, entonces la solicitud de recusación fue presentada de manera correcta.

- El pedido de revocación es declarado improcedente. Esta decisión podría ser cuestionada vía demanda de anulación de laudo. La parte interesada tendría que alegar que su pedido sí respetó el procedimiento establecido.

    - Si la judicatura determina que el pedido de recusación no respetó el procedimiento respectivo, declararía improcedente la demanda de anulación.

    - Si la judicatura determina que el pedido de recusación sí respeto el procedimiento respectivo, entonces tendría que determinar si la recusación era fundada o infundada; en el primer caso, el laudo deberá ser declarado nulo.

Ahora bien, el fundamento del artículo 29.7 de la LAP es proteger el debido proceso.[2391] Naturalmente, nos referimos al debido proceso *arbitral*.[2392] Y es que el contar con juzgadores independientes e imparciales es un elemento esencial para la realización de un proceso justo.

Ahora bien, precisamente porque esta norma cubre un supuesto de afectación al debido proceso arbitral es que no se trata de una causal autónoma. El debido proceso arbitral tiene una causal específica (artículo 63.1.b) de la LAP). La imparcialidad y la independencia, como elementos integrantes de aquel, son evaluadas dentro de dicha causal.[2393]

5.2.2. La 12.ª Disposición Complementaria de la LAP y la Sentencia 142-2011-PA/TC

Otra supuesta causal de anulación consiste en la 12.ª Disposición Complementaria de la LAP y en una sentencia del Tribunal Constitucional, la Sentencia 142-2011-PA/TC.

La 12.ª Disposición Complementaria de la LAP es una provisión peculiar, pues establece el «valor» del proceso judicial de anulación de laudo para la perspectiva constitucional de las acciones de tutela de derechos fundamentales. Dicha disposición señala que el proceso de anulación constituye una «vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

En la misma línea, la Sentencia 142-2011-PA/TC señala que:

2391 Enrique Palacios Pareja, *Comentario al artículo 29,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 356, 360 (2011).

2392 Ver 2.1.2. del capítulo IV.

2393 Ver 2.2.1.2. del capítulo IV.

> El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.[2394]

Pues bien, en la práctica algunos demandantes han requerido la anulación del laudo al amparo de la mencionada disposición de la LAP y/o la referida sentencia del TC.[2395] El fundamento radicaría en que dichas disposiciones permiten demandar la anulación del laudo por la afectación a cualquier derecho fundamental, lo que parecería trascender el ámbito de las causales señaladas en el artículo 63.1 de la LAP.

De entrada, dicha interpretación no resulta razonable. Implicaría que una misma ley dice, por un lado, que las causales establecidas en un artículo específico son taxativas y, por el otro, que una Disposición Complementaria constituye una causal «adicional» que se sale del diseño taxativo establecido. Es decir, la LAP sería contradictoria en sí misma.

Así, es necesario dar una lectura que armonice lo establecido en la 12.ª Disposición Complementaria (y la Sentencia 142-2011-PA/TC) con el artículo 63.1 de la LAP. Ello se logra si entendemos que la mencionada disposición complementaria y la Sentencia 142-2011-PA/TC buscan dejar en claro que la afectación a derechos constitucionales puede ser tutelada vía anulación de laudo. Esto, sin dejar de respetar la necesidad de encauzar los fundamentos de la anulación a través de alguna de las causales del artículo 63.1 de la LAP.[2396] En palabras de la judicatura:

> [la 12.ª Disposición Complementaria] no debe ser entendida como una nueva causal de anulación ni que a partir de aquí se propugnen otras diferentes a las establecidas por la norma arbitral, sino que, debe ser entendido en el sentido que el recurso de anulación protege cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado dentro del arbitraje, pero quien lo formule tiene el deber de adecuar sus argumentos dentro de las causales establecidas de manera taxativa en la norma arbitral.[2397]

En conclusión, no estamos frente a una nueva causal, sino solo a un reconocimiento de que la vía judicial de anulación de laudo puede servir como vehículo de tutela también en casos de afectación a derechos fundamentales.

5.3. Otras vías para cuestionar el laudo

El marco normativo peruano contempla dos vías judiciales adicionales para cuestionar el laudo: el amparo arbitral y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

5.3.1. Amparo arbitral

El amparo arbitral es una vía especial de control de laudo, restringida para ciertos supuestos delimitados por el Tribunal Constitucional de Perú.[2398] Abordaremos tres aspectos centrales: las causales de amparo; los aspectos procesales de la figura; y las consecuencias de una sentencia judicial de amparo.

2394 Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, fundamento 20.

2395 Lima, SSC1 308-2013, SSC1 333-2013, SSC1 345-2013, entre otras

2396 Lima, SSC1 345-2013, SSC1 94-2015, SSC2 176-2014.

2397 Lima, SSC1 345-2013, pp. 4-5.

2398 En perspectiva histórica, la vía judicial del amparo tuvo un margen incierto y amplio de control sobre el arbitraje. Sin embargo, esto ya ha sido superado (Ernesto Álvarez Miranda & Gonzalo Muñoz Hernández, *La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales,* in *Arbitraje y Constitución* 19, 33-39 (2012)).

5.3.1.1. Causales del amparo

El amparo es una vía *residual*. La figura, dirigida a la protección de derechos constitucionales, tiene un rol subsidiario. La razón es que la LAP y el propio TCP consideran a la anulación del laudo como una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria para la protección de derechos fundamentales.[2399] Según el artículo 5.2[2400] del Código Procesal Constitucional, la existencia de una vía de ese tipo determina la improcedencia del amparo.

Esto significa que, en principio, la demanda de anulación *es la vía para la tutela de derechos constitucionales* que se hayan visto afectados por el arbitraje. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que existen algunos supuestos de afectación a derechos constitucionales que tendrían que tramitarse por la vía del amparo.

Ahora bien, el amparo arbitral procede contra el laudo y contra decisiones arbitrales de ejecución del laudo. En el precedente vinculante *Minera María Julia,* el TCP estableció tres supuestos de amparo contra laudo;[2401] y en el caso *Olivio García,* el TCP estableció un supuesto adicional, contra decisiones arbitrales de ejecución de laudo.[2402]

Por lo tanto, hay 4 causales para el amparo arbitral: (A) afectación directa a los precedentes vinculantes del TCP; (B) aplicación, por los árbitros, de control difuso sobre normas declaradas constitucionales por el TCP o por el Poder Judicial; (C) afectación a derechos constitucionales de terceros; y (D) decisiones de ejecución de laudo que afecten derechos fundamentales o no cuenten con base normativa.

(A) Afectación directa a precedentes vinculantes del TCP

El precedente vinculante es una «regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general», por lo que tiene «efectos similares a una ley».[2403] Es en ese marco que el TCP establece esta causal de amparo. Por lo tanto, si un tribunal arbitral «vulnera directa o frontal[mente]» un precedente vinculante, el amparo deberá declararse fundado. Por vulneración directa o frontal, el TCP se referiría a dos supuestos distintos:

- En la tramitación del procedimiento arbitral, los árbitros violaron precedentes vinculantes «procesales», reglas sobre el debido proceso que podrían considerarse aplicables al arbitraje.

2399 12.ª Disposición Complementaria de la LAP y Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, fundamento 20.

2400 «Artículo 5.- Causales de improcedencia
[…]
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus».

2401 Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, fundamento 21.
«Supuestos de procedencia del amparo arbitral
21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:
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.
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 del Decreto Legislativo n.º 1071».

2402 Auto TCP 8448-2013-PA/TC, fundamento 12.
«Procede el proceso de amparo para cuestionar las resoluciones arbitrales, distintas al laudo, expedidas por el Tribunal Arbitral en fase de ejecución del laudo arbitral, siempre que se trate de una resolución que carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales».

2403 Sentencia TCP 24-2003-AI/TC.

- En el laudo arbitral o en cualquier otra decisión relativa al fondo de la controversia (p. ej. medidas cautelares), los árbitros violaron precedentes vinculantes «sustantivos», reglas que aplicarían al fondo de la controversia.

Sobre este esquema, podemos hacer dos críticas centrales.

Primero, la causal de amparo, tal y como se ha desarrollado, iría contra la exclusividad de la competencia arbitral sobre el fondo de la controversia. Según expusimos, esta causal de amparo arbitral parece configurarse cuando la decisión de los árbitros o los fundamentos de esta afectan la disposición normativa de un precedente vinculante del TCP. Por lo tanto, la judicatura constitucional podría evaluar la decisión arbitral, su sentido y sus fundamentos a efectos de determinar si se ha afectado un precedente vinculante; ello constituye una intervención sobre el fondo del asunto. Así:

> Si existe un precedente vinculante del Tribunal Constitucional este sin duda alguna forma parte del ordenamiento jurídico, razón por la cual es preciso seguirlo. Sin embargo, entra dentro de la potestad de los árbitros reconocida en el artículo 139 inciso 1) de la Constitución el interpretar y aplicar las diversas fuentes del ordenamiento jurídico para resolver, dentro de las que se encuentran los precedentes vinculantes. Por ello, el señalar que si un árbitro incurre un error respecto de la aplicación o interpretación de un precedente vinculante, al resolver el tema de fondo, supone darle al Tribunal Constitucional la competencia de revisar la decisión que, sobre el fondo, ha adoptado un árbitro, lo que supone una intromisión en sus competencias.[2404]

La única manera de salvar esta transgresión a la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo está en interpretar que la referencia a precedentes vinculantes se restringe solo a precedentes vinculantes sobre garantías procesales. Por fuerza, esta es la interpretación correcta de esta causal de amparo arbitral.

Segundo, y enlazado a este punto, no queda claro por qué las transgresiones a los precedentes vinculantes «procesales»[2405] no podrían ser evaluadas en un proceso judicial de anulación de laudo. Es decir, esta causal de amparo podría perfectamente ser abordada y resuelta en el proceso judicial de anulación.[2406]

(B) Aplicación de control difuso sobre normas declaradas constitucionales

El supuesto de aplicación de control difuso sobre normas declaradas constitucionales constituye otro supuesto problemático debido a la exclusividad de la competencia arbitral sobre el fondo.

El control difuso se refiere a la inaplicación de una norma cuando esta va contra la Constitución. Es decir, existe una norma aplicable, pero la misma no es aplicada. En Perú, los árbitros cuentan con control difuso,[2407] sin embargo, no podrían aplicarlo sobre normas declaradas constitucionales por el TCP. En caso de hacerlo, la parte afectada deberá recurrir al amparo arbitral.

Es decir, en vía de amparo la judicatura constitucional podrá evaluar la decisión arbitral y sus fundamentos para definir si los árbitros inaplicaron una norma que el TCP o el Poder Judicial ratificó previamente como constitucional. Esto va contra la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo.

2404 Giovanni F. Priori Posada, *El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC,* 2 Arbitraje PUCP 26, 31 (2012).

2405 El control de los precedentes vinculantes «sustantivos», según vimos, debería quedar excluido para no violar la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo de la controversia.

2406 Luis Castillo-Córdova, *Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje,* 59 Gaceta Constitucional 270, 277 (2012).

2407 Esto se desprende de la propia Sentencia TCP 142-2011-PA/TC.

Sea como fuere, en la práctica, este supuesto tiene una aplicación limitada en el arbitraje comercial, debido al escaso número de normas que han sido declaradas constitucionales.

(C) Afectación de derechos constitucionales de terceros

Los terceros afectados, en sus derechos fundamentales, por un arbitraje pueden acudir a la vía de amparo para obtener tutela.

(i) Definición de terceros

Antes que nada, debemos definir qué sujetos están cubiertos por la norma. Por tercero «que no forma parte del convenio arbitral», en realidad, podemos tener a dos clases de sujetos distintos: las partes no signatarias, que precisamente no suscriben el convenio arbitral; y los terceros ajenos al convenio arbitral, que no califican como suscriptores del convenio ni como partes no signatarias.

Al respecto, aquí el precedente vinculante hace una precisión: el tercero que no forma parte del convenio arbitral y que no está comprendido en los supuestos del artículo 14 de la LAP. Dicha norma, precisamente, se refiere a las partes no signatarias. Por lo tanto, el ámbito del amparo arbitral se enmarca a los terceros ajenos al convenio arbitral.

Sin embargo, enlazar la definición de tercero en función al convenio arbitral y no al procedimiento arbitral puede ser problemático. Así por ejemplo:

- A un sujeto que intervino en el arbitraje le bastaría alegar que en realidad es ajeno al convenio arbitral —alegar que no es parte signataria y tampoco es parte no signataria— para poder acceder a la judicatura constitucional y evitar así el esquema de control idóneo que está establecido en el propio arbitraje y en la posterior vía judicial de anulación de laudo.

- Un tribunal arbitral con finalidades ilícitas podría desarrollar un arbitraje sin incorporar a una parte que suscribió el convenio arbitral. Pese a ello, dado que en estricto dicho sujeto sí es parte del convenio arbitral, no podría interponer una demanda de amparo.

Por ello, creemos que la procedencia en realidad cubre a aquellos sujetos que fueron terceros *con relación al procedimiento arbitral*. Todo aquel sujeto que no fue incorporado al arbitraje y por tanto no tuvo oportunidad de hacer valer su posición dentro del mismo podrá recurrir a tutela constitucional para repeler cualquier afectación a sus derechos generada por el arbitraje. Por contraste, aquellos sujetos que participaron en el arbitraje, sea que se consideren ajenos al convenio arbitral, deberán encausar su reclamo en la vía de anulación de laudo.

(ii) Ámbito de la causal de amparo

Esta causal de amparo se dirige a tutelar derechos *fundamentales* de terceros. Determinar qué derechos fundamentales son afectados dependerá del caso concreto. Sin embargo, en todos los casos, el tercero podrá alegar que se afecta su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pues el laudo lo *desvía* de la jurisdicción ordinaria, que es la que le corresponde al ser ajeno al convenio arbitral.

Ahora bien, el amparo arbitral de tercero no parece una vía necesaria. Según expusimos antes, la vía idónea para la defensa de los derechos de tercero está en la *ejecución* del laudo.[2408] En efecto, los laudos deberán ser considerados como inoponibles para terceros. Luego, la existencia del laudo

[2408] Ver 4.2.2.2. del capítulo II.

no afecta ningún derecho o interés del tercero. *Y si se intenta ejecutar el laudo*, la demanda de ejecución deberá notificarse al tercero y en esa vía este podrá oponerse a dicha ejecución.

El amparo se concibe como una vía *residual*, por lo que no parece acertado establecer una causal de amparo dirigida a proteger terceros cuando estos pueden ser tutelados en otra vía que ya existe (ejecución de laudo).

(D) Decisiones de ejecución que afectan derechos fundamentales

En el caso *Olivio García,* el laudo arbitral ordenó a una parte (entidad estatal) que pague una suma a la otra como justiprecio por una expropiación. Ante la demora en el pagó, el tribunal arbitral ordenó el pago *bajo apercibimiento* de declarar la caducidad de la expropiación.[2409] Dicho apercibimiento tenía base legal,[2410] por lo que la demanda fue declarada infundada. Sin embargo, el TCP aprovechó el caso para establecer esta causal.

