



## LA LEY ARGENTINA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, A TRAVÉS DE UN ENFOQUE COMPARATIVO CON LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE

Por **Natalia M. Ceballos Ríos<sup>1</sup>** y **Roque J. Caivano<sup>2</sup>** LACI], y a la Ley Uruguaya, N° 19.636.<sup>4</sup>

El 2018 ha sido un año productivo para el arbitraje latinoamericano. Los dos únicos países de la región que aún no lo habían hecho, sancionaron sendas leyes sobre arbitraje comercial internacional que, coincidentemente, se publicaron en la misma fecha, 26 de julio de 2018. Nos referimos a la Ley Argentina, N° 27.449<sup>3</sup> [en adelante, la

1 Abogada especialista en Derecho Ambiental y en Proyectos de Cooperación Técnica Internacional por la Universidad Católica Argentina. Es Directora Institucional en Competencia Internacional de Arbitraje. Tiene un Máster en Administración de Empresas. Fue Secretaria Ejecutiva del Programa de Modernización de la Administración Pública, financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

2 Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Es Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador. Fue Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires. Se ha desempeñado como profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata desde 2014.

3 Ley 27449, publicada en INFOLEG el 26 de julio de 2018.

<http://www.servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>.

Cada país posee una riqueza que lo caracteriza y basa su política legislativa en ello. Esto se ve en los considerandos de la ley argentina, en que se expresa el objetivo de incentivar el comercio internacional y dotar al país de herramientas que lo faciliten. De manera similar, la política legislativa del Perú al expedir la Ley de Arbitraje en 2008 fue crear un ambiente sin trabas al firmado Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, y su modificación de 2015 se propuso garantizar la seguridad jurídica, previniendo la comisión de fraudes y la afectación de derechos de terceros a través del uso indebido de la institución arbitral.

La fuente directa de la ley argentina – como lo es de casi todas las legislaciones sobre arbitraje sancionadas en las últimas décadas<sup>5</sup> es la Ley Modelo de Arbitraje

4 Ley N° 19636, publicada en IMPO el 26 de julio de 2018. Uruguay. <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018>.

5 CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo: “La política internacional sobre legislación arbitral: La Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI”, Revista Foro Jurídico, N° 11, 2010, ps. 81 y siguientes; CONEJERO ROOS, Cristián: “Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”, Revista Internacional de Arbitraje, N° 4, ed. Legis, Bogotá, enero-junio de 2006, ps. 13 y

Comercial Internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) [en adelante, la LMU]. Tan así, es que la LACI reproduce el texto de la LMU, con algunas pocas modificaciones.

La Ley de Arbitraje Peruana<sup>6</sup> [en adelante, LAP] también se inspiró y tomó como fuente la LMU. Sin embargo, aunque tomó de la LMU sus principales instituciones, la LAP no siguió tan fielmente su texto como la LACI. La LAP se ha inspirado además en la Ley de Arbitraje Española de 2003, la Ley Federal Suiza en Derecho Internacional Privado, así como, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, y el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.<sup>7</sup>

En este trabajo nos centraremos en analizar la LACI resaltando, en un enfoque comparativo, algunas de las principales diferencias que tiene con la LMU y con la LAP.

### (1) Alcance y contenido general

La primera diferencia que se observa entre la LAP y la LACI es su distinta concepción general: la LAP es una ley general de arbitraje, mientras que la LACI es una ley que solamente rige alguna clase de arbitraje. Ello, que como se explicará es justificado, proyecta una serie

siguientes.

6 El presente artículo analiza el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje Peruana, de 2008, con su modificatoria de 2015, Decreto Legislativo 1231.

7 MANTILLA-SERRANO, Fernando. Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. LIMA ARBITRATION N° 4 - 2010 / 2011. P. 39.

de consecuencias en todo el articulado de ambas leyes.

#### - El distinto alcance de la LACI y de la LAP

El objeto de la LAP es ofrecer una regulación integral del arbitraje en el Perú. Aunque el Decreto 1071/2008 no mantuvo la denominación de Ley General de Arbitraje que tenía la anterior<sup>8</sup> es, por su contenido, una verdadera ley general que regula todos los arbitrajes que tengan sede en el Perú, sean de carácter nacional o internacional (LAP, artículo 1). La LACI, en cambio, siguiendo el esquema de la LMU, tiene un alcance mucho más limitado: se circunscribe a los arbitrajes que cumplan, simultáneamente, dos condiciones: deben ser “comerciales” e “internacionales”.

Por esta razón, la LACI ha debido consagrar una norma que determine cuándo un arbitraje es internacional y cuándo es comercial. La LAP también define el carácter internacional,<sup>9</sup> pero no necesita definir su comercialidad, porque aplica a todos los arbitrajes, sin importar si la materia es o no comercial.<sup>10</sup>

En relación con esta última condición, la LACI dispone que es comercial “cualquier relación jurídica, contractual o no

8 Ley 26572.

9 Ello obedece a que, no obstante su carácter “monista”, la LAP contiene algunas reglas diferenciadas para los arbitrajes internacionales.

10 De hecho, la LAP también aplica a arbitrajes en los cuales es parte el Estado (artículo 4).

contractual, de derecho privado o regida preponderantemente por él, en el derecho argentino” (artículo 6).<sup>11</sup> De esta norma se deriva que la noción de “comercial” de una relación jurídica no queda limitada a las que pudieran considerarse tales por oposición a las “civiles”, sino que comprende cualquiera regida por el derecho privado, por oposición a las que son regidas por el derecho público.<sup>12</sup> Y que solo queden excluidas de la aplicación de la ley aquellas relaciones jurídicas que, inequívocamente, estuvieran regidas en forma “exclusiva o preponderante” por el derecho público.

Para definir la internacionalidad, tanto la LACI como la LAP siguen a la LMU, pero ambas eliminan el criterio de la internacionalidad “por voluntad de las partes”: conforme el literal c) del artículo 1.3 de la LMU, un arbitraje es internacional; también, si “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje

11 Con ello, la LACI mejora la solución de la LMU que, en la nota al artículo 1.1, ofrece una enumeración (ciertamente no taxativa) de relaciones jurídicas comerciales. La LACI eleva al rango de ley lo que en la LMU es una simple nota, y brinda un criterio general de interpretación favorable a la comercialidad, que contribuirá a la solución de los diversos supuestos de hecho que puedan presentarse en la práctica.

12 De manera similar, el legislador chileno señaló que la expresión “comercial” que utiliza la Ley 19.971 (que recogió casi literalmente el texto de la LMU) “es distinta y mucho más amplia que el concepto de actos de comercio que consagra el Código de Comercio [por lo que] no puede recurrirse, en consecuencia, al artículo 3 del mismo para su interpretación (Mensaje del Poder Ejecutivo al elevar el proyecto de ley al Congreso).

está relacionada con más de un Estado”. Este criterio no es adoptado ni por la LACI ni por la LAP, que han preferido mantener criterios objetivos. En consecuencia, a diferencia de la LMU, ni en la LAP ni en la LACI la sola voluntad de las partes será relevante para determinar la internacionalidad del arbitraje, en ausencia de puntos de contacto reales del caso con más de un Estado.

La LACI destaca, en el artículo 1, la “exclusividad” de la ley.<sup>13</sup> Esta referencia, que no contiene la LMU y que no es necesaria en la LAP (dado su carácter de ley general), cumple dos propósitos principales. Por un lado, enfatizar su propio límite material: no se aplica a arbitrajes que no sean comerciales e internacionales. Por el otro, evitar que los arbitrajes internacionales a los cuales aplica, se vean alcanzados por otras normas sobre arbitraje vigentes en la Argentina.

En cuanto al primer objetivo, que la ley solo aplique al arbitraje comercial internacional se explica por razones de política legislativa<sup>14</sup> pero, fundamentalmente, por el condicionamiento constitucional que traduce el carácter federal de la República Argentina. En efecto, la República Argentina es un país conformado por un conjunto de provincias que gozan de una relativa autonomía,<sup>15</sup> y conservan todo

13 Artículo 1 LACI: “La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva”.

14 El legislador argentino consideró que no era conveniente unificar bajo las mismas reglas a los arbitrajes internacionales y a los domésticos, optando un régimen “dualista”.

15 Cada provincia dicta su propia Constitución y tiene autoridades propias (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder

el poder no delegado al Gobierno federal (artículo 121 de la Constitución Nacional). Uno de los instrumentos a través de los cuales las provincias efectúan esa delegación de atribuciones al gobierno federal es la propia Constitución Nacional. En el reparto de competencias legislativas, el artículo 75 de la Constitución precisa cuáles son las materias sobre las cuales puede legislar el Congreso de la Nación y cuyas normas, por tanto, son de aplicación a todo el territorio nacional.<sup>16</sup> En todas las materias no delegadas, las provincias conservan su facultad legiferante, y es particularmente claro que las legislaturas provinciales son quienes dictan los códigos procesales.<sup>17</sup> En razón de la híbrida naturaleza del arbitraje, que es contractual por su origen pero jurisdiccional por sus efectos, no es claro si las normas sobre arbitraje deben ser dictadas por el Congreso de la Nación o por las legislaturas provinciales. A pesar de que la cuestión es teóricamente debatible, en la Argentina el arbitraje ha estado históricamente (y está todavía) legislado en los

Judicial). Los tribunales judiciales provinciales conocen básicamente de causas comunes “intraprovinciales”, coexistiendo con el Poder Judicial de la Nación o Federal, que conoce de aquellas causas que caen dentro de su jurisdicción, conforme sus leyes de organización.

<sup>16</sup> En general, son federales los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, leyes generales sobre naturalización y nacionalidad, bancarrotas, y falsificación de moneda y documentos públicos.

<sup>17</sup> No sólo por el principio de reserva del artículo 121 sino porque se reservaron expresamente la facultad de organizar el funcionamiento de su propios Poderes Judiciales.

códigos procesales, por lo que, en los hechos, quedó convertido en una materia procesal de regulación local. Pero el artículo 75 de la Constitución Nacional otorga al Congreso de la Nación atribuciones legislativas para “reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí” (inc. 13), y para “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes” (inc. 32). A partir de estas disposiciones, y siendo la LACI una norma destinada a reglar el modo de resolver las controversias derivadas del comercio internacional, era indiscutible que el Congreso Nacional podía dictarla, con alcance federal, para todo el territorio nacional. Con base en ello, el legislador federal prefirió evitar un debate sobre sus atribuciones para dictar una ley general de arbitraje y utilizar los poderes constitucionales que incuestionablemente tiene para sancionar una ley de arbitraje comercial internacional.

El segundo objetivo de la exclusividad que la LACI consagra, se explica por la marcada obsolescencia de las restantes normas sobre arbitraje, vigentes en la Argentina, y la necesidad de evitar que ellas puedan terminar utilizándose por analogía o para suplir algún vacío de la LACI, poniendo en riesgo la integridad y coherencia de sus propias disposiciones.<sup>18</sup> Las normas sobre arbitraje

<sup>18</sup> Propósito que se refuerza en el artículo 7 inc. g) de la LACI que dispone que para su interpretación e integración deberá tenerse en cuenta, además de su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, “su carácter especial”, y que manda suplir las cuestiones que no estén expresamente resueltas en ella con base en “los principios generales en que se basa”.

de los códigos procesales provinciales no son uniformes ni integrales, evidencian una concepción judicialista del arbitraje y no han sido actualizadas en décadas. Y, para peor, son difíciles de armonizar con las disposiciones sobre el “contrato de arbitraje” incorporadas hace un lustro al Código Civil y Comercial de la Nación. Ante un escenario legal caótico y arcaico, el legislador prefirió mantener el marco legal de los arbitrajes internacionales a cubierto de las dificultades que plantean esas normas.

#### - *Las razones del monismo peruano y del dualismo argentino*

Por lo dicho precedentemente, es claro que la LACI adopta un sistema “dualista”: los arbitrajes comerciales internacionales estarán regidos por ella, mientras que aquellos que carezcan de esas condiciones (esencialmente, los domésticos), seguirán sometidos a las normas del código procesal de la sede del arbitraje y del Código Civil y Comercial de la Nación. La LAP, en cambio, ofrece un sistema “monista”, regulando por las mismas normas ambas clases de arbitrajes, con algunas pocas excepciones,<sup>19</sup> presentadas en el tratamiento

<sup>19</sup> Todas las leyes, aun monistas, tienen algunas disposiciones diferenciadas para el arbitraje internacional (FAVRE-BULLE, Xavier y MUÑOZ, Edgardo: “Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?”, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia (coords.): *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, ed. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013, tomo II, ps. 1437 y siguientes).

del arbitraje internacional.<sup>20</sup>

Es sabido que la conveniencia de adoptar un régimen monista o dualista es un tema debatido. Así como algunos propician que lo que es bueno para el arbitraje internacional también lo es para el arbitraje interno,<sup>21</sup> otros justifican el diferente tratamiento legislativo, por la regulación más detallada que suele ser necesaria para el arbitraje doméstico, en contraste con la mayor autonomía que es propia del arbitraje internacional.<sup>22</sup>

Más allá de ello, el factor que consideramos preponderante para adoptar un sistema monista depende de la cultura arbitral que exista en ese país: si los operadores locales están habituados a la práctica del arbitraje y pueden llevar adelante un proceso arbitral, aun doméstico, con principios y reglas del arbitraje internacional, no habrá razón para

<sup>20</sup> O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y REPETTO DEVILLE, José Luis. Características Principales de la Ley Peruana de Arbitraje. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol. 23:3. p. 525.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: “Arbitrage interne et international: la réglementation soi-disant unitaire en Espagne”, en BONOMI, Andrea y BOCHATAY, David (eds.): *Arbitrage Interne et International*, ed. Librairie Droz, Ginebra, 2010, ps. 189 y siguientes; BARONA VILAR, Silvia: “Introducción”, en BARONA VILAR, Silvia (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ed. Civitas, Madrid, 2004, ps. 58 y siguientes.

<sup>22</sup> MAYER, Pierre: “Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?”, *Revue de l’arbitrage*, vol. 2005, N° 2, ps. 361 y siguientes; BONOMI, Andrea: “Monisme et dualisme”, en BONOMI, Andrea y BOCHATAY, David (eds.): *Arbitrage Interne et International*, ed. Librairie Droz, Ginebra, 2010, ps. 167 y siguientes.

someterlos a regímenes diferentes<sup>23</sup>. De hecho, los redactores de los dos modelos monistas más notables en Iberoamérica (la Ley de Arbitraje española de 2003 y la LAP) han justificado esa decisión en el grado de madurez cultural y de desarrollo del arbitraje doméstico dentro de sus fronteras.<sup>24</sup>

Aunque la limitación constitucional que mencionamos en el párrafo precedente parece haber sido la principal razón que llevó a que el legislador argentino adoptara un régimen dualista, compartimos la decisión de mantener diferenciadas ambas clases de arbitraje, porque el arbitraje no ha tenido, en la Argentina, un desarrollo tan significativo como en el Perú, y los operadores jurídicos no parecen estar culturalmente listos para arbitrar domésticamente con reglas propias de arbitrajes internacionales.

## (2) La autonomía del arbitraje respecto del Poder Judicial

En el artículo 12, la LACI reproduce textualmente el artículo 5 de la LMU, que restringe los supuestos de intervención judicial

a los que la propia ley determina.<sup>25</sup> La LAP es

23 CEBALLOS RÍOS, Natalia y CAIVANO, Roque. Métodos Alternos de Solución de Conflictos. El Comercio Perú. 2000.  
24 Particularmente la LAP, en cuya Exposición de Motivos puede leerse: “Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en la ley arbitral de 1996, cuando la práctica arbitral en el Perú era casi inexistente, lo cierto es que en la actualidad ya no se justifica y lo más adecuado es proceder a la adopción de una legislación arbitral monista”.

25 “En los asuntos que se rijan por esta ley, no intervendrá ningún tribunal [judicial], salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

mucho más enfática: además de incluir esa misma disposición (artículo 3.1), incorporó otras reglas –que no existen ni en la LACI ni en la LMU– que refuerzan la autonomía con que el legislador quiso proteger al arbitraje de interferencias judiciales excesivas o indebidas.

Por varias razones, el arbitraje no puede operar sin algún grado de intervención judicial: la tradicional falta de *imperium* de los árbitros hace inevitable cierta cooperación de jueces estatales con facultades de coerción, y la particular eficacia que los ordenamientos jurídicos reconocen a los laudos, hace necesario reconocer al Poder Judicial ciertas atribuciones de control, con miras a proteger algunos principios e intereses fundamentales.<sup>26</sup> Sin embargo, la idea de reducir al mínimo indispensable esa dependencia no solo es una vieja aspiración de la institución arbitral, sino que es consistente con el propósito que las partes persiguen al escoger el arbitraje, que no es otra cosa que resolver sus controversias al margen del Poder Judicial.<sup>27</sup>

Ese “mínimo indispensable” de intervención judicial es hoy infinitamente menor que hace algunas décadas. Ello ha sido producto de haberse encontrado soluciones que permiten evitar el recurso a los tribunales

26 FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 899.

27 CARBONNEAU, Thomas E.: “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, octubre de 2003, ps. 1189 y siguientes.

judiciales respecto de muchas funciones que, hasta mediados del siglo XX, se consideraba no podían ser cumplidas sino por éstos, y de haberse redefinido el rol de los árbitros, reconociéndole atribuciones que históricamente se entendían exclusivas del Poder Judicial.<sup>28</sup> Ese fenomenal cambio de paradigmas se debió, en gran medida, a la LMU.<sup>29</sup>

Sin embargo, la LAP ha superado largamente

28 Entre los más significativos pueden mencionarse: (i) La concepción del convenio arbitral autosuficiente, que eliminó el requisito del compromiso arbitral y la acción judicial tendiente a obtenerlo forzosamente; (ii) La formulación legislativa de la separabilidad del convenio arbitral y del principio de *kompetenz-kompetenz*; (iii) El casi universal reconocimiento de la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares; (iv) La eliminación del recurso de apelación y de recursos contra decisiones distintas del laudo, consagrando el recurso de anulación contra el laudo como única vía de revisión; y (v) La enorme expansión de la materia arbitrable. Ver, en general, CAIVANO, Roque J.: “La fenomenal evolución del arbitraje... en el resto del mundo”, *Revista El Derecho*, 17/05/2013, nro. 13.240, ps. 1 y siguientes. En particular sobre el último aspecto, CAIVANO, Roque J.: “La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado”, *Revista El Derecho*, 23/08/2013, ps. 1 y siguientes.