Así, el TCP estableció que una decisión arbitral de ejecución que agravie de manera manifiesta derechos fundamentales o carezca de sustento normativo podrá ser cuestionada vía amparo.

- Por un lado, el amparo procede contra decisiones arbitrales de ejecución que violen de forma *patente* derechos fundamentales. La ejecución del laudo no puede justificar que los árbitros dispongan hechos o actos que violen el núcleo constitucional de los derechos. Por ejemplo, los árbitros no pueden ordenar el pago de una suma dineraria bajo sanción de ordenar el ingreso a un inmueble del sujeto deudor para requisar sus bienes muebles.

  La transgresión debe ser *manifiesta*. La causal está restringida a casos de evidente e indiscutible violación a los derechos fundamentales.

- Por otro lado, el amparo procede contra decisiones arbitrales de ejecución que carezcan de fundamento legal. La LAP cuenta con una habilitación *genérica* para que los árbitros ejecuten sus decisiones; sin embargo, esta tiene límites, los principales son el empleo del uso de la fuerza pública y la afectación a terceros.[2411] Por ejemplo, los árbitros no pueden ordenar a una empresa que pague una suma dineraria bajo sanción de extender la deuda a sus accionistas.

Por cierto, la decisión arbitral de ejecución podría dirigirse hacia alguna de las partes o hacia algún tercero. Precisamente, según expusimos, un límite a las facultades de ejecución de los árbitros está en la no afectación de terceros.

5.3.1.2. Aspectos procedimentales

(A) Plazo

La demanda de amparo se interpone, expusimos, contra un laudo o contra una decisión arbitral de ejecución de laudo. Según el artículo 44[2412] del Código Procesal Constitucional, el plazo para presentar la demanda es de 60 días hábiles desde que se produce la afectación y se toma conocimiento de la misma.

2409 Auto TCP 8448-2013-PA/TC.

2410 Art. 32 de la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones (hoy derogada).

2411 Alfredo Bullard González, *Comentario al artículo 67,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 744, 748-49 (2011).

2412 «Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda
El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Para las causales (A) y (B), en la práctica el plazo se computará desde la notificación del laudo arbitral.

Por contraste, para la causal (C), el plazo se computará desde que el sujeto afectado sea informado sobre el laudo y la afectación que este le inflige. Dado que este tercero es ajeno al arbitraje, puede que no sea informado sobre la emisión del laudo. El tercero podría enterarse en un momento posterior, por ejemplo, en un proceso judicial de ejecución de laudo.

Finalmente, para la causal (D), si el afectado es parte del arbitraje, entonces será notificado con la decisión de ejecución y desde ese momento computará el plazo. En caso el afectado sea un tercero, aplica lo señalado para la causal (C).

(B) Partes del proceso

La demanda de amparo puede ser presentada por la persona que sufre la afectación a sus derechos constitucionales.[2413] Para las causales (A) y (B), los únicos legitimados a presentar la demanda serían las partes, pues el vicio generado en el laudo solo les compete a estas. La causal (C) podrá ser presentada por el tercero ajeno al arbitraje, pues dicha causal está diseñada para su protección. Y la causal (D) podrá ser presentada por una parte o por un tercero, según quien se vea afectado por la decisión arbitral de ejecución.

Por otro lado, la demanda de amparo se dirige contra el tribunal arbitral.[2414] El laudo y la decisión arbitral de ejecución provienen de los árbitros; y si tales decisiones configuran alguna de las causales de amparo, entonces la demanda se debe dirigir contra el órgano emisor de dichas resoluciones.

Asimismo, la demanda debería también dirigirse contra el *award creditor*, la parte que se beneficia con el laudo y/o con su ejecución. Esto porque la eventual declaración de nulidad de la decisión arbitral afectaría sus derechos.

5.3.1.3. Consecuencias de la sentencia judicial

Los jueces de amparo tienen amplio margen de discreción para ordenar remedios si encuentran que la demanda de amparo es fundada. El artículo 55[2415] del Código Procesal Constitucional permite al juez declarar la nulidad de la decisión que afecta derechos fundamentales y ordenar cualquier otra medida que estime pertinente.

[…]
Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:
1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad. […]».

2413 Art. 39 del Código Procesal Constitucional.

2414 La jurisprudencia denota que la demanda se dirige contra el tribunal arbitral (Sentencia TCP 5311-2007-PA/TC, 142-2011-PA/TC, entre otras).

2415 Art. 55 del Código Procesal Constitucional
«Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada
La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:
1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.
En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto».

En el ámbito del arbitraje, la vía de amparo permite declarar la nulidad del laudo o de la decisión arbitral de ejecución de laudo. En estricto, esta sería la medida necesaria y suficiente para tutelar los derechos afectados.[2416]

Ahora bien, fuera de la declaratoria de la nulidad de la decisión arbitral, la sentencia judicial de amparo no debería tener más impacto en el arbitraje. En específico, una sentencia fundada de amparo no hace que los árbitros pierdan competencia sobre la controversia —al menos no totalmente—.

- En las causales (A), (B) y (D), la declaración de nulidad del laudo o la decisión arbitral de ejecución no deriva en la frustración total del arbitraje.

    - Para las causales (A) y (B), a nuestro criterio, bajo la posición de los efectos *ex tunc* de la nulidad,[2417] la consecuencia sería que los árbitros deban emitir un nuevo laudo.

    - Para la causal (D), es claro que el laudo y su validez están a salvo. Si el amparo se dirige contra una decisión posterior al laudo, el laudo se mantiene incólume. En estos casos, la consecuencia sería que los árbitros continúen con las gestiones para la ejecución del laudo.

- En la causal (C), sobre afectación a terceros, la declaración de nulidad del laudo debería significar también que el tribunal arbitral carece de competencia respecto al tercero afectado. Fuera de ello, bajo la mencionada posición de efectos *ex tunc* de nulidad, los árbitros mantienen competencia sobre las partes y deberían emitir un nuevo laudo.

5.3.2. Nulidad de cosa juzgada fraudulenta

5.3.2.1. Marco general

En Perú, el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es un proceso impugnatorio para cuestionar sentencias judiciales con calidad de cosa juzgada, cuando estas se obtuvieron mediante fraude o colusión.[2418] En su esencia, este proceso se asemeja a la figura de *revisión,* empleada en el resto de Latinoamérica —y en España—, pero no en Perú.[2419]

2416 Una excepción estaría en los supuestos de afectación a terceros. En estos casos, más que declarar la nulidad del laudo, bastaría que los jueces constitucionales declaren la *inoponibilidad* e *ineficacia* del laudo frente al tercero. Así, se preserva el laudo y los efectos que este tuviere entre las verdaderas partes, pues ello ningún perjuicio le generaría al tercero.

2417 Ver 4.1.1.2. del capítulo V.

2418 Art. 178 del Código Procesal Civil
«Artículo 178.- Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.-
Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por este y aquellas.
Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.
En este proceso solo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.
Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.
[…]».

2419 Ana María Arrarte Arisnabarreta, *Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta,* 13 Ius Et Veritas 173, 177 (1996).

Según la norma glosada, dicho proceso puede dirigirse contra una sentencia judicial.[2420] A nivel normativo, el laudo arbitral queda fuera del ámbito de dicho proceso. Sin embargo, la Corte Suprema de Perú ha indicado que el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta sí podría dirigirse contra laudos. Así:

> [E]l artículo precitado [art. 59 de la LAP] le otorga calidad de cosa juzgada a un laudo arbitral, por lo que, si bien, la normatividad que lo regula no prevé la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, este mecanismo de revisión por parte de la judicatura, en el caso en particular, no puede dejarse de lado por deficiencia de ley […]; pues de hacerlo así, se podría estar avalando una situación de fraude o colusión procesal de un acto jurídico con los mismos efectos de una sentencia con calidad de cosa juzgada.[2421]

Así, la jurisprudencia ha abierto la vía de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta para impugnar laudos. Como veremos al evaluar las causales de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, se trata de una decisión desacertada.

A continuación, el análisis de tres aspectos centrales de la figura: (A) el desarrollo de las causales; (B) los aspectos procesales; y (C) las consecuencias de una sentencia judicial de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

(A) Causales

La impugnación de una decisión con calidad de cosa juzgada se debe fundar en situaciones *extraordinarias.*[2422] En esencia, el proceso se dirige a contrarrestar el fraude procesal, que es el empleo, dentro del proceso, del engaño para obtener un beneficio ilícito.[2423] Dicho tema puede desglosarse en dos causales: (i) fraude *en* el proceso; y (ii) fraude *mediante* el proceso.[2424] La distinción, como veremos, está en quién es el afectado por el fraude. Si aplicamos dicho esquema al arbitraje, tendríamos las siguientes causales:

(i) Fraude *en* el arbitraje

El fraude en el arbitraje se refiere a actividades ilegítimas que *distorsionan* el resultado del procedimiento, en perjuicio indebido a alguna de las partes. Esto puede darse de distintas maneras:

- Corrupción de árbitros y otros. Una de las partes puede *corromper,* mediante sobornos u otros mecanismos ilícitos, al árbitro para distorsionar el resultado del arbitraje a su favor. Este acto de corromper puede recaer sobre árbitros, testigos, peritos, funcionarios de la institución arbitral, etcétera.[2425]

- Actos individuales de engaño. Actividades de una parte dirigidas a alterar indebidamente la correcta dilucidación del caso. Por ejemplo, fraguar documentos, emitir falso testimonio, ocultar o destruir documentos, etcétera.[2426]

2420 También procede contra el acuerdo de las partes homologado por juez (art. 178 del Código Procesal Civil).

2421 Corte Suprema de Perú, Casación 4060-2016, fundamento 12.

2422 Ana María Arrarte Arisnabarreta, *Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta,* 13 Ius Et Veritas 173, 174 (1996).

2423 Giovanni Priori Posada, *El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal,* 30 Derecho y Sociedad, 325, 333 (2008).

2424 1 Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil* 621 (2008).

2425 Gonzalo Jiménez-Blanco, *Arbitraje y corrupción,* 9(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 191, 194 (2016).

2426 Inan Uluc, *Corruption in International Arbitration* 65 (2016).

(ii) Fraude *mediante* el arbitraje

En el fraude mediante el arbitraje, las partes *simulan* el desarrollo de un arbitraje dirigido a violar derechos de terceros. Por terceros, nos referimos a sujetos que no fueron notificados sobre el procedimiento arbitral.

Aquí, el arbitraje se convierte en un instrumento para realizar actividades delictivas. En Perú, el caso más conocido es el de la *mafia Orellana,* que simulaba arbitrajes sobre la titularidad de un inmueble, entre partes que no tenían derecho alguno sobre el mismo; el laudo daba la razón a una de ellas y esta se dirigía a los Registros Públicos para inscribir su derecho de propiedad.[2427]

(B) Aspectos procedimentales

(i) Plazo

El plazo para interponer una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se computa de distintas maneras.

En todos los escenarios, el plazo comienza desde la emisión del laudo. Sin embargo, su extensión final está sujeta a otros factores.

Para las partes en el arbitraje, el plazo se determina desde los siguientes hitos:[2428]

- Si el laudo contiene mandatos declarativos o constitutivos, el plazo inicia desde la notificación del mismo y se extiende por seis meses.

- Si el laudo contiene mandatos de condena —los que requieren ejecución—, el plazo vence luego de seis meses desde la ejecución del laudo.

Para los terceros, el plazo es de seis meses, y se computará desde el momento en que tomaron conocimiento de la ejecución.

(ii) Partes en el proceso

La demanda puede ser presentada por la parte o el tercero que se considere afectado por la decisión con calidad de cosa juzgada.[2429]

La demanda deberá dirigirse contra los sujetos que cometieron el fraude; es decir, podrá dirigirse contra las partes, los jueces (o los árbitros), o ambos.[2430] Así, en casos de actos individuales de engaño, la demanda se dirigiría contra la parte que incurrió en la conducta indebida; en casos de corrupción, los demandados serían los sujetos involucrados en el acto de corrupción; y en casos de fraude mediante el arbitraje, los demandados serían ambas partes e incluso también los árbitros —si estos participaron en el fraude—.

(C) Consecuencias de la sentencia judicial

El Código Procesal Civil peruano prescribe que si se declara la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, deberán reponerse «las cosas al estado que corresponda».[2431] Si bien la redacción es imprecisa y

---

2427 Jesús Cornejo Arizmendi, *Los arbitrajes simulados a la luz del caso Orellana: ¿corrupción entre privados? Una breve reflexión,* 2016(4) Boletín Anticorrupción y Justicia Penal 14, 15 (2016).

2428 1 Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil* 631 (2008).

2429 Art. 178 del Código Procesal Civil de Perú.

2430 Ana María Arrarte Arisnabarreta, *Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta,* 13 Ius Et Veritas 173, 180 (1996).

2431 Art. 178.

difusa, la doctrina peruana considera que la sentencia se limitaría a dejar sin efecto a la decisión viciada. La sentencia no significaría retomar el proceso que derivó en la decisión afectada por fraude (retroacción).[2432] Es decir, el caso debería reiniciarse totalmente.[2433]

Sin perjuicio de ello, nada impediría al juez que declarar la nulidad de la sentencia ordenar la retroacción de actuaciones, si así lo considera pertinente. Esto debido al margen de discrecionalidad otorgado por la norma procesal.

El arbitraje deberá observar dicho esquema de consecuencias.

La sentencia judicial que declare la nulidad del laudo por fraudulento no significa la pérdida absoluta de jurisdicción arbitral. La única salvedad (parcial) estaría en los supuestos de fraude *mediante* el proceso, pues en estos casos la sentencia judicial deja en claro que el tribunal arbitral era incompetente en cuanto al tercero afectado por el arbitraje simulado.

Por lo tanto, la nulidad del laudo significaría que el caso vuelve al fuero arbitral. Sin embargo, siguiendo el esquema desarrollado por el derecho procesal, la consecuencia no sería la retroacción, sino el reinicio del arbitraje en todos los casos. La única forma en que se produzca la retroacción estaría en que el juez la ordene expresamente.[2434]

5.3.2.2. Análisis crítico

En nuestra opinión, el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no debería ser una vía judicial contra laudos arbitrales.

Los casos de *fraude en el arbitraje* se refieren a actos de corrupción o similares; es decir actos que violan el debido proceso e incluso el orden público. En cualquier escenario, son vicios procedimentales, que pueden ser denunciados por la vía de anulación de laudo (causal de debido proceso, artículo 63.1.b) de la LAP). Luego, el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, para casos de fraude en el arbitraje, derivaría en un doble control. Un mismo tema podría ser discutido en dos procesos distintos, lo que a todas luces es inadecuado.

Además, en la práctica, la vía judicial de nulidad de cosa juzgada fraudulenta deriva en la «ampliación» del plazo para cuestionar tales supuestos. Mientras el plazo para demandar la anulación de laudo es de 20 días hábiles desde la notificación del laudo, el plazo para demandar la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es mucho mayor. Como ya expusimos al analizar el juicio de revisión de España,[2435] no existe justificación para que existan supuestos que tengan un plazo mayor para ser invocados en vía judicial que el plazo asignado para la causal de orden público. En Perú, si el plazo para cuestionar la afectación al orden público, concepto de máxima importancia, es de 20 días, no hay supuesto alguno que merezca un plazo mayor.