29 HERRMANN, Gerold: “UNCITRAL’s basic contribution to the international arbitration culture”, ICCA Congress series N° 8, ed. Kluwer Law, 1996, ps. 49 y siguientes; PERALES VISCASILLAS, Pilar: “La globalización normativa del arbitraje comercial internacional: la labor de la CNUDMI/UNCITRAL”, en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (ed.): *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, ed. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, ps. 695 y siguientes.

ese anhelo de autonomía del arbitraje,<sup>30</sup> incorporando una serie de disposiciones, inexistentes en la LACI y en la propia LMU, que buscan “blindar” al arbitraje, de modo de cerrar las puertas a los intentos, que con alguna frecuencia se observan en la práctica, de judicializar el arbitraje e impedir a los árbitros cumplir con las funciones que las partes le han encomendado.<sup>31</sup> Además, el legislador peruano ha dispuesto soluciones imaginativas que permiten sortear intervenciones judiciales evitables, alcanzando un acceso eficaz y rápido a la justicia<sup>32</sup>.

Una de las más relevantes disposiciones de la LAP sobre este punto es el artículo 3, que consagra el principio de “mínima intervención judicial”, sentando una serie de “principios y derechos de la función arbitral”.<sup>33</sup> Esta norma

30 LEW, Julian D.M.: “Achieving the dream: Autonomous arbitration”, *Arbitration International*, vol. 22, N° 2, 2006, ps. 179 y siguientes.

31 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J.: “La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, 2008, ps. 43 y siguientes.

32 CEBALLOS RÍOS, Natalia. La importancia de un acceso rápido a la justicia de las pymes. *Revista Enmarcando del Ministerio de Justicia de Perú*. 2009.

33 Disponiendo que “el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones” (numeral 2); que “el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo” (numeral 3), y que “ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral,

es consecuencia de, y tiende a prevenir, algunos problemas que se presentaron en la práctica arbitral peruana.<sup>34</sup> Efectivamente, durante la vigencia de la derogada Ley General de Arbitraje (Ley 26572) se suscitaron conflictos doctrinarios respecto a la validez del convenio arbitral y al procedimiento llevado a cabo por los árbitros, lo que derivó en demandas de amparo por cuestionamientos al debido proceso.<sup>35</sup> Uno de ellos, es el caso conocido como el “precedente Cantuarias”,<sup>36</sup> en el cual se reconoce la jurisdicción arbitral, se ratifica la vigencia del principio *kompetenz-kompetenz* y se destaca el principio de no interferencia.

Adicionalmente, la LAP incluye otras normas con similar propósito: (i) Los artículos 23 y 29 conceden a instituciones arbitrales (aun en arbitrajes *ad hoc*), muchas de las funciones que, aun en forma residual, la LACI y la LMU atribuyen al Poder Judicial: designación,

a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo”, concluyendo que “cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad” (numeral 4).

34 CASTILLO FREYRE, Mario. MINAYA, Rita Sabroso. CASTRO ZAPATA, Laura. CHIPANA CATALÁN, Jhoel, Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera Parte. Primera edición, septiembre 2014. P. 72.

35 GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Comentarios al caso CODISA. REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE Nº 10. 2010. P. 221

36 Exp. Nº 6167-2005-PHC/TC, en los seguidos por Algamarca y Compañía de Exploraciones Algamarca v. Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en el cual el Tribunal Constitucional dictó sentencia el 28 de febrero de 2006.

recusación del árbitro único, remoción y sustitución; (ii) Los artículos 45.3, 48.2, 48.3 y 68.4 recalcan la ausencia de facultades de revisión o control del tribunal judicial a quien se acude para brindar auxilio o asistencia para la práctica de pruebas, para ejecutar una medida cautelar arbitral o para ejecutar el laudo; (iii) Los artículos 48.1 y 67, bajo ciertas condiciones, facultan al tribunal arbitral a ejecutar sus propias medidas cautelares y aun el laudo; y (iv) El artículo 62.2 enfatiza el carácter limitado del control que se realiza a través del recurso de anulación, prohibiendo al tribunal judicial “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.”<sup>37</sup>

### (3) El convenio arbitral

En relación con el convenio arbitral, la LACI reproduce las normas de la LMU, la mayoría de las cuales también están contenidas en la LAP.

37 Como se ha señalado, lo hecho por los árbitros es revisable, “pero es revisable para velar que se respetó lo pactado y si lo pactado respetó la Ley. Es revisable, en los aspectos que conciernen al convenio arbitral –no al tema de fondo– de manera posterior a la emisión del laudo. Es revisable como un juez puede revisar y pronunciarse sobre cómo se ejecutó un contrato –por ejemplo para verificar si hubo un incumplimiento– y no como una corte de apelación puede pronunciarse sobre lo que hizo un juzgado de primera instancia” (BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. Revista Internacional de Arbitraje. Número 19. 2013, ps. 55 y siguientes).

#### - *El requisito de forma del convenio arbitral*

Tanto la LACI como la LAP adoptan la “Opción I” del artículo 7 de la LMU. Ello supone mantener (al menos nominalmente) la exigencia de forma escrita del convenio arbitral, aunque incorporan una serie de formas “equivalentes”, a través de las cuales se tiene por cumplido ese requisito. Ello importa reconocer que un convenio arbitral debe considerarse celebrado por escrito, aun sin serlo en sentido estricto, siempre que quede constancia de su contenido “en cualquier forma”. La principal consecuencia de ello es que se privilegia la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes por encima de cualquier requisito formal, dando preeminencia al contenido por sobre el continente.

#### - *Algunas previsiones de la LAP, sobre las cuales la LACI guarda silencio*

La LACI no contiene, como la LAP, normas que determinen las atribuciones de los representantes (legales o convencionales) para celebrar un convenio arbitral en nombre de su representado. El artículo 10 de la LAP reconoce esta facultad al gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica “por su solo nombramiento” y determina, con carácter general, que la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de ellos (artículo 10). Estas cuestiones, en el

derecho argentino, habrán de resolverse por aplicación de las normas generales relativas a la representación, que carecen de esa amplitud.<sup>38</sup>

La LAP regula expresamente las condiciones que debe reunir un convenio arbitral contenido en contratos celebrados por adhesión, haciéndolo exigible y oponible a la parte que no los redactó, si era conocido o conocible usando una diligencia ordinaria, y estableciendo una serie de supuestos en los cuales la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que ha sido conocido (artículo 15). La LACI nada dice sobre el particular, pero la remisión del artículo 5 hace a las normas de derecho común en materia de arbitrabilidad,<sup>39</sup> podría dar como resultado una seria restricción a la exigibilidad de los convenios arbitrales contenidos en contratos de contenido predispuesto, por aplicación del artículo 1651 inc. d) del Código Civil y Comercial, que “excluye” del contrato de arbitraje a los contratos por adhesión.

38 En materia de representación legal de personas jurídicas, la Ley de Sociedades dispone que quien tenga la representación de la sociedad, la obliga “por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social” (artículo 58). En materia de representación convencional, el Código Civil y Comercial dispone que se necesitan facultades expresas para “someter a juicio arbitral derechos u obligaciones” (artículo 375, inc. i).

39 “La presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente”.

Y, ciertamente, la LACI no prevé la posible extensión del convenio arbitral a no signatarios, como lo hace el artículo 14 de la LAP. No abundaremos aquí en consideraciones sobre esta norma, por ser suficientemente conocida por los lectores de esta publicación. Basta señalar que esta disposición de la LAP, que no reconoce antecedentes en el derecho comparado, brinda al intérprete criterios objetivos para determinar quiénes, no habiendo firmado el convenio arbitral, pueden estar alcanzados por sus efectos. En otro trabajo hemos dado cuenta de los desafíos que esa situación presenta y de su desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado;<sup>40</sup> y al comentar la LAP a poco de su entrada en vigor, hemos puesto de relieve que esta regla no significa romper con el principio básico conforme el cual el arbitraje es voluntario; solo implica admitir que una persona puede expresar el consentimiento a arbitrar no solo estampando su firma en un documento, sino mediante actos u omisiones que, comprobados e interpretados de buena fe, autoricen a presumirlo.<sup>41</sup> *Brevitatis causae*, remitimos al lector a esos trabajos, y a los múltiples análisis y comentarios a que ha dado lugar el artículo 14 de la LAP.

#### (4) Los árbitros

40 CAIVANO, Roque J.: "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", Lima Arbitration, N° 1, agosto de 2006, ps. 121 y siguientes.

41 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J.: "La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad", Revista Peruana de Arbitraje, N° 7, 2008, ps. 43 y siguientes.

También son dignas de mención algunas diferencias entre la LACI y la LAP en relación con los temas vinculados al tribunal arbitral.

#### - Las condiciones para ser árbitro

En orden a la nacionalidad de los árbitros hay una coincidencia casi total entre las tres leyes: ninguna de ellas exige que el árbitro deba tener alguna nacionalidad artículo 26 de la LACI, artículo 11.5 de la LMU y artículo 25.7 de la LAP. Más aún, las tres señalan que tratándose de árbitro único o del tercer árbitro, se tendrá en cuenta la "conveniencia" de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.<sup>42</sup>

Sí se aprecian diferencias en cuanto a las cualidades profesionales de los árbitros. Mientras que la LMU y la LACI no se pronuncian al respecto, el artículo 22.1 de la LAP establece que en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. Sin embargo, en el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo. La LAP agrega además (artículo 22.2), que cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.<sup>43</sup>

42 La LAP aclara que esta regla sólo aplica a arbitrajes internacionales, aclaración que no es necesaria en la LACI ni en la LMU, porque estas sólo aplican a esa clase de arbitrajes.

43 Esto se explica porque "a diferencia del arbitraje nacional o doméstico, el cual debe ser solucionado conforme la ley, los árbitros en un arbitraje internacional no necesitan ser abogados. En cambio, árbitros nacionales

#### - El procedimiento para la designación de los árbitros

En general, la LACI mantiene, en materia de designación de los árbitros, las disposiciones tomadas de la LMU.

Esas disposiciones reconocen la regla casi universal que faculta a las partes a acordar libremente el procedimiento de designación de los árbitros (artículo 24), con la sola excepción, contenida en el mismo artículo, que priva de validez a cualquier estipulación que confiera a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros. Aunque en algún momento durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo y de la Comisión que elaboró la LMU se consideró adoptar una regla similar, finalmente no se incluyó.<sup>44</sup> La LACI tomó esta disposición de la LAP (artículo 26), con el propósito de preservar la igualdad de las partes en la designación de los árbitros.<sup>45</sup>

tienen que ser abogados, a no ser que las partes hayan acordado a lo contrario" (O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y REPETTO DEVILLE, José Luis. Características Principales de la Ley Peruana de Arbitraje. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol. 23:3. p. 526).

44 Fundamentalmente porque no se advertía que fuese un problema frecuente y porque otras normas de la Ley Modelo podían ser utilizadas para remediarlo (HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1989, p. 360).

45 Principio que es considerado esencial en el arbitraje, como quedó de manifiesto luego de la sentencia de la Corte de Casación francesa

La LACI, sin embargo, difiere de la LAP en cuanto al régimen supletorio de designación de los árbitros, que aplica cuando las partes nada hubieran pactado o cuando no se hubiese podido constituir el tribunal mediante el procedimiento acordado por ellas. La LACI replica las normas de la LMU, que son las más usuales en el derecho comparado, y en última instancia, si fracasan todos los demás mecanismos de designación, deriva la cuestión al Poder Judicial. En la LAP, en cambio, la imposibilidad de nombrar árbitro utilizando el procedimiento pactado o los que supletoriamente prevé la ley, no da lugar a una intervención judicial: el nombramiento será efectuado por una Cámara de Comercio (artículo 23.d). Al imponer a estas instituciones la obligación, bajo responsabilidad, de efectuar el nombramiento a solicitud de alguna de las partes (artículo 25.4), la LAP ha logrado evitar una intervención judicial evitable, como hemos señalado en el capítulo 2.

#### - La revelación

En general, la LACI (artículo 27) mantiene, en materia de revelación, las disposiciones tomadas de la LMU (art. 12.1) que no difieren de la LAP (art. 28.1 y 28.2).

El artículo 27 de la LACI obliga a los árbitros a revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia y, subsiste

en el caso "Dutco" (*Cour de cassation*, sala Civil 1ª, 7/01/1992, "BKMI v. Dutco", *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 470).

durante todas las actuaciones.

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es más preciso y va más allá, al exigir que dé a conocer por escrito cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, “desde el punto de vista de las partes”, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad” (artículo 11.2), obligación que se extiende a las circunstancias sobrevinientes: deberá dar a conocer inmediatamente cualesquiera hechos o circunstancias relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje (artículo 11.3).

Asimismo, es exigible al árbitro un deber de diligencia consistente en indagar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia, pues la omisión de revelar no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, si el árbitro no ha hecho un esfuerzo razonable por averiguar la existencia de ese posible conflicto de intereses (Norma General 7.a) de las Directrices de la International Bar Association.<sup>46</sup>

Ello significa, como señalan las Directrices de la IBA, que las dudas que surjan acerca de si se debe o no revelar algún hecho o circunstancia deben resolverse a favor de darlo a conocer (norma general 3(d) de las

46 CAIVANO, Roque J. La independencia e imparcialidad de los árbitros y la buena fe procesal de las partes (com. Rocco Giuseppe v. Agralys). Revista La Ley. 2013. P. 6.

Directrices). En otras palabras, el árbitro tiene que declarar todo aquello que, visto desde la posición de las partes, podría ser susceptible de hacerlas dudar de su independencia e imparcialidad, aunque a su propio juicio no lo sean. En términos prácticos, tiene que “ponerse en los zapatos de las partes” y tratar de imaginar cómo percibirían ellas determinadas circunstancias. Si, mirando la cuestión con los ojos de las partes, concluye que esas circunstancias serían suficientes para generar dudas, debe revelarlas. Y debe también hacerlo en cualquier caso que tenga dudas sobre si revelarlas o no.

#### - La recusación

La LACI y la LAP muestran diferencias en orden a la recusación de los árbitros.

En primer lugar, la LACI adopta la causal “genérica” para recusar a un árbitro, contenida tanto en la LMU como en la LAP,<sup>47</sup> pero añade algunas causales específicas. Con poco rigor metodológico, el artículo 28 dispone también lo siguiente: “Sin perjuicio de otros supuestos que puedan afectar la independencia o imparcialidad del árbitro, será causal de recusación, por inexistencia de imparcialidad o independencia, sin admitir prueba en contrario, la actuación del árbitro o de miembros del estudio jurídico, consultora u organización equivalente a la que perteneciere aquél, en otro arbitraje o proceso judicial:

47 Conforme el cual un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes.

(a) Como patrocinante o representante de una de las partes, independientemente de la cuestión en debate; (b) Con la misma causa o con el mismo objeto, como patrocinante o representante de un tercero. Si el laudo es dictado habiéndose recurrido la decisión del tribunal arbitral que rechazó la recusación y con posterioridad se hubiere aceptado la recusación planteada, éste resultará nulo”. Esta disposición es inconsistente e innecesaria. Es inconsistente porque, luego de establecer una causal de recusación genérica, la norma particulariza algunos supuestos (“entre otros”), que caben dentro de la causal. Y es innecesaria, porque las causales específicas que refiere, de todas maneras serían motivos de recusación por aplicación de la regla general. Que un árbitro, o la organización profesional a la que pertenece, esté defendiendo a una de las partes en otras causas por temas distintos a los que son objeto del arbitraje, o que esté defendiendo a un tercero en la misma causa, son objetivamente situaciones capaces de poner en duda su independencia e imparcialidad.<sup>48</sup>

Adicionalmente, la LACI y la LAP difieren en cuanto al procedimiento de recusación, y al momento en que la decisión puede ser revisada judicialmente.

Ambas leyes permiten que las partes lo acuerden libremente, y ambas remiten, supletoriamente, la decisión al tribunal arbitral. Sin embargo, la LAP no permite al

48 Y, de hecho, esas son consideradas situaciones graves en las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, que en la práctica sirven de guía para determinar la procedencia o improcedencia de una recusación.

árbitro recusado participar de la decisión sobre su propia recusación. Por ello, si se recusa a un árbitro único, la recusación es resuelta por la institución arbitral que lo nombró, o por la Cámara de Comercio; y, en tribunales colegiados, la resuelven los árbitros no recusados por mayoría absoluta, previéndose que, en caso de no poder formarse mayoría, resolverá el presidente o la institución que hubiese efectuado su nombramiento o la Cámara de Comercio (artículo 29.d). En la LACI, la decisión corresponde al tribunal arbitral. La LACI no aclara si el árbitro recusado formará o no parte del tribunal a efectos de resolver esta incidencia. Tampoco lo hace el texto de la LMU. Sin embargo, analizando los antecedentes y los trabajos preparatorios de esta última, es claro que el tema fue debatido, y se optó por no excluir de la decisión al propio árbitro recusado.<sup>49</sup>

Tanto la LACI como la LAP hacen revisable judicialmente la decisión que rechaza la recusación. Pero, mientras en la LACI esa revisión es inmediata, aunque sin efectos suspensivos (artículo 31),<sup>50</sup> en la LAP solo podrá cuestionarse mediante el recurso de

49 Más aún, también se examinó la situación de un árbitro único recusado, quedando sobreentendido que su decisión de no renunciar implicaba un rechazo a la recusación (HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1989, p. 406).

50 La petición debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes de notificada la decisión. Sin embargo, mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrá proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

anulación contra el laudo (artículo 29.7).