Los casos de *fraude mediante el arbitraje* se dirigen a tutelar los derechos de un tercero. Sin embargo, el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no es la mejor manera para tutelar derechos de terceros. Según expusimos antes, la vía óptima para proteger al tercero es la de oposición a la ejecución del laudo.[2436] El laudo es inoponible a terceros, por lo que la sola «presencia» del laudo no genera consecuencias sobre aquellos.

2432 Eugenia Ariano Deho, *La llamada «nulidad de cosa juzgada fraudulenta»: Una impugnación llena de dudas*, 44 Cuadernos Jurisprudenciales 3, 10 (2004); Giovanni Priori Posada, *El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal,* 30 Derecho y Sociedad, 325, 339 (2008).

2433 1 Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil* 629 (2008).

2434 La retroacción podría resultar idónea en algunos casos de actos individuales de engaño. Por ejemplo, el juez ordena que el procedimiento arbitral se reinicie en el punto previo a la admisión de la pericia falsificada.

2435 Ver 1.2.2.

2436 Ver 4.2.2.2. del capítulo II.

Asimismo, si se pretende ejecutar el laudo contra un tercero, este contará con una oportunidad para rechazar tal ejecución fundándose en precisamente su condición de ajeno al arbitraje. La vía de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no resulta necesaria para la tutela de los derechos del tercero.

6. COLOFÓN

En Iberoamérica —entendiendo Iberoamérica como España, Chile, Colombia, México y Perú—, el tratamiento del arbitraje comercial internacional es homogéneo. En realidad, América Latina ha pasado por un fenómeno de uniformización y modernización de las leyes de arbitraje, cuya fuente ha sido la LMU.[2437]

En particular, para Iberoamérica, el control judicial del laudo en la sede es relativamente uniforme. A grandes rasgos, podría decirse que el proceso judicial de anulación de laudo replica de manera sustancial el esquema de la LMU.

Pese a ello, no es inusual que existan modificaciones en las causales de anulación. Así, en España y Perú se han añadido causales adicionales a las establecidas en la LMU. Por otro lado, la regla de la LMU del proceso judicial de anulación como remedio exclusivo tampoco se ha mantenido incólume. España, Chile, Colombia y Perú reconocen, en mayor o menor medida, la aplicabilidad de otras vías judiciales contra el laudo arbitral.

Sea como fuere, bajo un análisis histórico, es sólido considerar que España y Latinoamérica van en la dirección correcta. En el tema del proceso judicial de anulación de laudo, constituye un éxito que los países de la zona hayan aceptado adaptar sus esquemas normativos procesales a una regla modelo internacional. Naturalmente, hay excepciones,[2438] pero la tendencia es evidente, e indetenible.

2437 Cristián Conejero, *La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo,* 32(1) Revista Chilena de Derecho 89 (2005).

2438 El caso del arbitraje local en Chile es icónico. El esquema de recursos contra el laudo es abismalmente distinto al esquema del proceso judicial de anulación de la LMU. Se ha dicho que en el referido esqueña chileno «dos tribunales estatales presentan un grado de intervención grotesco, pudiendo revisar prácticamente todas las decisiones arbitrales a partir de múltiples recursos e instancias procesales» (María Fernanda Vásquez Palma, *Arbitraje en el derecho chileno doméstico: la reforma que falta,* 2 Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje 1, 8 (2010)).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

José María Abascal, *Anulación de laudos y sus efectos*, in Guido Tawil y Eduardo Zuleta (eds.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º Aniversario* 523 (2008).

Hossein Abedian, *Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration. A Case for an Efficient System of Judicial Review,* 28(6) J. of Int'l Arbitration 589 (2011).

Max W. Abrahamson, *Evidence by Experts during the Arbitration,* in A. J. van den Berg (ed.), *Preventing Delay and Disruption of Arbitration / Effective Proceedings in Construction Cases* 537 (1991).

Funke Adekoya, *When Does the Use of an Arbitral Secretary Detract from the «Intuitu Personae» Principle?,* in J. E. Kalicki M. Abdel Raouf (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration* 744 (2019).

Martin Aebi *et al., VI. Confidentiality and Exclusion of Liability*, in Tobias Zuberbuehler, Christoph Müller & Philipp Habegger, *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary* 363 (2005).

Mateus Aimoré Carreteiro, *Burden and Standard of Proof In International Arbitration: Proposed Guidelines For Promoting Predictability*, 49 Revista Brasileira de Arbitragem 82 (2016).

Manuel Albaladejo, *Derecho Civil I. Introducción y parte general* (15th ed. 2002).

Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (1983).

Christian P. Alberti, *Part 1: International Commercial Arbitration, Chapter 1: Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 3 (2011).

Dario Alessi, *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability,* 31(6) J. of Int'l Arbitration 735, (2014).

Niceo Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (2000).

Manuel Álvarez Diez, *La legitimación para interponer la Acción de Anulación de Laudos Arbitrales: el caso de los ajenos al litigio arbitral*, 28 Spain Arbitration Rev. 53 (2017).

Jose María Alonso Puig, *Ley de Arbitraje, Artículo 38 [Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 775 (2014)

José María Alonso, *La independencia e imparcialidad de los árbitros.* 2 Revista Peruana de Arbitraje 97 (2006).

Yasin Alperen Karaşahin, *Contractual Time Limits to Commence Arbitration*, 37(2) J. of Int'l Arbitration 209 (2020).

Esteban Alva Navarro, *La anulación del laudo* (2011).

Ernesto Álvarez Miranda & Gonzalo Muñoz Hernández, *La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales*, in *Arbitraje y Constitución* 19 (2012).

José Manuel Álvarez Zárate & Camilo Valenzuela Bernal, *Chapter 13: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Their Own Seat: The Latin American Experience Interpreting the New York Convention's 'Sovereign Spaces',* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 205 (2019).

Catherine Amirfar, Natalie Reid & Ina Popova, in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 104, 2019)

Manuel Aramburú Yzaga, *Comentario al artículo 58,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 659, 669 (2011).

Horacio Andaluz Vegacenteno, *¿Retando el concepto de validez? La naturaleza jurídica del reconocimiento de laudos anulados,* 7(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 769 (2014).

Eugenia Ariano Deho, *Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil*, 66 Themis 329 (2014).

Eugenia Ariano Deho, *Comentario a la undécima disposición complementaria,* in II A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 124 (2011).

Eugenia Ariano Deho, *La llamada «nulidad de cosa juzgada fraudulenta»: Una impugnación llena de dudas*, 44 Cuadernos Jurisprudenciales 3 (2004).

David Arias Lozano, *Ley de Arbitraje, Artículo 44 [Normas aplicables]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 881 (2014).

David Arias Lozano, *Ley de Arbitraje, Artículo 45 [Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 889 (2014).

Ana María Arrarte Arisnabarreta, *De la interrelación a la interferencia judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación,* 53 Themis 91 (2007).

Ana María Arrarte Arisnabarreta, *Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta,* 13 Ius Et Veritas 173 (1996)

Christian Aschauer & Matthias Neumayr, *The Role of the Austrian Supreme Court in setting aside and challenge proceedings*, 2019(2) b-Arbitra 331 (2019).

Asunción Asín Cabrera *et al., Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje* (2004).

Juan Luis Avendaño Valdez, *Comentario al artículo 62,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 685 (2011).

Juan Luis Avendaño Valdez, *Comentario al artículo 63,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 692 (2011).

Juan Luis Avendaño Valdez & Raffo Velásquez Meléndez, *Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio,* 4 Revista Peruana de Derecho Constitucional 77 (2011).

Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral* (5th ed. 2005).

Mercédeh Azeredo da Silveira & Laurent Lévy, *Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention,* in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 639 (2008).

Domitille Baizeau & Tessa Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte,* in A. Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* 225 (2017).

Stewart A. Baker & Mark D. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (1992).

Victoria Barausova, *The Law Governing Arbitrability: Problems and Proposals,* 2017(2) International Commercial Arbitration Rev. 136 (2017).

John J. Barceló III, *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, 36(4) Vanderbilt J. of Transnat'l L. 1115 (2003).

Silvia Barona Vilar, *Artículo 41. Motivos,* in S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 1364 (2004).

Edith Barrett-Howard & Tom R. Tyler, *Procedural Justice as a Criterion in Allocation Decisions,* 50(2) J. of Personality and Social Psychology 296 (1975).

Jack Beatson, *International arbitration, public policy considerations, and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts*, 33(2) Arbitration Int'l 175 (2017).

Ramiro Bejarano Guzmán, *Derecho procesal y arbitraje,* 1 Arbitrio 60 (2019).

Denis Bensaude, *French Code of Civil Procedure (Book IV), Article 1520 [Grounds for setting aside and for appeal of an enforcement order]*, in L. A. Mistelis (ed.), *Concise International Arbitration* 1175 (2015).

Bernhard Berger, *The Legal Framework: Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations*, in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 7 (2014).

Bernhard Berger, *Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations,* 31(2) ASA Bulletin 244 (2013).

Klaus Peter Berger, *Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 301 (2007).

Gunnar Bergholtz, *Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas,* 8 Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho 75 (1990).

Sébastien Besson, *Le recours contre la sentence en droit suisse,* 2018(1) Revue de l'Arbitrage 99 (2018).

Sébastien Besson, *Arbitration and Human Rights,* 24(3) ASA Bull. 395 (2006).

Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (4th ed. 2019).

T. Bingham, *Reasons and Reasons for Reasons: Differences Between a Court Judgment and an Arbitration Award,* 4(2) Arbitration Int'l 141 (1988).

R. Doak Bishop, Wade M. Coriell & Marcelo Medina Campos, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 275 (2008).

Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th ed. 2015).

Łukasz Błaszczak & Joanna Kolber, *Annulment and enforcement of arbitral awards in Poland,* 30(3) ASA Bull. 564 (2012).

D. Ramona Bobocel & Leanne Gosse, *Procedural Justice: A Historical Review and Critical Analysis*, in R. S. Cropanzano & M. L. Ambrose (eds.), *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace* 51 (2015).

Karl-Heinz Böckstiegel, *Presenting Evidence in International Arbitration,* 16(1) Foreign Investment L. J. 1 (2001).

Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2d ed. 2014).

Gary Born, *Dallah and the New York Convention* (April 7, 2011), http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/04/07/dallah-and-the-new-york-convention/

Gary B. Born, Matteo Angelini & Carina Alcoberro Llivina, *Rethinking «Pathological» Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements,* in S. Tung et al. (eds.), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* 35 (2019)

Stavros Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room,* 113(4) Penn State L. Rev. 1165 (2009).

Stavros L. Brekoulakis, *Chapter 2 - On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 19 (2009).

Stavros L. Brekoulakis, *Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 99 (2009).

Moritz Brinkmann, *The Synthesis of Common and Civil Law Standard of Proof Formulae in the ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure,* 9(4) Uniform L. Rev. 876 (2004).

Alfredo Bullard González, «*No cometerás actos impuros*». *El orden público y el control judicial del laudo arbitral,* 63 Themis 185 (2013).

Alfredo Bullard, *El control judicial del arbitraje,* in *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010,* at 23 (2012).

Alfredo Bullard González, *El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación*, 38 Derecho y Sociedad 17 (2012).

Alfredo Bullard González, *Comentario al artículo 67,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 744 (2011).

Alfredo Bullard González, *Comentario al artículo 56,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 611 (2011).

José Tomas Bulnes León & Nicolás Miranda Larraguibel, *Notas sobre la renuncia de recursos en el arbitraje doméstico,* CAM Santiago (October, 2018), http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2018/SEP/docs/Bulnes_NMiranda.pdf

Ignacio Burgoa Orihuela, *El juicio de amparo* (20th ed. 1983).

Vlatka Butorac Malnar, *Interpretation and Application of the New York Convention in Croatia,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts 2*39, 248 (2017).

Orlando Cabrera, *La arbitrabilidad de los contratos administrativos en Latinoamérica: un mar embravecido a explotar,* 7 Lima Arbitration 272 (2017).

Roque J. Caivano, *Arbitrabilidad y Orden público,* 12 Foro Jurídico 62 (2013).

Roque J. Caivano, *Negociación, conciliación y arbitraje* (1998).

Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004).

Henry Campbell Black, *A Treatise on the Law of Judgments: Including the Doctrine of Res Judicata* (1891).

Héctor Campos García, *Negativa arbitraria de las entidades bancarias de cumplir los mandatos arbitrales en materia cautelar y su eventual implicancia resarcitoria,* 60 Gaceta Civil & Procesal Civil 281 (2018).

Rogers Canals Vaquer, *La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción al orden público,* 11(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547 (2018).

Luis Augusto Cangrejo Cobos, *El recurso de anulación de los laudos arbitrales,* 28 Revista de Derecho Privado 85 (2002).

Fernando Cantuarias Salaverry, *Interpretation and Application of the New York Convention in Peru,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 751 (2017).

Fernando Cantuarias Salaverry, *Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos,* 9 Revista Peruana de Arbitraje 69 (2009).

Fernando Cantuarias Salaverry, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones* (2007).

Fernando Cantuarias Salaverry, *La motivación del laudo arbitral,* 11 Revista de Economía y Derecho 67 (2006).

Fernando Cantuarias Salaverry, *Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje,* 30 Ius Et Veritas 203 (2005).

Fernando Cantuarias, *Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral,* 17 Cuadernos Jurisprudenciales (2002).

Fernando Cantuarias Salaverry & José Luis Repetto Deville, *El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas,* 51 Ius Et Veritas 32 (2015).

Mauro Cappelletti, *Procesos, Ideologías, Sociedad* (1974).

David Caron & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2d ed. 2013).

Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil* (Santiago Sentís Melendo Trans., EJEA 1973).

Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (1974).

Mario Casarino Viterbo, *Manual de derecho procesal (Derecho Procesal Civil)* (6th ed. 2008).

Luis Castillo-Córdova, *Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje,* 59 Gaceta Constitucional 270 (2012).

Mario Castillo Freyre *et al.*, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (2014).

Juan de Dios Castro Lozano, *Las partes en el juicio de amparo* (2005).

María Cristina Cavalli & Liliana Graciela Quinteros Avellaneda, *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos* (2010).

Renzo Cavani, *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil* (2018).

Mairina Cedeño Hernán, *La intervención judicial en el arbitraje en la Ley 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral,* 4(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 705 (2011).

Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil* (José Casáis y Santaló trans. 1925).

Thomas Clay, *L'arbitre* (2001).

Ana María Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje* (2000).

Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales* (2003).

Cristián Conejero & René Irra, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado,* 5 Lima Arbitration 56 (2013).

Cristián Conejero, *La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo,* 32(1) Revista Chilena de Derecho 89 (2005).

Cristián Conejero Roos, *Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches*, in A. J. Van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* 411 (2009).

Daniela Corchuelo Uribe, *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* (2013).

Faustino Cordón Moreno, *La prescripción de las acciones de reclamación de cantidad en concepto de tasas del arbitraje y de honorarios del árbitro,* 1(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 877 (2008).

Faustino Cordón Moreno, *El Arbitraje de Derecho Privado: Estudio Breve de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje* (2005)

Jesús Cornejo Arizmendi, *Los arbitrajes simulados a la luz del caso Orellana: ¿corrupción entre privados? Una breve reflexión,* 2016(4) Boletín Anticorrupción y Justicia Penal 14 (2016).

Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* 72 (3d ed. 1958).

Bernardo Cremades Sanz Pastor & Alicia Martín Blanco, *El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España,* 3 Spain Arbitration Rev. 5 (2008).

Marc Dal, *National report for Belgium (2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 104, 2019).

Felix Dasser & Piotr Wójtowicz, *Challenges of Swiss Arbitral Awards. Updated Statistical Data as of 2017,* 36(2) ASA Bull. 276 (2018).

Felix Dasser & Emmanuel O. Igbokwe, *Chapter III: The Award and the Courts, Efficient Drafting of the Arbitral Award: Traditional Ways Revisited – Lesson Learned from the Past?,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019* at 279 (2019).

Alfredo De Jesús O., *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina,* in F. Mantilla Espinosa & C. Pizarro Wilson (eds.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet* 213 (2008).

José María de la Jara & Julio Olórtegui, *La pandemia arbitral. Los árbitros tóxicos y la contaminación de las deliberaciones,* 51 Revista Brasileira de Arbitragem 133 (2016).

Filip De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, 12(1) Northwestern. J. of Int'l L. & Bus. 48 (1991).

Filip de Ly & Audley Sheppard, *ILA Interim Report of Res Judicata and Arbitration,* 25(1) Arbitration Int'l 35 (2009).

Filip de Ly & Audley Sheppard, *ILA Final Report of Res Judicata and Arbitration,* 25(1) Arbitration Int'l 67 (2009).

Manuel de Lorenzo, *La renuncia anticipada a la impugnación del laudo,* 27 Spain Arbitration Rev. 95 (2016).

Fernando de Trazegnies Granda, *Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia,* 12 Ius Et Veritas 115 (1996).

Carlos del Río Ferretti, *Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma,* 21(2) Revista Ius Et Praxis 161 (2015).

Jean-Louis Delvolvé, Jean Rouche & Gerald H. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration* (2009).

Andrew Denny, *Procedural fairness in competitions,* 8(4) Judicial Rev. 228 (2003).

Yves Derains & Laurence Kiffer, *National Report for France (2013 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 99, 2018).

Yves Derains & Erick A. Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration* (2005).

Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* (3d ed. 1997).

Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil* (1966).

Domenico di Pietro, *Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 85 (2009).

Hernando Díaz-Candía, *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica,* 8(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 413 (2015).

Hernando Díaz-Candía, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje* (2011).

T. Diederik de Groot, *Chapter 16: The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators,* in G. Blanke & P. Landolt, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* 568 (2011).

Antonias Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law*, 27(3) ASA Bulletin 426 (2009).

Zachary Douglas, *The Secretary to the Arbitral Tribunal,* in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 87 (2014).

Christopher R. Drahozal, *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach,* 11 The American Rev. of Int'l Arbitration 451 (2011).

Maarten Draye, *Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter III: Article 1685,* in N. Bassiri & M. Draye (eds.), *Arbitration in Belgium* 123 (2016).

Carine Dupeyron & Marco Barradas, *Note: Société Projet Pilote Garoubé v. Chambre de commerce internationale, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Arrêt n.ª 1289 FS-P+b, pourvoi n.ª m 16-22 131, 13 December 2017*, 33 Spain Arbitration Rev. 133 (2018).

Edward J. Eberle, *Procedural due process: The original understanding,* 4(2) *Constitutional Commentary*, 339 (1987)

Frédéric Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, 14(53) Revista Brasileira de Arbitragem 162 (2017 [1974]).

C. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa & Nathaniel Jedrey, *Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond* (2016).

C. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa & Ludovica Marvasi, *International arbitration agreements,* in C. F. Emanuele & M. Molfa, *Selected issues in International Arbitration* 18 (2014).

Huáscar Ezcurra, *Comentario al artículo 11,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 136 (2011).

Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal* (1992).

Aaron X. Fellmeth & Maurice Horwitz, *Guide to latin in international law* (2009).

Diego P. Fernández Arroyo, *The curious case of an arbitration with two annulment courts: comments on the YPF saga,* 33(2) Arbitration Int'l 317 (2017).

José Carlos Fernández Rozas, *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española,* 8(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 823 (2015).

José Carlos Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina* (2008).

José Carlos Fernández Rozas, *Arbitraje y justicia cautelar,* XXII Revista de la Corte Española de Arbitraje 23 (2007).

José Carlos Fernández Rozas, *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino,* in E. Picand (ed.), *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* 697 (2006).

José Carlos Fernández Rozas, *El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización,* LVII(2) Revista Española de Derecho Internacional 605 (2005).

Ana Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial* (2017).

Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld & Dietmar Czernich, *Chapter 1: General Report,* in F. Ferrari, F. J. Rosenfeld & D. Czernich (eds.), *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration* 1 (2020)

Werner Flume, *El Negocio Jurídico* (José María Miquel González & Esther Gómez Calle trans., Fundación Cultural del Notariado 1998).

Johan Paulo Fohlin, *A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations governed by the UNCITRAL Model Law,* 10(4) Asian Dispute Rev. 113 (2008).

Alejandro Follonier-Ayala, *La formación del convenio arbitral internacional en américa Latina y en Suiza,* 5 Lima Arbitration 110 (2013).

Philippe Fouchard, *Le statut de l'arbite dans la jurisprudence française*, 3 Revue de l'Arbitrage 325 (1996).

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman & John Savage, *Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration* (1999).

Morten Frank, *Arbitration 'if any' or 'to be settled': A pathological yet curable agreement to arbitrate?,* 37(4) ASA Bull. 891 (2019).

Dana Freyer, *The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration,* in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 757 (1997).

Aldo Frignani, *Drafting Arbitration Agreements,* 24(4) Arbitration Int'l 561 (2008).

Josef Fröhlingsdorf, *Anulación de un laudo arbitral por infracción del orden público al no motivarse de forma suficiente la decisión (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, n.º 49/2018, de 13 diciembre 2018),* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 219 (2018).

Mónica María Fuentes Mancipe & Iván Darío Hernández Rodríguez, *El principio de la autonomía de la voluntad contractual vs el control jurisdiccional constitucional en los laudos arbitrales*, 18(1) Revista E-Mercatoria 53 (2019).

Emmanuel Gaillard, *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice,* in A. J. van den Berg, *Arbitration: The Next Fifty Years* 66 (2012).

Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (2010).

Emmanuel Gaillard & Pierre de Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage,* 2 Cahier de l'arbitrage 263 (2011).

Francesco Galgano, *El negocio jurídico* (Francisco de P. Blasco Gascó & Lorenzo Prats Albentosa trans., Tirant lo Blanch 1992).

Johan Galtung, *Solving Conflicts: A Peace Research Pesrpective* (1989).

José Garberí Llobregat, *El recurso de anulación en la Ley de Arbitraje (consecuencias prácticas de la interpretación restrictiva de sus normas reguladoras),* 3 Aranzadi civil: revista quincenal 113 (1997).

Antonio M. García Cuadrado, *El ordenamiento constitucional* (2002).

Gonzalo García-Calderón Moreyra, *Comentario al artículo 65,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 728 (2011).

Silvia Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje* (1998).

Matthew Gearing, *Chapter 18: The Paklito Decision,* in Hong Kong International Arbitration Centre (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan* 329 (2018).

Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *UNCITRAL Model Law: Composition of the Arbitration Tribunal Re-considering the Case upon Setting Aside of the Original Arbitration Award,* 34(1) J. of Int'l Arbitration 17 (2017)

Hamid G. Gharavi, *A Nightmare called Hilmarton,* 12(9) Mealey's Int'l Arbitration Report 20 (1997).

Teresa Giovannini, *Chapter 11: Annulled International Arbitral Awards and Remand: Can/Should the Same Arbitral Tribunal Take the Case Anew? A Short Analysis from a Swiss Perspective,* in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 103 (2017).

Teresa Giovannini, *International Arbitration and Jura Novit Curia - Towards Harmonization,* in M. A. Fernández-Ballester & D. Arias Lozano (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 495 (2010).

Paul Giraud, *Cas d'ouverture du recours en annulation,* 2016(3) Revue de l'Arbitrage 877 (2016).

Daniel Girsberger & Pascal J. Ruch, *Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True*, in Stefan Michael Kröll *et al.* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* 123 (2011).

Daniel Girsberger & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* (3d ed. 2016).

Berthold Goldman, *The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective,* in *60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future* 257 (1984).

Marc Joel Goldstein, Living *(or not) with the partisan arbitrator: are there limits to deliberations secrecy?,* 32(4) Arbitration Int'l 589 (2016).

George H. Golvan, *Post Award Litigation – The Involvement of the Arbitrator*, 42 Australian Constr. L. Newsl. 8 (1995).

Miguel Gómez Jene, *International Commercial Arbitration in Spain* (2019).

Miguel Gómez Jene, *El convenio arbitral: status quo,* 9(2) Cuadernos de Derecho Transnacional 7 (2017).

Miguel Gómez Jene, *Principio de Colegialidad,* 5(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 257 (2012).

Alfonso Gomez-Acebo, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration* (2016).

Luis Gómez-Iglesias Rosón, *Iura novit curia y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España,* 9(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 45 (2016).

Carlos Gónzález-Bueno, *Spanish Arbitration Act, Article 40 [Action to have the arbitral award set aside],* in C. González-Bueno (ed.), *The Spanish Arbitration Act: A Commentary* 245 (2016)

Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 22 [Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 393 (2014).

Carlos González-Bueno, *Ley de Arbitraje, Artículo 23 [Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 415 (2014).

Julio César González Arango & Juan Guillermo Mendoza Gómez, *El concepto de «orden público internacional» en Colombia: algunos desafíos y retos en la jurisdicción,* 47 Revista Brasileira de Arbitragem 97 (2015).

Francisco González de Cossío, *National report for Mexico (2018 through 2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 105, 2019).

Francisco González de Cossío, *La Finalidad de los Laudos en México - Reflexión y Propuesta sobre un Caso Reciente,* 31 Spain Arbitration Rev. 93 (2018).

Francisco González de Cossío, *Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach,* 32(1) Arbitration Int'l 17 (2015).

Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (4th ed. 2014).

Francisco González de Cossío, *El Prurito del Perito,* 41 Revista Brasileira de Arbitragem 100 (2014).

Francisco González de Cossío, *Terceros y arbitraje. El que toma el botín, toma la carga*, 5 Lima Arbitration 92 (2013).

Francisco González de Cossío, *Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Un ejercicio del balance químico,* VIII Anuario Mexicano de Derecho Internacional 509 (2008).

James A. Graham, *La Figura Mexicana del Amparo en Materia de Ejecución de Laudos Arbitrales*, 1(4) Revista Brasileira de Arbitragem 100 (2004).

Thomas C. Grey, *Procedural fairness and substantive rights,* 18 Nomos 182 (1977).

Juan Carlos Guerrero Valle, *El orden público y el arbitraje en el Derecho mexicano. Avance, retroceso o redefinición de límites y consecuencias - Amparo directo 71/2014,* 11(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 861 (2018).

Julio Guzmán Jordán, *Recurso de protección y resoluciones judiciales*, CAM Santiago (sin fecha),
http://www.camsantiago.cl/articulos_online/37_RECURSOSPROTECCION.pdf

Roland Halvorsen, *Sweden,* in E. Gaillard (ed.), *The Review of International Arbitral Awards* 145 (2010).

Anne-Catherine Hann, *Chapter III: The Award and the Courts, Res Judicata as a Challenge for Arbitral Tribunals,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014,* at 329 (2014).

Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue – A comparative Study* (2d ed., 2020).

Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* (2006).

Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996 – A commentary* (4th ed. 2003).

Rebecca K. Helm, Andrew J. Wirstrich & Jeffrey J. Rachlinski, *Are Arbitrators Human?,* 13(4) J. of Empirical Studies 666 (2016).

Clifford J. Hendel & María Antonia Pérez Nogales, Chapter 12: *Enforcement of Annulled Awards: Differences Between Jurisdictions and Recent Interpretations*, in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 187 (2019)

Marc Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre* (2001).

Hernando Herrera Mercado, *La impugnación de los laudos arbitrales* (2014)

Aída Patricia Hernández Silva, *Recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. Aspectos generales,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 21 (2016).

Aída Patricia Hernández Silva, *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 103 (2016).

Adalberto Eduardo Herrera González, *El arbitraje y su interacción con el juicio de amparo,* 10 Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial 71 (2002).

Mark C. Hilgard, *Arbitrators' Duties of Confidentiality,* 5 Y'book on Int'l Arbitration 49 (2017).

Jonathan Hill, *Claims that an arbitral tribunal failed to deal with an issue: the setting aside of awards under the Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 34(3) Arbitration Int'l. 385 (2018).

Jonathan Hill, *The Exercise of Judicial Discretion in Relation to Applications to Enforce Arbitral Awards under the New York Convention 1958,* 36(2) Oxford J. of Legal Studies 304 (2016).

Rafael Hinojosa Segovia, *El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión,* 12(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 135 (2019).

Rafael Hinojosa Segovia, *La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 11(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 203 (2018).

Rafael Hinojosa Segovia, *Sobre la legitimación del árbitro y de las instituciones arbitrales en el proceso de anulación,* 9(3) Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones 839 (2016).

Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary* (1989).

Howard M. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus, Edda Kristjansdottir & Thomas W. Walsh, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (2015).

Günther J. Horvath, *What Weight Should be given to the Annulment of an Award under the Lex Arbitri?,* 26(2) J. of Int'l Arbitration 249 (2009).

Günther J. Horvath, *The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award,* 18(2) J. of Int'l Arbitration 135 (2001).

Sergio Huidobro Corbett, *Reflexiones sobre Algunas Similitudes y Diferencias entre las Leyes de Arbitraje Internacional Española y Chilena*, II(6) Revista Brasileira de Arbitragem 75 (2005).

Michael Hwang, *Commercial courts and international arbitration—competitors or partners?,* 31(2) Arbitration Int'l 193 (2015).

Michael Hwang, Katie Chung & Fong Lee Cheng, *Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties,* in A. W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2007* 225 (2008).

IBA, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention* (2015).

ICCA, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* (2011).

Stuart Isaacs, *Chapter 22: Life after Death: The Arbitral Tribunal's Role Following Its Final Award,* in N. Kaplan & M. J. Moser (eds.), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* 357 (2018).

Nadja Jaisli Kull & Andrea Roth, *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Challenging Arbitrators for Lack of Independence or Impartiality: Procedural Pitfalls from a Swiss Perspective*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019,* at 223 (2019).

Andrés Jana, *National Report for Chile (2010 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 98, 2018).

Andrés Jana L., *International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities,* 32(4) J. of Int'l Arbitration 413 (2015).

Charles Jarroson, *La notion d'arbitrage* (1987).

Sigvard Hakan Ludvig Jarvin, *Note - Cour D'Appel de Paris (1re Ch. C) 7 juillet 1994 - Uzinexportimport Romanian Co v. Attock Cement Co,* 1995(1) Revue de l'Arbitrage 107 (1995).

J. Ole Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration* (2019).

Gonzalo Jiménez-Blanco, *Arbitraje y corrupción,* 9(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 191 (2016).