### (5) El régimen cautelar

El régimen cautelar en el arbitraje muestra diferencias significativas entre la LACI y la LAP, en varios aspectos. Ello obedece, fundamentalmente, a que la LACI sigue el esquema adoptado por la LMU en su actualización de 2006, mientras que la LAP se inspiró en ese esquema y adoptó algunos de sus principios, pero sin un estricto apego a él.

- *Facultades cautelares: concurrentes v. exclusivas*

La LACI mantiene la concurrencia de facultades cautelares entre árbitros y jueces.<sup>51</sup> El artículo 21 dispone que “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal [judicial] la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal [judicial] conceda esas medidas”. Y el artículo 61 reconoce a los tribunales judiciales la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. Estas normas, en definitiva, implican que el solicitante de una medida cautelar puede escoger a quién requerirlas. La subsistencia de atribuciones cautelares al Poder Judicial responde a razones históricas y

51 Ver, MARTINS, Sofia y NAVARRO, Seguimundo: “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre tribunales estatales y arbitrales”, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. 7, N° 1, 2014, ps. 103 y siguientes.

de practicidad. Debe recordarse que hasta no hace mucho era impensado que los árbitros pudieran dictar medidas cautelares.<sup>52</sup> Y que, aun después de plasmarse esa atribución en normas legales,<sup>53</sup> muchos tribunales judiciales se resistían a aceptarla negándose, por prejuicios culturales, a hacerlas cumplir.<sup>54</sup> Esa resistencia no parece ya tan evidente ni generalizada, pero la CNDUMI consideró prudente mantener la opción de requerirlas judicialmente.<sup>55</sup>

Por contraste, en arbitrajes domésticos regidos por la LAP,<sup>56</sup> el poder cautelar es exclusivo de los árbitros: las partes solo pueden solicitar medidas cautelares a una autoridad judicial solo “antes de la constitución del tribunal arbitral” (artículo 47.4), y esas medidas quedan luego sujetas

52 En España, la facultad cautelar de los árbitros no fue reconocida sino hasta la sanción de la Ley 60/2003, pues la anterior (Ley 36/1988), no contemplaba esta posibilidad. Ver, BARONA VILAR, Silvia: “Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral español (Según la nueva Ley de Arbitraje N° 36/1988)”, Rev. La Ley, 1991-A-905.

53 En ocasiones tímidamente, como lo hacía el artículo 17 de la versión original de la LMU.

54 Ver, en la Argentina, CAIVANO, Roque J.: “Medidas cautelares en el arbitraje”, Rev. JA, 1998-IV-47.

55 En las Notas Explicativas de la Secretaría de la CNUDMI sobre la LMU, se señala que el artículo 17-J (cuyo texto es recogido en el artículo 61 de la LACI) “se agregó en 2006 para no dejar lugar a dudas en cuanto a que la existencia de un acuerdo de arbitraje no menoscaba las facultades del tribunal judicial competente para dictar medidas cautelares y a que toda parte en un determinado acuerdo de arbitraje es libre de solicitar al tribunal su otorgamiento” (parágrafo 30).

56 Para los internacionales la LAP conserva la regla de la LMU (artículo 47.9).

a revisión del tribunal arbitral (artículo 47.5), quien puede modificarlas, sustituirlas y dejarlas sin efecto (artículo 47.6).

- *La sustanciación previa de la solicitud de medidas cautelares y el régimen de las órdenes preliminares*

La necesidad de sustanciar la solicitud de una medida cautelar, o la posibilidad de que los árbitros las dicten *inaudita parte* fue uno de los temas que mayores debates generó en el seno del Grupo de Trabajo y de la Comisión que actualizó en 2006 el texto de la LMU.

Contrastando con muchos ordenamientos procesales que, para evitar la frustración de sus efectos prácticos, admiten explícitamente que las medidas cautelares son decididas sin previa comunicación de la solicitud al afectado,<sup>57</sup> numerosas opiniones doctrinarias venían postulando que el dictado de medidas cautelares *ex parte* por parte de los árbitros importaría una violación al debido proceso,<sup>58</sup> contradiría la naturaleza contractual del arbitraje y hasta podría poner en riesgo el cumplimiento de los estándares éticos de los árbitros.<sup>59</sup> Esas divergencias de criterio

57 Tal es el caso de la Argentina, cuyo Código Procesal Civil y Comercial dispone que “las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte” (artículo 198).

58 DERAIS, Yves: “L’arbitre et l’octroi de mesures provisoires *ex parte*”, en MOURRE, Alexis (dir.): *Les Cahiers de l’arbitrage*, vol. II, ed. Gazette du Palais, París, julio de 2004, ps. 74 y siguientes.

59 VAN HOUTTE, Hans: “Ten reasons against a proposal for ex-parte interim measures of protection in arbitration”, Arbitration

finalmente fueron zanjadas en el seno de la CNUDMI, adoptando una solución intermedia: en 2006 la LMU estableció, como regla, la necesidad de sustanciar una solicitud de medida cautelar, pero brinda al tribunal la posibilidad de decretar, a través de una orden preliminar *inaudita parte*, una suerte de medida de no innovar transitoria prohibiendo a la parte contra la cual se dirige la cautelar que se abstenga de modificar el *status quo* mientras aquella es sustanciada y decidida.

Esta fue una solución pragmática, a través de la cual se intenta conjugar los derechos de la parte que solicita la medida, con los derechos de la afectada por la orden emitida sin darle audiencia.<sup>60</sup> La orden preliminar se dicta rápidamente y sin audiencia previa, pero: (i) Requiere que el tribunal arbitral se convenza de que la notificación de la solicitud de una medida cautelar entraña el riesgo de que su propósito se frustre; (ii) Si se adopta, debe ser inmediatamente puesta en conocimiento de la parte a quien va dirigida; (iii) Es susceptible de modificación, suspensión o revocación; (iv) Es esencialmente transitoria,<sup>61</sup> y (v) Sus efectos son limitados, desde que es vinculante pero no es ejecutable.<sup>62</sup>

International, vol. 20, N° 1, 2004, ps. 85 y siguientes.

60 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PERALES VISCASILLAS, Pilar: “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”, Revista de Derecho Comparado, N° 20, 2012, ps. 37 y siguientes.

61 Expira a los veinte de emitida, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral de renovarla (por una sola vez).

62 Al tener como objetivo específico asegurar la eficacia de la medida cautelar, se agota con la adopción de ésta, o con su rechazo.

La LACI adoptó *in totum* el régimen de la LMU, incluyendo las órdenes preliminares. La LAP, en cambio, prevé la necesidad de sustanciar previamente la solicitud de medida cautelar, aunque faculta al tribunal arbitral a dictarla sin necesidad de poner la solicitud en conocimiento de la otra parte, “cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre”, y dispone que, “ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión” (artículo 47.3).

- *La ejecución de las medidas cautelares arbitrales*

La LAP concede al tribunal arbitral la facultad de ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, “salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública” (artículo 48.1). Esta atribución no es reconocida por la LACI, que, si bien da carácter vinculante a las medidas cautelares dispuestas por un tribunal arbitral, solo admite su ejecución compulsiva por vía judicial (artículo 56).

Para la ejecución judicial de las medidas cautelares, la LAP mantiene la tradicional distinción entre decisiones “locales” y “extranjeras”, y prevé un régimen procesal diferente para obtener su cumplimiento coercitivo a través del Poder Judicial. Las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en el Perú se ejecutan directamente por vía de apremio: la autoridad judicial procederá a ejecutarlas “por el solo mérito de las copias del documento que

acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar”, y “sin admitir recursos ni oposición alguna” (artículo 48.2); las dictadas por tribunales arbitrales con sede fuera del Perú se ejecutan previo trámite de reconocimiento, en el cual se aplican las normas sobre reconocimiento de laudos, con algunas precisiones particulares (artículo 48.4). La LACI, en cambio, unifica el tratamiento de las medidas cautelares arbitrales, y las sujeta a *exequatur*, sean dictadas por tribunales con sede en la Argentina o fuera de ella: replicando el artículo 17-H de la LMU, el artículo 56 de la LACI dispone que “toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, *cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada*”,<sup>63</sup> previendo luego un régimen propio para el reconocimiento de toda medida cautelar que deba ejecutarse en la Argentina.

**(6) El procedimiento arbitral**

Aunque no se aprecian diferencias sustanciales en las normas sobre procedimiento de la LACI y de la LAP, destacan dos aspectos que son objeto de regulación en la LAP, sobre los cuales la LACI no se pronuncia.

- *La confidencialidad de las actuaciones*

Por un lado, la LAP contiene un dispositivo (el artículo 51) en el cual impone el deber de <sup>63</sup> Se verá, en el capítulo 9 siguiente, que lo mismo sucede con los laudos. Remitimos allí para una más detallada explicación de la génesis, y de los efectos de esta solución.

confidencialidad y determina tanto su alcance personal,<sup>64</sup> como material.<sup>65</sup> La LACI nada dice sobre este particular. Y de ello, pueden derivarse consecuencias no menores porque, no obstante señalarse que la confidencialidad “es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje”,<sup>66</sup> su tratamiento legal no es uniforme, y tampoco es universalmente admitido que ese deber exista cuando no es expresamente pactado o surge de una norma positiva.<sup>67</sup> En este último punto, que adquiere relevancia a la luz del silencio que guarda la LACI, la doctrina y la jurisprudencia mundial discrepan en torno a si existe o no un “deber implícito” de confidencialidad que pueda importar el compromiso de determinadas personas de mantener reserva sobre diferentes aspectos del arbitraje, en ausencia de pacto o de disposición legal.