Rishabh Jogani, *The Role of National Courts in the Post-arbitral Process: The Possible Issues with the Enforcement of a Set-aside Award,* 81(3) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 254 (2015).

Alexander Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement,* 72 Arbitration 329 (2006).

Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow* (2011).

Pierre A. Karrer, *Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?,* in G. Asken *et al.* (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner* 429 (2005).

Pierre A. Karrer, *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story* 97 (2001).

Pierre A. Karrer & C. Kälin-Nauer, *Is there a Favor Iurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland,* 13(3) J. of Int'l Arbitration 31 (1996).

Michael Kerr, *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law,* 34(1) The Int'l and Comparative L. Quarterly 1 (1985).

Catherine Kessedjian, *Transnational Public Policy,* in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 857 (2007).

Thomas R. Klötzel & Karl Pörnbacher, *Article 40 [Remission to the Arbitral Tribunal]*, in *Handbook Vienna Rules: A Practitioner's Guide* 233 (2014).

Marte W. Knigge & Pauline L. F. Ribbers, *Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?,* 34(5) J. of Int'l Arbitration 775 (2017).

Christian W Konrad & Philipp A Peters, *Austria,* in J. W. Rowley QC (ed.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* 170 (2019).

Charles T. Kotuby Jr. & Luke A. Sobota, *General principles of law and international due process* (2017).

Nora Krausz, *Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6*, 28(2) J. of Int'l Arbitration 137 (2011).

Stefan Michael Kröll, *National Report for Germany (2007 through 2018)* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 98, 2018).

Stefan Kröll, *The 'incapable of being performed exception in Article II(3) of the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 323 (2008).

Stefan Kröll, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction,* 20(1) Arbitration Int'l. 55 (2004).

Stefan Michael Kröll & Peter Kraft, *Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside,* in P. Nacimiento, S. Kröll & K. Böckstiegel (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* 383 (2d ed. 2015).

Catherine Anne Kunz, *Revision of Arbitral Awards in Switzerland: An Extraordinary Tool or Simply a Popular Chimera? A Review of Decisions Rendered by the Swiss Supreme Court on Revision Requests over the Period 2009-2019*, 38(1) ASA Bull. 6 (2020).

Catherine A. Kunz, *Waiver of the right to challenge an international arbitral award is not incompatible with ECHR: Tabbane v Switzerland*, 5(1) European Int'l Arbitration Rev. 125 (2016).

Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* (2010).

Matti S. Kurkela, *Criminal laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not,* 26(2) ASA Bull. 280 (2008).

Detlev Kühner, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany,* 31(6) J. of Int'l Arbitration 807 (2014).

Javier La Rosa & Gino Rivas, *Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución* (2018).

Pierre Lalive, *Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse,* 112 La semaine judiciare 362 (1990).

Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration,* in P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* 258 (1987).

Carolyn B. Lamm & Jeremy K. Sharpe, *Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention*, in E. Gaillard & D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards: The New York Convention in Practice* 297 (2008)

Toby Thomas Landau, *The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When «Written» Means «Oral»,* in A. J van den Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 19 (2003).

Jorge Larrocau Torres, *Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema,* 30(1) Revista de Derecho (Valdivia) 311 (2017).

Marianella Ledesma Narváez, *Arbitraje y Jurisdicción* (2010).

Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil* (2008).

Leysser León, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos* (2019).

Julian D.M Lew, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration,* 22(2) Arbitration Int'l 179, 179-203 (2006).

Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003).

Song Lianbin, Hui Lin & Helena Hsi-Chia Chen, *Annual Review on Commercial Arbitration in China (2017)*, in *Commercial*

Dispute Resolution in China: An Annual Review and Preview (2017) 1, 36 (2017).

Álvaro López de Argumedo Piñeiro & Patricia Roger, *Interpretation and Application of the New York Convention in Spain,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 855 (2017).

Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1994).

R. A. Macdonald, *A Theory of Procedural Fairness,* 1 Windsor Y'book of Access to Just. 3 (1981).

Annette Magnusson, *National report for Sweden (2020),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 110, 2020).

Jonathan Mance, *Arbitration: a Law unto itself?,* 32(2) Arbitration Int'l 223 (2016).

Anna P. Mantakou, *Chapter 13 - Arbitrability and Intellectual Property Disputes*, in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 263 (2009).

Fernando Mantilla-Serrano, *Towards a Transnational Procedural Public Policy,* 20(4) Arbitration Int'l 333 (2004).

Giacomo Marchisio, *The notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law and the UNCITRAL Model Law* (2017).

Giacomo Marchisio, *Jurisdictional Matters in International Arbitration: Why Arbitrators Stand on an Equal Footing with State Courts,* 31(4) J. of Int'l Arbitration 455, 466 (2014).

Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* (2015).

Juan Carlos Marín González & Rolando García Mirón, *El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional,* 24(1) Revista de Derecho 117 (2011).

Pedro J. Martínez-Fraga, *Adán, ¿No te apetece dar un segundo mordisco a la manzana?: Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (res judicata) en el arbitraje comercial y de inversiones,* 5(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 357 (2012).

Carl Ulrich Mayer, *Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss Private International Law Act,* 17(2) ASA Bull. 191, 199-200 (1999).

Pierre Mayer & Audley Sheppard, *Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,* 19(2) Arbitration Int'l 249 (2003).

Simon Maynard, *Laying the fourth arbitrator to rest: re-evaluating the regulation of arbitral secretaries,* 34(2) Arbitration Int'l 173 (2018).

Andrea Meier, *Assistance to the Tribunal: an Overview,* in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 77 (2014).

Gerard J. Meijer & Marike R. P. Paulsson, *National Report for the Netherlands (2012 through 2014),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 109, 2020).

Martín Mejorada Chauca, *Comentario al artículo 66,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 740 (2011).

Elina Mereminskaya, *Reconocimiento de un laudo arbitral extranjero sujeto a proceso de anulación: comentarios a la decisión de la Corte Suprema de Chile,* 26 Revista de Arbitragem e Mediação 329 (2010).

Elina Mereminskaya, *La relación entre arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada,* 17 Revista Foro de Derecho Mercantil 121 (2007).

Elina Mereminskaya, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía,* in J. E. Vargas Viancos & F. J. Gorjón Gómez (coords.), *Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica* 97 (2006).

José Fernando Merino Merchán, *Principio dispositivo y acción de anulación,* 10(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 783 (2017).

José Fernando Merino Merchán, *Ley de Arbitraje, Artículo 2 [Materias objeto de arbitraje]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 43 (2014).

Jean-Baptiste Meyrier, *Note: Société Pirelli & Cie Spa v. Société Licensing Projects et autres, Supreme Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Arrêt no 392 FS-P+B+I, pourvoi no N 11-27.770, 28 March 2013,* 19 Spain Arbitration Rev. 119 (2014).

Roman Mikhailovich Khodykin, Chapter 16: National Court Review of Arbitration Awards: Where Do We Go From Here?, in S. Brekoulakis, J. D. M. Lew & L. Mistelis, *The Evolution and Future of International Arbitration* 269 (2016).

Carlos O. Miranda Contreras, *Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia*, 40 Revista Con-texto 87 (2013).

Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo & Silvia Barona Villar, *Derecho jurisdiccional* (2001).

Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil* (1996).

Juan Monroy Gálvez, *Los principios procesales en el Código Procesal Civil peruano,* 25 Themis 35 (1993).

Pablo Moreno Cruz & Marcela Rodríguez Mejía, *Juez de tutela, laudo arbitral y recurso de anulación: entre intangibilidad y tangibilidad de las providencias,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 411 (2016).

Margaret L. Moses, *Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 169 (2019).

Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2d ed. 2012).

Margaret L. Moses, *Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards*, 20(3) J. of Int'l Arbitration 315 (2003).

Alexis Mourre, *Chapter 1: Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives,* in G. Blanke & P. Landolt, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* 3 (2011).

Alexis Mourre, *A propos de trois arrêts récents : quelques questions sur le contrôle de la compétence de l'arbitre, notamment dans l'arbitrage institutionnel,* in S. Bros & B. Mallet-Bricout (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet* 371 (2009).

Alexis Mourre, *Chapter 11 - Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal*, in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 207 (2009).

Juan Pablo Moyano, *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement,* 34(4) J. of Int'l Arbitration 631 (2017).

Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, *Comentario de la Ley de Arbitraje* (2006).

José Hernán Muriel-Ciceri, *Aspectos de la nueva Ley de arbitraje en Colombia,* 5(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 803 (2012).

José Hernán Muriel-Ciceri, *Protección efectiva de derechos a la luz de la normatividad colombiana de arbitraje,* 3(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 747 (2010).

Patricia Nacimiento, Article V(1)(a), in H. Kronke *et al.*, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 205 (2010).

Patricia Nacimiento, *Article V(1)(d),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 281 (2010).

Karyl Nairn, *National Report for England & Wales (2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 107, 2019).

Enrique Navarro Beltrán, *Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad,* 72 Revista de Derecho Público 265 (2010).

J. M. Nelissen Grade, *The Annulment of Arbitral Awards in Belgium*, 5(11) Int'l Fin. L. Rev. 35 (1986).

Sebastiano Nessi, *Expert Witness: Role and Independence,* in C. Müller, S. Besson & A. Rigozzi (eds.), *New Developments in International Comercial Arbitration 2016* 71 (2016).

Humberto Nogueira Alcalá, *El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano*, 13(1) Revista Ius Et Praxis 75 (2007).

P. E. Nogueira & R. Cavani (eds.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (2015)

Fabio Núñez del Prado, *El recurso de anulación de laudo y el derecho a patalear,* 71 Themis 13 (2017).

Xavier Nyssen & Samantha Nataf, *L'infra petita dans les sentences rendues en matière d'arbitrage international,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 783 (2010).

Yoshimi Ohara & John Lane, *Allocation of Competence Between a National Court and an Arbitral Tribunal: Striking a Balance Between Efficiency and Legitimacy of Arbitration – Asian Perspectives,* in J. E. Kalicki M. Abdel Raouf (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration* 361 (2019).

Veit Öhlberger & Jarred Pinkston, *Chapter II*: *The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive*

Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016* at 101 (2012).

ONU, *Comentario General 32 de la ONU sobre el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos* (2007).

Victoria Orlowski, *Chapter 22: FAA Section 10 Applications to Vacate an Award (Including «Manifest Disregard»)*, in L. Shore *et al., International Arbitration in the United States* 503 (2017).

Manuel Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil* (8th ed. 2008).

Heltmut Ortner & Yoanna Schuch, *Chapter III: The Award and the Courts, How to apply the applicable Law in International Arbitration*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* 197 (2017).

Felipe Osterling Parodi & Alfonso Rebaza González, *Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos,* in *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains* 1303 (2013).

Michael Ostrove, James Carter & Ben Sanderson, *Awards: Challenges,* in J. W. Rowley QC (ed.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* 22 (2019).

Margit E. Oswald & Stefan Grosjean, *Confirmation Bias* in R. F. Pohl (ed.), *Cognitive Illusions. A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgment and Memory* 79 (2014).

Dirk Otto & Omaia Elwan, *Article V(2),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 345 (2010).

José Ovalle Favela, *Los medios de impugnación en el Código Procesal Civil del Distrito Federal,* 105 Revista de la Facultad de Derecho de México 299 (1977).

Enrique Palacios Pareja, *Comentario al artículo 29,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 356 (2011).

William W. Park, *Chapter 10 – Arbitrability and Tax*, in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 179 (2009).

William W. Park, *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent,* 46(3) San Diego L. Rev. 629 (2009).

William W. Park, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction, I. Introduction: The Limits of Language*, in A. J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basis?* 55 (2007).

Constantine Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration,* 18(2) Arbitration Int'l 147 (2002).

Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* (2016).

Jan Paulsson, *The idea of arbitration* (2013).

Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA),* 9(1) ICC International Court of Arbitration Bull. 14 (1998).

Jan Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin,* 30 International and Comparative L. Quarterly 358 (1981).

Jan Paulsson, Nigel Rawding & Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts* (3d ed. 2010).

Fernando Pérez Lozada, *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality,* 27 Spain Arbitration Rev. 71 (2016).

Daniel Pi, Francesco Parisi & Barbara Luppi, *Biasing, Debiasing and the Law,* in E. Zamir & D. Teichman (eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* 143 (2014).

María del Pilar Perales Viscasillas, *Sobre la posible retroacción del laudo anulado y la dispar jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia,* 25 Spain Arbitration Rev. 125 (2016).

Pilar Perales Viscasillas, *Chapter 14 - Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes,* in L. A. Mistelis & S. L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* 273 (2009).

María del Pilar Perales Viscasillas, *Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York,* 1(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 363 (2008).

Mónica-Galdana Pérez Morales, *Cómputo del plazo de la acción de anulación del laudo,* 2(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 520 (2009).

Leonel Pereznieto Castro, *Las recientes decisiones judiciales sobre el arbitraje en México,* 9(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547 (2016).

Maximilian Pika, *Third-Party Effects of Arbitral Awards: Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Effects* (2019).

Andrea Pinna, *L'Annulation d'une sentence arbitrale partielle,* 2008(4) Revue de l'Arbitrage 615 (2008).

Jens Hillebrand Pohl, *The Right to Be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard - Due Process, Transparency and the Rule of Law,* 6 CERiM Online Paper 1, 9 (2018),
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192858

Michael Polkinghorne & Charles B. Rosenberg, *The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard,* IBANET (March 5, 2015),
https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=987d1cfc-3bc2-48d3-959e-e18d7935f542#_ftnref26

Nicola Christine Port, Scott Ethan Bowers & Bethany Davis Noll, *Article V(1)(c),* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 257 (2010).

Nicola Christine Port, Jessica R. Simonoff & Scott Ethan Bowers, *Article VI,* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 415 (2010).

Ramiro Portocarrero Lanatta, *La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje,* 46 Themis 365 (2003).

Giovanni F. Priori Posada, *El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC,* 2 Arbitraje PUCP 26 (2012).

Giovanni Priori Posada, *El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal,* 30 Derecho y Sociedad, 325 (2008).

Michael Pryles, *Chapter 3: When Is an Arbitration Agreement Waived? (Third Kaplan Lecture, 9 December 2009),* in Hong Kong International Arbitration Centre (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan* 79 (2018).

Queen Mary University of London, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* (2015).

Marcos Quiroz Gutiérrez, *Inexistencia, invalidez e inoponibilidad del pacto arbitral,* in R. Bejarano Guzmán, A. P. Hernández Silva & P. Moreno Cruz (eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* 55 (2016).

Jean-Babtiste Racine, *La sentence d'incompétence,* 2010(4) Revue de l'Arbitrage 729 (2010).

Sundra Rajoo, *§3.02: Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: [G] Experiences from South-East Asian Legal Systems,* in G. J. Horvath & S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration* 207 (2013).

Alan Scott Rau, *Understanding (and Misunderstanding) «Primary Jurisdiction»,* 21 The American Rev. of Int'l Arbitration 47 (2010).

Lucy Reed, *Ab(use) of due process: sword vs shield,* 33(3) Arbitration Int'l 361 (2017).

Mario Reggiardo Saavedra, *Una revisión funcional al recurso de anulación en el Perú,* 1 Forseti 145 (2014).