<sup>64</sup> Esta obligación se impone, salvo acuerdo en contrario, a las propias partes, a sus representantes y asesores, al tribunal arbitral, al secretario, a la institución arbitral, a los testigos y peritos, y “a cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales” (artículo 51, numerales 1 y 2).

<sup>65</sup> La confidencialidad debe guardarse “sobre el curso de las [actuaciones], incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones” (artículo 51.1), exceptuándose aquellos casos en que el Estado peruano es parte o en que, por exigencia legal, sea necesario hacer público las actuaciones o el laudo, para proteger o hacer cumplir un derecho (artículo 51, numerales 2 y 3).

<sup>66</sup> Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, parágrafo 31.

<sup>67</sup> Ver, CAIVANO, Roque J.: “Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 244, septiembre/octubre de 2010, ps. 609 y siguientes.

Algunas sentencias de los tribunales suecos,<sup>68</sup> australianos<sup>69</sup> y canadienses,<sup>70</sup> e importantes opiniones doctrinarias, niegan la existencia de un deber implícito de confidencialidad.<sup>71</sup> En apoyo de esta tesis, resumidamente, se razona que si bien el

<sup>68</sup> Corte Suprema de Suecia, 27/10/2000, “Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc.”, Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXVI, 2001, ps. 291 y siguientes, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Svea de fecha 30/03/1999, en Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIVa, 1999, ps. 321 y siguientes.

<sup>69</sup> Corte Suprema de Australia, 1995, “Esso/BHP v. Plowman”, (1995) 128 ALR 391.

<sup>70</sup> Corte Superior de Ontario (Commercial List), 2/12/2004, “Adesa Corporation et al. v. Bob Dickenson Auction Service Ltd. et al.”, N° 04-CL-5300, 2004 CanLII 45491 (ON S.C.); Corte de Apelaciones de Québec, 10/12/2010, “Michel Rhéaume Investissement Ltée. et al. c. Société d’investissements L’excellence Inc. et al.”, N° 500-09-018934-083 (500-17-034270-069).

<sup>71</sup> LEW, Julian D.M.: “Expert Report in Esso/BHP v. Plowman”, Arbitration International, vol. 11, 1995, ps. 283 y siguientes; SCHMITZ, Amy: “Untangling the privacy paradox in arbitration”, Kansas Law Review, vol. 54, 2006, ps. 1211 y siguientes; PAULSSON, Jan y RAWDING, Nigel: “The trouble with confidentiality”, Arbitration International, vol. 11, N° 3, 1995, ps. 303 y siguientes; REDFERN, Alan y HUNTER, Martin: *Law and practice of international commercial arbitration*, ed. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 2004, p. 41; TRAKMAN, Leon E.: “Confidentiality in international commercial arbitration”, Arbitration International, vol. 18, N° 1, 2002, ps. 1 y siguientes; LEE, João Bosco: “O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional”, en VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo y LEE, João Bosco: *Estudos de arbitragem*, ed. Juruá, Curitiba, 2008, ps. 285 y siguientes.

arbitraje es privado por naturaleza, de ello no se deriva, necesariamente, un deber de confidencialidad, que solo puede nacer de un acuerdo de voluntad entre las partes o de la ley. Sin embargo, en sentido contrario, los tribunales judiciales ingleses<sup>72</sup> y franceses,<sup>73</sup> y no menos reputados autores,<sup>74</sup> han

72 Corte Comercial, 1984, "Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha", (1984) 2 Lloyd's rep. 373 (Q.B. Com.Ct.); Corte de Apelaciones en lo Comercial, 1990, "Dolling-Baker v. Merrett", (1990) 1 W.L.R. 1205 (C.A.); Corte Comercial, 1995, "Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate", (1995) 1 Lloyd's Rep. 272 (Q.B. Com. Ct.); Corte de Apelaciones en lo Civil, 25/03/2004, "Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow and the Government of Moscow v. Bankers Trust Company and International Industrial Bank", [2004] EWCA Civ 314; Corte de Apelaciones, 12/03/2008, "John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.", [2008] EWCA Civ 184, All ER (D) 162 (Mar).

73 Corte de Apelaciones de París, 18/02/1986, "G. Aita c. A.Ojjeh", Revue de l'arbitrage, 1986, ps. 583 y siguientes. Aunque algunos autores consideran que no implica un cambio jurisprudencial, sino que obedece a las circunstancias del caso, tiempo después la Corte de Apelaciones no hizo lugar a la pretensión de una parte que reclamaba el pago de una multa por violación a la confidencialidad, al juzgar que la parte "no había proporcionado explicaciones suficientes acerca de la existencia de un principio de confidencialidad en el derecho francés del arbitraje internacional (Corte de Apelaciones de París, 22/01/2004, "Nafimco c. Foster Wheeler Trading Company AG", Revue de l'arbitrage, 2004, ps. 646 y siguientes).

74 LOQUIN, Eric: "Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage", Revue de l'arbitrage, 2006, N° 2, ps. 323 y siguientes; DE BOISSÉSON, Matthieu: *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ed. GLN-Joly, París, 1990, p. 684; JARVIN, Sigvard y REID, Gregory: "La confidentialité dans

sostenido que, aunque no se hubiese pactado expresamente ni exista una norma legal que lo imponga, los principales sujetos que participan en un arbitraje (partes, árbitros, instituciones y representantes de ellos) están obligados a guardar reserva de la información que conozcan con motivo o en ocasión del arbitraje, sea como derivación de la naturaleza privada del arbitraje, sea como parte de las obligaciones que, de manera implícita, se incorporan a los diferentes vínculos jurídicos contractuales que los unen entre sí.<sup>75</sup>

#### - La reconsideración de decisiones distintas del laudo

Por el otro, la LACI tampoco prevé, como lo hace la LAP en su artículo 49, la posibilidad de que el tribunal arbitral reconsidere decisiones distintas al laudo.

Esta omisión, con todo, no tiene la relevancia de la anterior, dado que podría interpretarse que esa facultad se encuentra comprendida dentro de los poderes implícitos que los

l'arbitrage: Epilogue de l'affaire Bullbank: Note - Cour suprême de Suède, 27 octobre 2000", Revue de l'arbitrage, 2001, N° 4, ps. 827 y siguientes; LAZAREFF, Serge: "Confidentiality and arbitration: Theoretical and philosophical reflections", ICC Bulletin, Special Supplement, *Confidentiality in arbitration*, 2009, ps. 81 y siguientes; POUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien: *Comparative law of international arbitration*, ed. Thomson/Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 317.

75 En particular sobre la situación de los árbitros, remitimos a CAIVANO, Roque J.: "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo", Lima Arbitration, N° 4, 2010/2011, ps. 119 y siguientes.

árbitros tienen al amparo del artículo 64 de la LACI,<sup>76</sup> que reproduce el artículo 19.2 de la LMU.<sup>77</sup>

#### (7) El laudo

No obstante la coincidencia general de sus disposiciones, en la regulación de algunas de las cuestiones vinculadas con el laudo se observan disparidades entre la LACI, la LAP y la LMU, que expondremos sumariamente en este capítulo.

#### - El derecho aplicable al fondo de la controversia

En relación con el derecho aplicable al fondo de la controversia, la LACI (artículos 79, 81 y 82) y la LAP (artículo 57) siguen, en general, el esquema del artículo 28 de la LMU: las partes pueden convenir las normas jurídicas aplicables; se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes; en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables; y el tribunal solo podrá decidir en equidad si las partes le han autorizado expresamente. Sin embargo, para el supuesto en que las partes no hubiesen pactado el

76 "A falta de [acuerdo entre las partes acerca del procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones] el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado".

77 Con similar redacción, esta regla está también contenida en la LAP, artículo 34.1.

derecho aplicable, tanto la LACI como la LAP se apartan de la LMU y adoptan lo que en derecho comparado se conoce como la *voie directe*.

En efecto, la LMU dispone que "si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables" (artículo 29.2). La LACI (artículo 80) y la LAP (artículo 57.2), en cambio, disponen que, si las partes no indican las normas jurídicas o las reglas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará "las que estime apropiadas".

Ello se explica porque, en arbitrajes internacionales, generalmente entran en juego diferentes ordenamientos jurídicos, y es necesario identificar cuál de todos regirá ciertos aspectos de la relación jurídica.<sup>78</sup> Esta es la función que, en una simplificación extrema de su utilidad, cumple el Derecho Internacional Privado:<sup>79</sup> si bien hoy se le reconoce otras dimensiones, el Derecho Internacional Privado era tradicionalmente conflictualista y se concretaba en la consagración de normas "de conflicto".<sup>80</sup>

78 En esta parte, nos referiremos únicamente al derecho de fondo aplicable a la controversia.

79 GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo: "El arbitraje y el Derecho Internacional Privado", Rev. Thémis, N° 33, 2ª época, Lima, 1996, ps. 85 y siguientes.

80 Las normas de conflicto no son normas sustantivas o materiales: no regulan una determinada situación jurídica, sino que se utilizan para determinar cuáles son las normas que lo harán; son normas de derecho interno de cada país, que pretenden solucionar el posible conflicto de leyes nacionales que puede llegar a aplicarse cuando la relación privada tiene puntos de contacto con más

Para comprender el significado de las disposiciones de la LMU, la LACI y la LAP que estamos examinando, debe recordarse que, históricamente, se han concebido tres métodos para que los árbitros determinen las normas aplicables al fondo de la controversia. El más antiguo consistía en ceñirlos a determinarlo utilizando las normas de conflicto de la sede del arbitraje.<sup>81</sup> Este método fue luego flexibilizado al permitirles elegir las normas de conflicto, para finalmente liberalizar a los árbitros de ese *corset* y permitirles elegir directamente el derecho de fondo, sin pasar por ninguna norma de conflicto. La LMU adoptó en 1985 –y mantuvo en su actualización de 2006– la fórmula intermedia, brindando a los árbitros una discrecionalidad limitada: no les permite elegir directamente el derecho aplicable al fondo, pero sí las normas de conflicto, evitando imponerles el deber de adoptar las normas de conflicto del lugar de la sede del arbitraje.<sup>82</sup> La LACI y la LAP avanzaron un paso de un ordenamiento (DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César L.: *Introducción al Derecho Internacional Privado*, ed. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, tomo I, p. 42).

81 MORENO RODRÍGUEZ, José A.: *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, p. 194.

82 La idea de habilitar la vía directa se discutió durante la elaboración de la LMU, pero finalmente se desechó, optándose por un criterio más cauteloso, que restringiera la discrecionalidad de los árbitros (HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1989, p. 769).

más e incorporaron la vía directa: dejan a los árbitros el campo absolutamente libre para determinar el derecho de fondo aplicable sin necesidad de pasar por las normas de reenvío de ningún derecho,<sup>83</sup> facultándolos a aplicar la norma material sin necesidad de individualizar previamente la regla de conflicto que conduzca a tal resultado.<sup>84</sup> Aunque se le atribuyen algunas desventajas,<sup>85</sup> la vía directa es considerada la forma más moderna y sencilla de determinar el derecho aplicable, y está siendo adoptada por leyes<sup>86</sup> y reglamentos de arbitraje.<sup>87</sup>

#### - Forma y contenido del laudo

Respecto de los requisitos de forma y del contenido del laudo, la LACI (artículo 86) y la LAP (artículo 55), siguen las reglas contenidas en la LMU (artículo 31.1): debe constar por

83 MAYER, Pierre: “L’arbitre et la loi”, en *Le Droit Privé français à la fin du XXe siècle: Études offertes à Pierre Catalá*, ed. Litec, Paris, 2001, ps. 225 y siguientes.

84 VISMARA, Fabricio: “La actividad del árbitro en la determinación de las normas aplicables al mérito de la controversia”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, N° 1, 2004, ps. 50 y siguientes.

85 Se dice que genera incertidumbre para las partes, al no estar determinados los criterios que los árbitros seguirán para determinar la ley aplicable (PETERS, Niek: *The fundamentals of international commercial arbitration*, ed. Maklu, Amberes, 2017, p. 99).

86 Además de la LACI y la LAP, la han adoptado el Código Procesal Civil francés (artículo 1511), la Ley española de Arbitraje de 2003 (artículo 34.2) y el Código Judicial belga (artículo 1710.2), entre otras.

87 Ver, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI (artículo 21.1).

escrito, ser firmado por los árbitros, contener la fecha y el lugar en que se dicta.<sup>88</sup>

Sin embargo, la LAP contiene algunas precisiones que no se incluyen en la LACI ni en la LMU: (i) Determina que la forma escrita del laudo se cumplirá cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 55.2); (ii) Señala que los árbitros pueden expresar su opinión discrepante;<sup>89</sup> (iii) Si bien las tres leyes disponen que cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros siempre que, se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas, la LAP aclara que se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión de la mayoría (artículo 55.3); (iv) Obliga al tribunal arbitral a pronunciarse en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos (artículo 56.2).

Las tres leyes exigen que el laudo sea motivado. Sin embargo, la LAP (artículo 56.1) y la LMU (artículo 31.2) permiten a las partes convenir lo contrario. La LACI suprimió esa expresión (artículo 87), exceptuando el deber de motivar únicamente a los laudos que los árbitros dicten reflejando un acuerdo transaccional entre las partes. En consecuencia, en arbitrajes regidos

88 Que, se presume sin admitir prueba en contrario, es el lugar de la sede del arbitraje.

89 El silencio de la LACI sobre este punto, sin embargo, no significa que un árbitro esté impedido de hacer constar su disidencia (LÉVY, Laurent: “Dissenting opinions in international arbitration in Switzerland”, *Arbitration International*, vol. 5, N° 1, 1989, ps. 35 y siguientes).

por la LACI, las partes no pueden renunciar al derecho a la motivación del laudo. Esta decisión de política legislativa obedece a que la motivación de las sentencias es una de las garantías consagradas por el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica como componente del derecho a un debido proceso,<sup>90</sup> y no es exclusiva del legislador argentino: en la reforma que sufrió la Ley de Arbitraje española en 2011 también se suprimió esa excepción.<sup>91</sup>

#### - Laudos parciales

Ni la LACI ni la LMU contemplan la posibilidad de que los árbitros dicten más de un laudo. La cuestión fue objeto de debate durante las deliberaciones que culminaron con la redacción de la LMU. Aunque finalmente nada de ello fue plasmado en su texto, esta atribución no puede considerarse prohibida.<sup>92</sup> En la LAP ello

90 CIDH, 5/08/2008, “Apitez Barbera y otros c. Venezuela”. Ver, VERBIC, Francisco, “Motivación de la sentencia y debido proceso en el Sistema Interamericano”, *Rev. La Ley*, 25/02/2014.

91 El artículo 37.4 de la Ley 60/2003 reproducía el texto de la LMU y, por tanto, exceptuaba del deber de motivación a los árbitros si las partes lo habían convenido. La reforma introducida por Ley 11/2011 modificó la norma, quitando esa excepción. En su redacción actual, el artículo 37.4 dispone que “el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

92 HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1989, ps. 866 a 869.

surge expresamente del texto del artículo 54, en virtud del cual “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”.

En este aspecto, la LAP recoge la tendencia más moderna, y la práctica arbitral, en la que los árbitros pueden evaluar la conveniencia – en términos de tiempo y costo–de desdoblarse las controversias que le han sido sometidas, no resolviéndolas todas en forma conjunta sino abordando algunas de ellas antes que otras. Un laudo parcial, en el sentido que le atribuimos, no deja de ser “final”, porque respecto de lo que resuelven, son definitivos y zanján esa parte de la disputa, no pongan fin al proceso por existir, todavía, otras pretensiones pendientes de decisión. En este sentido, éstos serían laudos finales-parciales, por oposición a los finales-totales.<sup>93</sup>

#### - Efectos del laudo

La LACI (artículo 102) y la LMU (artículo 35.1) disponen, escuetamente, que el laudo será vinculante y ejecutable por los procedimientos previstos en ellas. La LAP es, en este punto, más enfática: señala que “todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento” (artículo 59.1), y que “produce efectos de cosa juzgada” (artículo 59.2).

<sup>93</sup> ZULETA, Eduardo: “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino”, en TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (dirs.): *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 50 y siguientes.

#### - La ejecución del laudo por los propios árbitros

Consistentes con la idea de que los árbitros carecen de *imperium* y que las medidas que impliquen ejercer actos de compulsión no pueden ser adoptadas sino por órganos judiciales, la LACI y la LMU solo regulan procedimientos judiciales de ejecución del laudo. La LAP avanza en reconocer a los árbitros facultades para ejecutar sus propios laudos.

En efecto, el artículo 67.1 de la LAP dispone que “a solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable”, aunque, a su sola discreción, los árbitros pueden declinar ejercer esa potestad si juzgan necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública (artículo 67.2). Esta última parte de la norma, especialmente en cuanto dispone que en tal caso el tribunal cesará en sus funciones y entregará a la parte interesada copia de los actuados para que ésta recurra a la autoridad judicial, ha sido objeto de críticas: si las partes les han atribuido esa potestad, lo que corresponde es que los árbitros retengan el control sobre el cumplimiento de sus decisiones, aunque sea solicitando ellos mismos la asistencia judicial para el uso de la fuerza pública.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: “Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva Ley de Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 10, 2010, ps. 77 y siguientes.

#### - La ejecución judicial del laudo

En materia de ejecución de judicial del laudo, la LACI y la LMU han complicado innecesariamente las cosas, al disponer idénticos procedimientos para hacer cumplir los laudos extranjeros y los “locales”, es decir, los dictados en el mismo lugar donde se procura su ejecución. La LAP, con mantener diferenciadas estas categorías y los procedimientos para su ejecución, termina a la postre resultando más eficiente. Desarrollaremos este aspecto con más amplitud en el capítulo 9 de este trabajo.