Mario Reggiardo Saavedra, *Encuentros y desencuentros de la jurisdicción,* 20 Ius Et Veritas 237 (2000).

Mario Reggiardo & Eduardo Dibós, *Las Reglas de Praga no son tan malas como parecen,* 10 Forseti 7 (2019).

Mary Reilly, *The Court's Power to Invade the Arbitrators' Deliberation Chamber,* 9(3) J. of Int'l Arbitration 27 (1992).

Jesús Remón, *Orden público y acción de anulación,* in M. J. Menéndez Arias (coord.), *Anuario de Arbitraje 2017* at 407 (2017).

Jesús Remón Peñalver, *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público,* 1 Spain Arbitration Rev. 115 (2008).

Daniel Restrepo-Soto, *La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje,* 5(1) EAFIT J. of Int'l L. 63 (2014).

Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (Editorial), *En torno a la nulidad del laudo por insuficiencia de motivación,* 10(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 657 (2017).

Juan Felipe Riachi Sanabria, *La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia,* 56 Revista de Derecho Privado 4 (2016).

Ignacio Ried Undurraga, *El Recurso de Protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta*

a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 13(1) Estudios Constitucionales 271 (2015).

Stefan Riegler, *Chapter III: The Award and the Courts: Remission of the Case from the State Court to the Arbitral Tribunal,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* 231 (2012).

Gino Rivas Caso, *La motivación de las decisiones arbitrales* (2017).

Gino Rivas Caso, *El laudo arbitral,* in *Manual de Arbitraje en Contratación Pública. Segunda Parte* 31(2019).

Julio César Rivera, *Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los derechos de Argentina y España,* 38 Spain Arbitration Rev. 31 (2020).

Marcela Rodríguez Mejía, *Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012,* 23 Revista de Derecho Privado 379 (2012).

Fernando Rodríguez Prieto, *Ley de Arbitraje, Artículo 9 [Forma y contenido del convenio arbitral],* in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 157 (2014).

Stephen C. Rogers, *Can Tripartite Arbitration Panels Reach Fair Results?*, 8(1) Disp. Resol. Mag. 27 (2001).

Boris Romanovich Karabelnikov, *National Report for Russian Federation (2020),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 110, 2020).

Alejandro Romero S. & José Ignacio Díaz V., *El arbitraje interno y comercial (parte general)* (2d ed. 2016).

Alison Ross, *Valasek wrote Yukos awards, says linguistic expert* (October 20, 2015),
https://globalarbitrationreview.com/article/1034846/valasek-wrote-yukos-awards-says-linguistics-expert

José Rosell, *La redacción del laudo por el secretario del tribunal: Opiniones contrastadas,* 38 Spain Arbitration Rev. 9 (2020).

Mauro Rubino-Sammartano, *Chapter III: The Award and the Courts, Can a «May» Become a «Must»? (The New York Convention 1958 revisited),* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020,* at 333 (2020).

Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice* (3d ed. 2014).

Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice* (2001).

Roger Rubio, *Comentario al artículo 40*, in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 454 (2011)

Roger Rubio, *Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones,* 53 Themis 7 (2007).

José Ángel Rueda García & Marco Vedovatti, *The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul an award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland),* 26 Spain Arbitration Rev. 87 (2016).

Aníbal Sabater & Lídia Rezende, *Chapter 2: An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention,* in K. Fach Gómez y A. M. López Rodríguez, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* 19 (2019).

Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law,* 39(1) The American J. of Comparative L. 1 (1991).

Klaus Sach & Tom Christopher Pröstler, *Chapter 28: Time Limits in International Arbitral Proceedings*, in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 279 (2017).

Alicia Bernardo San José, *Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad,* 1(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 115 (2008).

Sixto Sánchez Lorenzo, *Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional*, 11(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 659 (2018).

Pieter Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,* 6(1) Netherlands Int'l L. Rev. 43 (1959).

Maxi Scherer, *The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage*, 32(3) Arbitration Int'l 437 (2016).

Peter Schlosser, *Right and Remedy in Common Law Arbitration and in German Arbitration Law,* 4(1) J. of Int'l. Arbitration 27 (1987).

Patrik Schöldström, *Chapter 6 The Arbitrators* in U. Franke *et al.* (eds.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide* 115 (2013).

Dorothee Schramm, Elliot Geisinger & Philippe Pinsolle, *Article II,* in H. Kronke *et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* 37 (2010).

Eric Schwarz, *A Comment on Chromalloy. Hilmarton à l'américaine,* 14(2) J. of Int'l Arbitration 125 (1997).

Franz T. Schwarz & Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* (2009).

Stephen M. Schwebel & Susan G. Lahne, *Public policy and arbitral procedure,* in P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* 205 (1987).

María Luisa Segoviano Astaburuaga, *Comentarios al artículo 42,* in V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje* 665 (2004).

Amartya Sen, *Inequality reexamined* (1992).

Flora Sepúlveda Rivas & Hector Oberg Yañez, *El recurso de queja,* 196 Revista de Derecho - Universidad de Concepción 7 (1994).

Reyadh Seyadi, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled by the Court of the Seat,* 84(2) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 128 (2018).

Jeremy K. Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence,* 22(4) Arbitration Int'l 549 (2006).

Athanassios V. Skontzos, *The burden and standard of proof in model international procedural law: dealing with the burden and standard of proof in international disputes*, 23(3-4) Uniform L. Rev. 569 (2018).

Audley William Sheppard, *Chapter 8. Res Judicata and Estoppel,* in B. Cremades Sanz Pastor & Julian D. M. Lew, *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* 219 (2005).

Julio Sigüenza López, *La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos,* 2(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 221 (2009).

Jorge Santistevan de Noriega, *Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral,* 37 Ius Et Veritas 38 (2008).

Hans Smit, *Manifest Disregard of the Law in the New York Court of Appeals,* 15(2) The American Rev. of Int'l Arbitration 315 (2004).

Murray L. Smith, *Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator,* 6(4) Arbitration Int'l 320 (1990)

Carlos A. Soto Coaguila, *Comentario al artículo 13,* in A. Bullard & C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* 148 (2011).

James Jacob Spigelman, *The Centrality of Contractual Interpretation: A Comparative Perspective,* 81(3) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 234 (2015).

Marcel Storme, *Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration*, 14(8) Int'l Bus. Lawyer 294 (1986).

S. I. Strong, *Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy,* 37(1) Michigan J. of Int'l L. 1 (2015).

José Manuel Suárez Robledano, *La más reciente doctrina jurisprudencial sobre arbitraje de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,* 5(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 655 (2012).

Cass R. Sunstein, *Two Conceptions of Procedural Fairness,* 73(2) Social Research 619 (2006).

Mohamed Sweify, *Criminal Sanctions Targeting Arbitrators: An Egyptian Perspective,* in 11(1) Int'l J. of Arab Arbitration 69 (2019).

Jingzhou Tao, *Chapter 33: Deliberations of Arbitrators,* in P. L. Shaughnessy & S. Tung (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* 349 (2017).

Michelle Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* (Lorenzo Córdova Vianello trans., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) 2006).

Jean-Marie Tchakoua, *Le Statut De La Sentence Arbitrale D'Accord Parties: Les Limites D'Un Deguisement Bien Utile*, 2002(7) Int'l Bus. L. J. 775 (2002).

Manu Thadikkaran, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?,* 31(5) J. of Int'l Arbitration 575 (2014).

François Xavier Train, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli),* 2012(2) Revue de l'Arbitrage 267 (2012).

Jørgen Trolle, *National Report for Denmark (1980),* 5 Y'book Commercial Arbitration 28 (1980).

Ray Turner, *Arbitration Awards. A practical approach* (2005).

Andrew Tweeddale & Keren Tweedale, *Cutting the Gordian Knot: Enforcing Awards where an Application Has Been Made to Set Aside the Award at the Seat of the Arbitration,* 81(2) Arbitration: The Int'l J. of Arbitration, Mediation and Dispute Management 137 (2015).

Ricardo Ugarte & Thomas Belivacqua, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions,* 27(1) J. of Int'l Arbitration 9 (2010).

Inan Uluc, *Corruption in International Arbitration* (2016).

UNCITRAL, *Dig. of Case Law* (2012).

UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission of International Trade Law on the work of its eighteenth session, Supplement 17 (A/40/17)* (1985).

Alan Uzelac, *National Report for Croatia (2020),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1 (Supplement 109, 2020).

Luis Octavio Vado Grajales, *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos,* in D. Cienfuegos Salgado & M. C. Macías Vásquez (eds.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano* 369 (2006).

Albert Jan van den Berg, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?,* 29(2) ICSID Review 263 (2014).

Albert Jan van den Berg, *Enforcement of annulled awards?,* 9(2) ICC International Court of Arbitration Bull. 15 (1998).

Albert Jan van den Berg, *Annulment of awards in international arbitration,* in R. Lillich & C. Brower (eds.), *International arbitration in the 21ST century: towards «judicialization» and uniformity?* 133 (1993).

Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981).

María Fernanda Vásquez Palma, *Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia Chilena,* 136 Vniversitas 1 (2018).

María Fernanda Vásquez Palma, *Inejecutabilidad de un laudo arbitral comercial internacional anulado por un Estado sede: estado de la cuestión en Chile,* 19(1) Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 451 (2012)

María Fernanda Vásquez Palma, *Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible,* 38(2) Revista Chilena de Derecho 349 (2011).

María Fernanda Vásquez Palma, *Arbitraje en el derecho chileno doméstico: la reforma que falta,* 2 Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje 1 (2010).

María Fernanda Vásquez Palma, *La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno*, 12(1) Revista Ius et Praxis 181 (2006).

María Fernanda Vásquez Palma & Jordi Delgado Castro, *El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno,* 45 Revista Derecho del Estado 187 (2020).

Werner Vega Trapero, *Consideraciones acerca del arbitraje en materia sucesoria,* 1(2) Ius Ibero 13 (2012).

Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso* (1984).

Simon Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* (2014).

Nathalie Voser, *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties*, in A. J. Van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* 343 (2009).

Nathalie Voser & Julie Raneda, *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution,* 33(4) ASA Bull. 742 (2015).

Claus von Wobeser, *Interpretation and Application of the New York Convention in Mexico,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 677 (2017).

Gerhard Wagner, *Impecunious Parties and Arbitration Agreements,* 1(5) SchiedsVZ 206 (2003).

Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (2012).

Gretta Walters, *Fitting a Square Peg into a Round Hole: Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?,* 29(6) J. of Int'l Arbitration 651 (2012).

Barbara Alicja Warwas, *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses* (2017).

Urs Weber-Stecher, *Chapter 2. Principles of Good Governance and Organization of Arbitral Institutions,* in P. Habegger *et al.* (eds.), *Arbitral Institutions under Scrutiny – ASA Special Series n.º 40* 37 (2013).

Thomas H. Webster, *Functus Officio and Remand in International Arbitration,* 27(3) ASA Bulletin 441 (2009).

Thomas H. Webster, *Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings,* 23(3) J. of Int'l Arbitration 201 (2006).

Irene Welser & Gregor Klammer, *Chapter I: The Arbitration Agreement, Unilateral Arbitration Clauses*, in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2018* at 3, 19 (2018).

Michael Wietzorek, *Chapter III: The Award and the Courts, Agreements on an Expanded Judicial Review of Arbitral Awards,* in C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014,* at 343 (2014).

Markus Wirth *et al. Conflict in the Deliberations: Dealing with Bias and Obstruction*, in B. Berger & M. E. Schneider (eds.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions* 39 (2014).

Andrzej W. Wisniewski, *National Report for Poland (2019),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* 1, 68 (Supplement 108, 2019)

Reinmar Wolff, *Party Autonomy to Agree on Non-Final Arbitration?,* 26(3) ASA Bull. 626 (2008).

David Wolfson & Susanna Charlwood, *Chapter 25: Challenges to Arbitration Awards,* in J. David *et al., Arbitration in England* 527 (2013)

Julio M. Wong Abad, *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo* (2013).

Jerzy Wróblewski, *Legal decision and its justification,* 14 Logique et Analyse 409 (1971).

Shi Xianming, *Amlon Dilemma: Another Hilmarton Nightmare in International Commercial Arbitration,* 10(3) Canada Social Sci. 29 (2014).

Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 40 [Acción de anulación del laudo]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 789 (2014).

Juan Antonio Xiol Ríos, *Ley de Arbitraje, Artículo 43 [Cosa juzgada y revisión de laudos]*, in C. González-Bueno (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* 863 (2014).

Alex Ye, *The Good Faith Principle in the Context of the Enforcement of New York Convention Awards: An Analysis of Hong Kong's Position in Light of the Apparently Conflicting Court Decisions*, 36(3) J. of Int'l Arbitration 361 (2019).

Eduardo Zuleta Jaramillo, *National report for Colombia (2014 through 2018),* in L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commmercial Arbitration* 1 (Supplement 99, 2018).

Eduardo Zuleta & Rafael Rincón, *Interpretation and Application of the New York Convention in Colombia,* in G. A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* 219 (2017)

Jurisprudencia

Alemania

Bundesgerichtshof, 3 ZB 44/01, de 6 de junio de 2002.

Bundesgerichtshof, ZB 7/06, sentencia de 1 de marzo de 2007 (Disponible en 25(4) ASA Bull. 810 (2007).

Bundesgerichtshof, decisión de 15 de mayo de 1986 (Resumen en 12 Y'book Commercial Arbitration 489 (1987)).

Oberlandesgericht Karlsruhe, sentencia de 4 de enero de 2012 (Resumen en 38 Y'book Commercial Arbitration 379 (2013)).

Oberlandesgericht Frankfurt, decisión de 17 de febrero de 2011 (Resumen en 11(1) SchiedsVZ 49 (2013)).

Oberlandesgericht Hamburg, decisión de 3 de abril de 1975. Resumen en 2 Y'book Commercial Arbitration 241 (1977)

Argentina

Cámara Contencioso-Administrativo Federal, caso 41.255/2013/1/RH1 y 41.255/2013/CA1, sentencia de 7 de octubre de 2014.

Australia

Toyo Engineering Corp v John Holland Pty Ltd, [2000] VSC 553.

Mitchell Water Australia Pty Ltd v. McConnell Dowell Constructors (Aust) Pty Ltd, [2018] VSC 753.

Bélgica

Corte Constitucional, decisión del 16 de febrero de 2017, caso 21/2017.

Corte de primera instancia de Bruselas, decisión del 23 de febrero de 2017, caso 2015/7647/A (Resumen en Maarten Draye, *Asbl L. v. Asbl C., Court of First Instance Brussels, Case n.º 2015/7647/A, 23 February 2017 (A reason is a reason and a time limit a time limit Or is it? – The arbitral tribunal's duty to provide reasons and abide by applicable time limits to render its award),* 2017(1) b-Arbitra 119 (2017)).

Canadá

Uber Technologies Inc. v. Heller, [2020] SCC 16.

Holding Tusculum, B.V. v. Louis Dreyfus, S.A.S., [2008] QCCS 5904

Dalimpex Ltd. v. Janicki, [2003] 64 Ontario Reports (3d) 737.

The United Mexican States v. Metalclad Corporation, [2001] BCSC 1529.

Chile

Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia del 25 de agosto de 2004, Rol 420.

Corte Suprema, decisión de 5 de octubre de 2016, n.º 55.038-16.

Corte Suprema, sentencia de 24 de julio de 2014, Rol 16988-2013.

Corte Suprema, sentencia de 30 de abril de 2014, Rol 8699-2014.

Corte Suprema, sentencia de 16 de septiembre de 2011 (Rol 8166-2011),

Corte Suprema, sentencia de 8 de septiembre de 2011 (Rol 4390-10).

Corte Suprema, sentencia de 28 de julio de 2009 (Rol 2601-09).

Corte de Apelaciones de Santiago, decisión de 28 de enero de 2019, Rol 613-2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28 de junio de 2016 (Rol 11446-2015) (Disponible en II(2) Revista Chilena de Derecho Internacional Privado 104 (2016)).

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de diciembre de 2013, Número protección 100.153-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de julio de 2012, Rol 4902-2012.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de enero de 2012, Rol 1971-2012.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de julio de 2010, Rol 2363-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de junio de 2002.

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 23 de agosto de 2000, Rol 172-2000.

Colombia

Corte Constitucional, Sentencia T-354/19, de 6 de agosto de 2019.

Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, de 14 de marzo de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-572A/14, 30 de julio de 2014.

Corte Constitucional, Sentencia T-790/10, de 1 de octubre de 2010.

Corte Constitucional, Sentencia T-058/09, 2 de febrero de 2009,
https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-058-09.htm

Corte Constitucional, Sentencia C-590/05, de 8 de junio de 2005.

Corte Constitucional, Sentencia T-315/05, de 1 de abril de 2005.

Corte Constitucional, Sentencia T-920/04, de 23 de septiembre de 2004.

Corte Suprema de Colombia, Sentencia de casación civil de 24 de junio de 2016,
http://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=3709

Corte Suprema de Colombia, Sentencia de casación civil de 27 de julio de 2011, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Petrotesting%20Colombia%20SA%20&%20Southeast%20Investment%20Corp%20(Petrotesting)%20v%20Ross%20Energy%20SA.pdf

Consejo de Estado, expediente 52556, sentencia de 13 de abril de 2015.

Consejo de Estado, expediente 37082, sentencia de 11 de agosto de 2011.

Consejo de Estado, expediente 38621, sentencia de 21 de febrero de 2011.

Consejo de Estado, expediente 37788, sentencia de 31 de enero de 2011.

Consejo de Estado, expediente 36838, sentencia de 17 de marzo de 2010

Consejo de Estado, expediente 37004, sentencia de 18 de febrero de 2010.

Consejo de Estado, expediente 35288, sentencia de 10 de junio de 2009.

Consejo de Estado, expediente 20634, sentencia de 6 de junio de 2002.

Consejo de Estado, expediente 1708, sentencia de 25 de abril de 2002.

Corea del Sur

Corte Suprema de Corea, *Adviso N.V. v. Korea Overseas Construction Corp.,* decisión de 14 de febrero de 1995 (Resumen en 21 Y'book Commercial Arbitration 612 (1996)).

España

Sentencia TCE 1/2018, de 11 de enero de 2018.

Sentencia TCE 136/2010, de 2 de diciembre de 2010.

Sentencia TCE 65/2009, de 9 de marzo de 2009.

Sentencia TCE 215/2006, de 3 de julio de 2006.

Sentencia TCE 9/2005, de 17 de enero de 2005.

Sentencia TCE 25/2000, de 31 de enero de 2000.

Sentencia TCE 147/1999, de 4 de agosto de 1999.

Sentencia TCE 176/1996, de 11 de noviembre de 1996.

Auto TCE 326/1993, de 28 de octubre de 1993.

Sentencia TCE 187/1990, de 26 de noviembre de 1990.

Sentencia TCE 75/1988, de 25 de abril de 1988.

Sentencia TCE 43/1986, de 15 de abril de 1986.

STS 307/2010, de 25 de mayo de 2010.

Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 1136 (2013)).

STS 39/2001, de 17 de enero de 2001.

STS de 16 de marzo de 1993.

STS de 23 de marzo de 1990.

STS de 10 de marzo de 1986.

STS de 4 de octubre de 1983 (Resumen en 11 Y'Book Commercial Arbitration 528 (1986)).

STS de 25 octubre 1982 [RJ 1982, 5573] (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 533 (2013)).

STSJ Madrid 38/2019, de 8 de octubre de 2019

STSJ Madrid 36/2019, de 1 de octubre de 2019.

STSJ Madrid 28/2019, de 12 de septiembre de 2019.

STSJ Madrid 22/2019, de 20 de junio de 2019.

STSJ Cataluña 2/2019, de 14 de enero de 2019.

STSJ Madrid 43/2018, de 14 de noviembre de 2018.

Auto TSJ País Vasco 22/2018, de 7 de noviembre de 2018.

STSJ Madrid 34/2018, de 26 de julio de 2018.

STSJ Madrid 15/2018, 5 de abril de 2018.

STSJ Madrid 51/2017, de 12 de septiembre de 2017.

STSJ Madrid de 5 de septiembre de 2017 (Resumen en 11(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 279 (2018)).

STSJ Madrid 40/2017, de 6 de junio de 2017.

STSJ Asturias 3/2017, de 25 de abril de 2017.

STSJ Madrid 13/2017, de 21 de febrero de 2017.

STSJ Madrid 5/2017, de 18 de enero de 2017.

STSJ Madrid 75/2016, de 13 de diciembre de 2016.

STSJ Madrid 65/2016, de 13 de octubre de 2016.

STSJ Madrid 46/2016 de 2 de junio de 2016 (Disponible en 9(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 875 (2016)).

STSJ Islas Canarias 2/2016, de 10 de mayo de 2016.

STSJ Madrid 20/2016, de 17 de febrero de 2016.

STSJ Cataluña 76/2015, de 2 de noviembre de 2015.

STSJ Madrid 66/2015, de 23 de septiembre de 2015.

STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre de 2015.

STSJ Madrid 65/2015, de 17 de septiembre de 2015.

STSJ Madrid 58/2015, de 21 de julio de 2015.

STSJ Cataluña 47/2015, de 15 de junio de 2015.

Auto TSJ Madrid de 7 de enero de 2015 (ROJ: AATSJ M 157/2015).

STSJ País Vasco 14/2014, de 9 de diciembre de 2014.

STSJ Comunidad Valenciana 13/2014, de 19 de noviembre de 2014.

STSJ Andalucía 14/2013, de 11 de octubre de 2013.

STSJ Galicia 18/2012, de 2 de mayo de 2012.

Auto TSJ País Vasco de 19 de abril de 2012 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 1145 (2013)).

STSJ Barcelona 127/2011, de 17 de noviembre de 2011, fundamento quinto.

SAP Madrid 200/2011, de 10 de junio de 2011.

SAP Andalucía 486/2010 de 10 de noviembre de 2010.

SAP Murcia 448/2009, de 8 de octubre de 2009.

SAP Madrid 293/2009, de 13 de julio de 2009.

SAP Barcelona 220/2009, de 30 de junio de 2009.

SAP Andalucía 301/2009, de 3 de junio de 2009.

SAP Madrid de 24 de diciembre de 2008 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 589 (2013)).

SAP Madrid 456/2008, de 15 de septiembre de 2008.

SAP Coruña 324/2008, de 15 de septiembre de 2008 (Disponible en 3(1) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 227 (2010)).

SAP Madrid 221/2008, de 5 de mayo de 2008 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 804 (2013)).

SAP Madrid 10/2008, de 24 de enero de 2008, fundamento quinto (Disponible en 1(3) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 912 (2008)).

SAP Madrid 685/2007, de 14 de diciembre de 2007 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 803 (2013)).

SAP Madrid 485/2007, de 26 de octubre de 2007.

SAP Madrid 303/2007, de 13 de junio de 2007 (Disponible en 1(2) Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 547 (2008)).

SAP Madrid 94/2007, de 2 de febrero de 2007 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 765 (2013)).

SAP Tenerife de 27 de octubre de 2006 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 820 (2013)).

SAP Zaragoza 584/2006, de 11 de octubre de 2006.

SAP Madrid 19/2006, de 20 de enero de 2006.

SAP Coruña 17/2003, de 24 de enero de 2003.

SAP Burgos de 27 de septiembre de 1999 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 815 (2013)).

SAP Málaga de 1 de septiembre de 1993 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 811 (2013)).

SAP Madrid de 7 de noviembre de 1992 (Resumen en Evelio Verdera Tuells *et al., Jurisprudencia española de arbitraje* 820 (2013)).

Estados Unidos

Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008).

United Paperworkers International Union v. Misco, Inc. 484 U.S. 29 (1987).

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).

Butz v. Economou, 438 U.S. 478 (1978).

Pierson v. Ray, 386 U.S. 547 (1967).

Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016).

Blaustein v. Huete, n.º 09-31078 (5th Cir. 2010).

Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P., 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

Cytyc Corp. v. Deka Prods. L.P., 439 F.3d 27 (1st Cir. 2006).

Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, 403 F3d 85 (2d Cir. 2005).

Karaha Bodas Co v. Perusahaan Pertamban, 364 F3d 274 (5th Cir. 2004).

Hoeft v. MVL Group, Inc., 343 F.3d 57, 67 (2d Cir. 2003).

Bowen v. Amoco Pipeline Co., 254 F.3d 925 (10th Cir. 2001).

Baker Marine Ltd. v. Chevron, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

Europcar Italia, S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc., 156 F.3d 310 (2d Cir. 1998).

Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics Inc. 125 F.3d 1123 (7th Cir. 1997).

Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

Woods v. Saturn Distribution Corp., 78 F.3d 424 (9th Cir. 1996).

Lyeth v. Chrysler Corp., 929 F2d 891(2d Cir. 1991).

Island Creek Coal, v. City of Gainesville, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984).

Corey v. New York Stock Exchange 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

Michaels v. Mariforum Shipping, S.A., 624 F.2d 411 (2d Cir. 1980).

Tamari v. Conrad, 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).

CitiGroup Global Markets, Inc. v. Fiorilla, 54 N.Y.S. 3d 586, 587 (N.Y. App. Div. 2017).

Mical v. Glick, 13 C 6508 (N. D. Ill., 2014). Recuperado de: https://casetext.com/case/mical-v-glick-1

Garzella v. Borough of Dunmore, 237 F.R.D. 371, 372-73 (M.D. Pa. 2006).

Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. v. AMCI Export Corporation, U.S. District Court, Western District of Pennsylvania, order of December 22, 2005,
http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1016

Goeller v. Liberty Mut. Ins. Co. 523 Pa. 541 (1990).

Francia

Cour de Cassation, caso 11-27770, decisión de 28 de marzo de 2013.

Cour de Cassation, decisión de 29 de junio de 2007.

Cour de Cassation, decisión de 10 de junio de 1997 (Resumen en 22 Y'book Commercial Arbitration 696 (1997)).

Cour de Cassation, decisión de 23 de marzo de 1994 (Resumen en 20 Y'book Commercial Arbitration 663 (1995))

Cour de Cassation, decisión de 7 de enero de 1992 (Resumen en 18 Y'book Commercial Arbitration 140 (1993)).

Cour de Cassation, decisión de 6 de enero de 1987 (Disponible en 1987(4) Revue de l'Arbitrage 469 (1987).

Cour d'appel de Paris, decisión de 21 de febrero de 2017 (Disponible en 2017(3) Revue de l'Arbitrage 915 (2017)).

Cour d'appel de Paris, decisión de 17 de noviembre de 2011 (Resumen en 30(2) ASA Bull. 459 (2012).

Cour d'appel de Paris, decisión 22 de mayo de 2008 (Resumen en 2008(4) Revue de l'Arbitrage 730 (2008)).

Cour d'appel de Paris, decisión de 21 de noviembre de 2002 (Resumen en 2008(4) Revue de l'Arbitrage 701 (1996)).

Cour d'appel de Paris, decisión de 1 de julio de 1999 (Resumen en 24 Y'book Commercial Arbitration 296 (1999).

Cour d'appel de Versalles, decisión de 29 de junio de 1995 (Resumen en 21 Y'book Commercial Arbitration 524 (1996)).

Cour d'appel de Paris, decisión de 29 de mayo de 1992. Resumen en 1996(3) Revue de l'arbitrage 408-410 (1996).

Cour d'appel de Paris, decisión de 9 de abril de 1992. Resumen en 1996(3) Revue de l'arbitrage, 483-503 (1996).

Cour d'appel de Paris, decisión de 19 de diciembre de 1991 (Resumen en 1993(2) Revue de l'Arbitrage 300 (1993).

Tribunal de Grande Instance de Nanterre, decisión de 22 de septiembre de 1993 (Resumen en 20 Y'book Commercial Arbitration 194 (1995)).

Hong Kong

Brunswick Bowling & Billiards Corporation v. Shanghai Zhonglu Industrial Co Ltd, [2009] HKCFI 94.

Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited, [1999] 2 HKCFAR 111.

Astro Nusantara International BV v. PT First Media TBK and others, HCCT 45/2010.

Lucky-Goldstar International (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Engineering Ltd, [1993] 1 HKC 404.

Paklito Investment Ltd v. Klockner East Asia Ltd, [1993] HKLR 39.

Inglaterra

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2010] UKSC 46.

Yukos Oil Company v. Dardana Ltd. [2002] EWCA Civ 543.

RJ and another v. HB, [2018] EWHC 2833 (Comm).

Emirates Trading Agency LLC v. Sociedade de Fomento Industrial Private Ltd, [2015] EWHC 1452 (Comm).

Arsanovia Ltd & Ors v. Cruz City 1 Mauritius Holdings, [2012] EWHC 3702 (Comm).

Interserve Industrial Services Ltd v. ZRE Katowice SA, [2012] EWHC 3205 (TCC).

IPCO (Nigeria) Ltd v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp., [2005] EWHC 726 (Comm).

IPCO (Nigeria) Ltd v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp., [2008] EWHC 797 (Comm)

Sheltam Rail Company (Proprietary) Ltd v. Mirambo Holdings Ltd, Primefuels (Kenya) Ltd, [2008] EWHC 829 (Comm).

Hussman (Europe) Ltd v. Ahmad Pharaon & Ors, [2002] EWHC 1134 (Comm).

Pacol Ltd v. Rossakhar, [2000] 1 Lloyd's Rep. 109.

Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarton Ltd, [1999] 2 Lloyd's Rep. 222.

Minmetals vs. Ferco, [1999] CLC 647, 661 (QB).

Soleimany v. Soleimany, [1998] QB 785.

Mangistaumunaigaz Oil Production Association v. United World Trade Inc., [1995] 1 Lloyd's Law Rep. 617.

Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc., [1991] 2 Lloyd's L. Rep. 127.

Aiden Shipping Company Ltd v. Interbulk Ltd (Vimeira), [1984] 2 Lloyd's Rep. 66.

Paczy v. Haendler & Natermann GmbH [1981] 1 Lloyd's Rep. 302.

Succula Ltd v Harland & Wolff [1980] 2 Lloyd's Rep 381.

Port Sudan Cotton Co v Govindaswamy Chettiar & Sons, [1977] 1 Ll LR 166 (QB).

Catalina v. Norma [1938] 61 Ll LR 380 (KB).

Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works, [1871-1872] L.R. 5 H.L. 418.

Kenia

Siginon Maritime Ltd. V. Gitutho Associates, [2005] eKLR (HC). Recuperado de:
http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/12686/

México

Corte Suprema, Amparo 71/2014, sentencia de 24 de marzo de 2017.

Tesis. Registro 2010812, Pleno de Circuito (Civil), Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo III, enero de 2016, p. 2214. Tesis: PC.I.C. J/23C. Disponible en
http://newyorkconvention1958.org/pdf/cases/Mexico/6.1.%202016.01.15%20-%20Tesis%202010812%20%28jurisprudencia%29.pdf

Tesis. Registro 166509, Primera Sala, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, septiembre de 2009, p. 428. Tesis: 1ª.CLXXXIV/2009.

Tesis. Registro 167459, Pleno de Circuito (Civil), Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, abril de 2009, p. 1921. Tesis: I.3o.C.732C

Octavo Juzgado Civil de Ciudad de México, demanda 748/2010-II, sentencia de 11 de abril de 2013.

Tercer Juzgado Civil de Ciudad de México, amparo indirecto 873/2012-II, sentencia de 11 de febrero de 2013.

Décimo Juzgado Civil de Ciudad de México, demanda incidental 8/2008 y 90/2008 (acumulados), sentencia de 28 de julio de 2008.

Tercer Juzgado Civil de Ciudad de México, demanda incidental 45/2008, sentencia de 9 de julio de 2008.

Países bajos

Corte de apelaciones de la Haya, caso 200.197.079/01, decisión de 18 de febrero de 2020.

Corte de apelaciones de Amsterdam, decisión de 28 de abril de 2009 (Resumen en 34 Y'book Commercial Arbitration 703 (2009)).

Panamá

Corte Suprema, decisión de 7 de octubre de 2005.

Perú

STC 358-2013-PA/TC, de 12 de enero de 2016.

Auto TCP 8448-2013-PA/TC, de 3 de septiembre de 2014.

Auto TCP 461-2012-PA/TC, de 3 de octubre de 2012.

Sentencia TCP 142-2011-PA/TC, de 21 de septiembre de 2011.

Sentencia TCP 2851-2010-PA/TC, de 15 de marzo de 2011.

Sentencia TCP 5311-2007-PA/TC, de 5 de octubre de 2009.

Sentencia TCP 6167-2005-PHC/TC, de 28 de febrero de 2006.

Sentencia TCP 24-2003-AI/TC, de 10 de octubre de 2005.

Sentencia TCP 3283-2003-AA/TC, de 15 de junio de 2004.

Sentencia TCP 928-2001-AA/TC, de 19 de agosto de 2002.

Corte Suprema, Casación 4060-2016, de 11 de julio de 2017.

SSC1 232-2018, de 11 de enero de 2019.

SSC2 74-2018, de 26 de noviembre de 2018.

SSC1 51-2018, de 5 de noviembre de 2018.

SSC1 491-2017, de 20 de septiembre de 2018.

SSC2 446-2017, de 21 de mayo de 2018.

SSC2 68-2017, de 22 de febrero de 2018.

SSC1 170-2017, de 17 de noviembre de 2017.

SSC2 152-2017, de 13 de noviembre de 2017.

SSC2 103-2016, de 13 de noviembre de 2017.

SSC2 66-2017, de 14 de octubre de 2017.

SSC1 182-2017, de 10 de octubre de 2017.

SSC1 168-2017, de 19 de septiembre de 2017.

SSC2 1-2017, de 13 de septiembre de 2017.

SSC2 85-2017, de 1 de septiembre de 2017.

SSC2 90-2017, de 18 de agosto de 2017.

SSC2 397-2016, de 17 de agosto de 2017.

SSC2 97-2016, de 3 de agosto de 2017.

SSC1 67-2017, de 18 de julio de 2017.

SSC2 58-2017, de 17 de julio de 2017.

SSC2 3-2017, de 10 de julio de 2017.

SSC1 65-2017, de 6 de julio de 2017.

SSC2 9-2017, de 22 de junio de 2017.

SSC1 319-2016, de 1 de junio de 2017.

SSC1 358-2016, de 26 de mayo de 2017.

SSC1 169-2016, de 5 de mayo de 2017.

SSC1 271-2016, de 21 de marzo de 2017.

SSC2 237-2016, de 16 de marzo de 2017.

SSC1 375-2015, de 14 de marzo de 2017.

SSC2 264-2016, de 9 de marzo de 2017.

SSC2 157-2016, de 20 de febrero de 2017.

SSC1 204-2016, de 17 de enero de 2017.

SSC2 170-2016, de 16 de enero de 2017.

SSC2 19-2016, de 13 de diciembre de 2016.

SSC2 196-2016, de 2 de diciembre de 2016.

SSC2 159-2016, de 2 de diciembre de 2016.

SSC1 250-2016, de 3 de noviembre de 2016.

SSC2 59-2016, de 3 de noviembre de 2016.

SSC2 50-2016, de 2 de noviembre de 2016.

SSC2 399-2015, de 27 de octubre de 2016.

SSC1 232-2014, de 15 de septiembre de 2016.

SSC1 144-2015, de 9 de mayo de 2016.

SSC1 203-2015, de 21 de abril de 2016.

SSC1 150-2015, de 8 de abril de 2016.

SSC1 94-2015, de 7 de abril de 2016.

SSC1 352-2014, 16 de diciembre de 2015.

SSC2 285-2013 y 272-2013 [acumulados], de 4 de diciembre de 2015.

SSC1 84-2015, de 3 de diciembre de 2015.

SSC2 113-2015, de 1 de diciembre de 2015.

SSC1 36-2015, de 6 de noviembre de 2015.

SSC2 93-2015, de 3 de noviembre de 2015.

SSC2 74-2015, de 26 de octubre de 2015.

SSC2 42-2015, de 20 de octubre de 2015.

SSC2 122-2015, de 15 de octubre de 2015.

SSC1 20-2015, de 5 de octubre de 2015.

SSC2 28-2015, de 23 de septiembre de 2015.

SSC2 21-2015, de 9 de septiembre de 2015.

SSC2 30-2015, de 4 de septiembre de 2015.

SSC2 39-2015, de 2 de septiembre de 2015.

SSC2 35-2015, de 14 de agosto de 2015.

SSC2 349-2014, de 23 de julio de 2015.

SSC2 273-2014, de 20 de julio de 2015.

SSC2 361-2014, de 10 de julio de 2015.

SSC2 41-2015, de 8 de julio de 2015.

SSC2 225-2014, de 22 de mayo de 2015.

SSC1 286-2014, de 18 de mayo de 2015.

SSC1 201-2014, de 6 de mayo de 2015.

SSC2 244-2014, de 17 de abril de 2015.

SSC2 326-2014, de 13 de abril de 2015.

SSC2 235-2014, de 24 de marzo de 2015.

SSC1 232-2012, de 10 de marzo de 2015.

SSC2 339-2013, de 30 de enero de 2015.

SSC2 86-2014, de 2 de diciembre de 2014.

SSC2 90-2014, de 28 de noviembre de 2014.

SSC2 27-2014, de 7 de octubre de 2014.

SSC1 38-2014, de 2 de octubre de 2014.

SSC2 176-2014, de 1 de octubre de 2014.

SSC1 1-2014, de 20 de agosto de 2014.

SSC1 345-2013, de 22 de julio de 2014.

SSC1 333-2013, de 15 de julio de 2014.

SSC2 155-2012, de 22 de mayo de 2014.

SSC1 261-2013, de 4 de abril de 2014.

SSC1 300-2013, de 20 de marzo de 2014.

SSC1 198-2013, de 27 de enero de 2014.

SSC1 308-2013, de 7 de enero de 2014.

SSC2 123-2013, de 17 de diciembre de 2013.

SSC2 47-2013, de 21 de noviembre de 2013.

SSC2 229-2012, de 21 de noviembre de 2013.

SSC1 242-2012, de 18 de junio de 2013.

SSC1 167-2012, de 24 de mayo de 2013.

SSC2 166-2012, de 21 de mayo de 2013.

SSC1 122-2012, de 12 de abril de 2013.

SSC2 95-2012, de 15 de enero de 2013.

SSC1 124-2012, de 28 de diciembre de 2012.

SSC1 94-2012, de 26 de diciembre de 2012.

SSC1 38-2012, de 10 de diciembre de 2012.

SSC1 13-2012, de 20 de noviembre de 2012.

SSC1 78-2012, de 15 de noviembre de 2012.

SSC2 34-2012, de 22 de agosto de 2012.

SSC2 7-2012, de 9 de julio de 2012.

SSC1 329-2011, de 12 de junio de 2012.

SSC1 251-2011, de 28 de mayo de 2012.

SSC1 4-2012, de 21 de mayo de 2012.

SSC1 6-2012, de 16 de abril de 2012.

SSC2 60-2011, de 12 de octubre de 2011.

SSC1 57-2011, de 17 de agosto de 2011.

SSC1 873-2010, de 30 de junio de 2011.

SSC2 905-2010, de 8 de junio de 2011.

SSC2 647-2009, de 24 de junio de 2010.

SSC2 571-2009, de 14 de mayo de 2010.

SSC1 699-2009, de 14 de abril de 2010.

Segunda Sala Comercial de Lima, expediente 155-2012, Resolución 16, de 8 de marzo de 2013.

Portugal

Tribunal da Relação do Porto, caso 9/15.0YRPRT, sentencia del 23 de junio de 2015,
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2af0dbe5a161c3f880257e7c003995e9?OpenDocument

Tribunal Constitucional, caso 311/2008, decisión de 30 de mayo de 2008.

Singapur

Tomolugen Holdings Ltd and another v. Silica Investors Ltd and other, [2015] SGCA 57.

AKN and another v. ALC and others, [2015] SGCA 63.

BLB and another v. BLC and others, [2014] SGCA 40.

PT First Media TBK v. Astro Nusantara International BV and others, [2013] SGCA 57.

Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd, [2009] SGCA 24.

Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v. Fairmount Development Pte Ltd, [2007] SGCA 28.

PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA, [2006] SGCA 41.

AQZ v. ARA, [2015] SGHC 49.

L.W. Infrastructure Pte Ltd. v. Lim Chin San Contractors Pte Ltd., [2014] 1 SLR 1221.

TMM Division Maritama SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd, [2013] SGHC 186.

BLB and another v. BLC and others, [2013] SGHC 196.

P. T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited, [2009] SGHC 13.

Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Ltd, [2008] SGHC 134.

Lee Hsien Loong v. Singapore Democratic Party et al and Anor, [2006] SGHC 220.

Philippines v. Philippine International Air Terminals, [2006] SGHC 206.

WSG Nimbus Pte Ltd v. Board of Control for Cricket in Sri Lanka, [2002] SGHC 104.

Suecia

Suecia, Corte de apelaciones de Svea, caso T 8735-01, decisión de 15 de mayo de 2005.

Suecia, Corte de apelaciones de Svea, caso T 8735-01, decisión de 15 de mayo de 2003 (Resumen en 2(1) SchiedsVZ 50 (2004)).

Suiza

Corte Suprema Federal, 4A_508/2013, sentencia de 27 de mayo de 2014 (Disponible en 33(4) ASA Bull. 865 (2015)).

Corte Suprema Federal, 4A_54/2011, sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte Suprema Federal, 4A_14/2012, sentencia de 2 de mayo de 2012 (Disponible en 31(2) ASA Bull. 322 (2012).

Suiza, Corte Suprema Federal, 4A_103/2011, sentencia de 20 de septiembre de 2011. (Disponible en 30(2) ASA Bull. 449 (2008)).

Corte Suprema Federal, 4A_279/2010, sentencia del 25 de octubre de 2010.

Corte Suprema Federal, 4A_464/2009, sentencia del 15 de febrero de 2010 (Disponible en 28(2) ASA Bull. 282 (2010)).

Corte Suprema Federal, 4A_370/2007, sentencia de 21 de febrero de 2008 (Disponible en 26(2) ASA Bull. 334 (2008)).

Corte Suprema Federal, 4A_220/2007, sentencia del 21 de septiembre de 2007 (Disponible en 26(4) ASA Bull. 742 (2008)).

Corte Suprema Federal, 4P.172/2006, sentencia del 22 de marzo de 2007 (Disponible en 25(3) ASA Bull. 592 (2007)).

Corte Suprema Federal, sentencia del 16 de abril de 1984 (Disponible en 1986(4) Revue de l'Arbitrage 596 (1986)).

Suiza, Corte Suprema Federal, sentencia de 23 de junio de 1992 (Disponible en 20 Y'book Commercial Arbitration 766 (1995)).

Zivilabteilung, decisión de 10 de diciembre de 2002 (Resumen en 21(3) ASA Bull. 585 (2003)).

Uruguay

Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, decisión de 3 de junio de 2020.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Sentencia definitiva 152/2014, de 20 de agosto de 2014.

Venezuela

Inversiones 225 S.A. v. Desarrollos del Sol C.A. Sentencia n.º 2571 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 5 de mayo de 2005.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Kingdom of Spain v. Lenzing AG, caso C-525/04, decisión de 22 de noviembre de 2007.

Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, caso C-126/97, decisión de 1 de junio de 1999.

Corte Europea de Derechos Humanos

Tabbane v. Switzerland, aplicación 41069/12, decisión de 1 de marzo de 2016.

Suda v. République Tchèque, aplicación 1643/06, decisión de 28 de octubre de 2010.

Berger v. France, aplicación 48221/99, decisión de 3 de diciembre de 2002.

Pronunciamientos ICSID

Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, Caso ICSID ARB/13/36, decisión del comité de anulación de 11 de junio de 2020.

EDF International S.A. and others v. Argentine Republic, Caso ICSID ARB/03/23, decisión del comité de anulación de 5 de febrero de 2016.

Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey, caso ICSID ARB/06/8, laudo de 23 de junio de 2008.

Otros laudos

Caso ICC 14617, Laudo parcial sobre jurisdicción (Disponible en 38 Y'book Commercial Arbitration 111 (2013)).

Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC, laudo final de 2 de julio de 2007 (Disponible en *Arbitrator Intelligence Materials,* http://www.kluwerarbitration.com).

Otros documentos

American Law Institute, *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration* (Final Draft 2019).

American Law Institute, *Restatement (Second) U.S. Conflict of Laws* (1971).

ICCA, *Guía de Young ICCA sobre secretarios arbitrales – Reportes de ICCA n.º 1.*

Commercial Court of England, *Commercial Court User's Group – Meeting Report (13 March 2018)*,
https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/commercial-court-users-group-report.pdf

UNCITRAL, *Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*.

UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session (19 June – 7 July 2006) (A/61/17).*

UNCITRAL, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration (A/CN/.9/264)* (1985).

UNCITRAL, *Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fifth session (A/CN/.9/233)* (1983).

UNCITRAL, *Report of the Working Group on the work of its seventh session (A/CN.9/246—6 march 1984).*

Anulación de laudos bajo la
Ley Modelo UNCITRAL
se terminó de imprimir en el mes de
octubre del 2021, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414, Urb. Santa Rita,
Miraflores, teléfono: 620-5795
Lima 18, Perú