#### (8) El régimen recursivo contra el laudo

Las tres leyes que analizamos mantienen la regla, que ya es prácticamente universal en las legislaciones comparadas, según la cual el recurso o la petición de anulación es la única vía posible de control judicial sobre los laudos. La formulación de las normas, tanto en la LACI, como en la LMU y en la LAP, no deja dudas acerca de que el recurso de apelación ante un órgano judicial no existe, ni puede existir, ya que no es posible que las partes lo incorporen convencionalmente. En otras palabras, los méritos de un laudo no son revisables judicialmente ni aun cuando las partes expresamente hubiesen convenido en ello.<sup>95</sup>

<sup>95</sup> Aun coincidiendo con quienes defienten esta idea en que una apelación judicial desnaturalizaría el arbitraje, hemos considerado que esta solución es excesivamente paternalista, y que las leyes deberían admitir la validez de un pacto mediante el cual las partes acuerden que el laudo sea revisado en una segunda instancia judicial, si así lo desean y lo convienen de

Sin embargo, la LAP incluye una serie de disposiciones que superan en eficiencia el modelo de la LACI y de la LMU.

#### - El dilema de conceder o no efectos suspensivos al recurso de anulación, y una ingeniosa solución de la LAP

Determinar si el recurso de anulación contra los laudos debe tener o no efectos suspensivos es un dilema de difícil solución, en la medida que el legislador se encuentra, en general, frente a dos opciones subóptimas.

Concediéndole efectos suspensivos se obtiene un mayor grado de seguridad jurídica, al evitarse que la ejecución del laudo consolide una situación jurídica, cuando todavía existe la posibilidad de que termine siendo anulado. Pero se pierde en efectividad y se crean incentivos para la utilización abusiva del recurso con propósitos puramente dilatorios. La solución inversa implica materializar en los hechos la idea de que el arbitraje es una justicia más rápida y de instancia única, y se desalientan recursos de anulación frívolos. Pero los problemas derivados de admitir la ejecución de un laudo que no ha adquirido inmutabilidad y podría ser anulado no son menores: aunque la situación pueda no ser enteramente irreversible, la parte que se vio obligada a cumplir una condena a dar sumas de dinero dispuesta en un laudo que luego es anulado, tendrá que iniciar manera expresa e inequívoca. Ver, CAIVANO, Roque J.: “El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina”, *Rev. La Ley*, 2008-D, 1274.

acciones de repetición contra el ejecutante para que le sea reembolsado aquello que pagó indebidamente. La situación puede ser todavía más delicada si el ejecutante es o deviene insolvente, o si se trata de condenas que impliquen obligaciones de hacer o de no hacer, en las cuales la reposición de las cosas al *status quo* anterior puede ser objetivamente imposible.

Siguiendo el modelo de la LMU, la LACI no dice expresamente cuál es el efecto de la “petición de nulidad” del artículo 98. Sin embargo, es posible interpretar que, como regla, carece de efectos suspensivos. Tanto la regla como la excepción surgen del artículo 102 de la LACI. Esta norma prevé que un laudo arbitral será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este capítulo y del capítulo 2 de este título. Y, dentro de las normas a las cuales se remite, el artículo 105 dispone que “si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el apartado V del inciso a) del artículo 104 la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, ordenar también a la otra parte que dé garantías apropiadas”.

En consecuencia, el principio es que la petición de nulidad no suspende los efectos del laudo y éste podrá ser ejecutado. Pero el juez de la ejecución podrá, por aplicación del artículo 105, disponer la suspensión del

trámite procesal.<sup>96</sup>

La LACI tampoco ofrece guías acerca de qué elementos deberá considerar el juez para decidir si prosigue o aplaza la ejecución. Sin embargo, como el artículo 105 de la LACI reproduce el artículo 36.2 de la LMU, cuya fuente directa es el artículo VI de la Convención de Nueva York,<sup>97</sup> es útil conocer cómo ha sido interpretada esta última norma. Al respecto la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que, en función del texto del artículo VI de la Convención y del objetivo general que este tratado persiguió, la regla debe ser la continuación de la ejecución.<sup>98</sup> En primer lugar, porque la construcción gramatical de la norma sugiere esta idea, al postular que el juez “podrá, si lo considera procedente” aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia. En segundo lugar, porque los laudos se presumen válidos y ejecutables, y es el ejecutado quien debe destruir esa presunción.<sup>99</sup> Y, en tercer lugar, 96 Repárese que, conforme el artículo 105, esta decisión no corresponde al juez de la anulación, sino al de la ejecución.

97 “Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo I, literal 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 otorgue garantías apropiadas”.

98 VAN DEN BERG, Albert J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, ed. Kluwer, La Haya, 1994, ps. 353-354; DI PIETRO, Domenico y PLATTE, Martin: *Enforcement of international arbitration awards. The New York Convention of 1958*, ed. Cameron May, Londres, 2001, p. 168.

99 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: “Laudos arbitrales y sentencias extranjeras. Nota sobre

porque los criterios que deben observarse para tomar la decisión son aquellos que inspiraron la Convención (fortalecer la eficacia de los laudos), lo que conlleva la necesidad de que, como regla general, los laudos arbitrales sean cumplidos.<sup>100</sup>

Bajo la clara inspiración de la ley española de 2003, el legislador peruano ha logrado crear una solución que mantiene el equilibrio de los valores en juego y de los intereses de ambas partes.<sup>101</sup> Por un lado, el artículo 59 de la LAP consagra el principio general: todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, produce efectos de cosa juzgada, y es ejecutable judicialmente<sup>102</sup>. Por el otro, el artículo 66.1 define claramente que “la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del su ejecución”, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, N° 15, 2004, ps. 129 y siguientes.

100 ZULETA JARAMILLO, Eduardo y ZULETA LONDOÑO, Alberto: “El artículo VI de la Convención de Nueva York”, en TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (dirs.): *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 627.

101 Preserva el interés de la parte vencedora en el arbitraje, al permitirle obtener una rápida ejecución del laudo, tanto como el de la parte vencida, a quien se le brinda una forma de evitar un desapoderamiento patrimonial de difícil reversión.

102 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos”. Revista Peruana de Arbitraje. Lima, Número 9. 2009. ps. 77 y siguientes. [http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA\\_PERUANA\\_DE\\_ARBITRAJE\\_RPA\\_9\\_2009.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_9_2009.pdf)

laudo ni su ejecución arbitral o judicial”, sin perjuicio de que, a continuación, la misma norma ofrece un sistema práctico y eficaz para evitar la consolidación de los efectos de un laudo cuya validez está siendo disputada.

El corazón del esquema creado por la LAP es el derecho del ejecutado a pedir la suspensión del trámite de ejecución, pero otorgando una garantía. Esa garantía podrá ser acordada por las partes o surgir del reglamento arbitral aplicable (artículo 66.1) y, en caso contrario, la garantía consistirá en una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, otorgada en favor del ejecutante, con una vigencia no menor a seis 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 (artículo 66.2).<sup>103</sup> La liquidación de la garantía es igualmente sencilla: si el recurso de anulación es desestimado, el tribunal judicial entrega la fianza al ejecutante y, en caso contrario, la devuelve al ejecutado.

La fórmula de la LAP es digna de elogio, y soluciona el dilema sin abdicar de los principios propios del arbitraje ni de la seguridad jurídica: el laudo es definitivo y ejecutable, pero quien pretende impugnarlo tiene una herramienta para suspender su ejecución y evitar que la condena dispuesta en el laudo ingrese al patrimonio de su contraparte. Pero si el laudo no es anulado, el ejecutante no tendrá que iniciar (o continuar) el proceso de

103 Los sucesivos numerales del artículo 66 prevén las distintas hipótesis: que la condena dispuesta en el laudo fuese puramente declarativa o no valorizable en dinero, o que requiriese de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática.

ejecución: simplemente cobrará la garantía en forma directa, sin necesidad de ninguna actuación judicial adicional.

- *La posibilidad de renunciar al recurso de anulación*

En arbitrajes internacionales, y bajo ciertas condiciones, el artículo 63.8 de la LAP autoriza a las partes a renunciar total o parcialmente al recurso de anulación.<sup>104</sup> Esta previsión, cuya génesis y cuya lógica explicaremos sumariamente, no se encuentra en la LACI ni en la LMU.

Existe un entendimiento generalizado acerca de que el control de la validez de los laudos por parte de los órganos judiciales es el mínimo grado de supervisión admisible. De allí que si bien casi todas las leyes de arbitraje contemplan un recurso o petición de nulidad como “único recurso”,<sup>105</sup> lo conciben como un remedio irrenunciable. Algunas lo hacen explícito en su propio texto;<sup>106</sup> en otras la

104 La norma establece: “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”.

105 Y por causales taxativas que reflejan el consenso universal respecto de lo que puede y debe ser materia de revisión para asegurar el respecto a principios esenciales.

106 Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial argentino que rige los arbitrajes domésticos (artículos 760 y 771); el Código

irrenunciabilidad es considerada un principio implícito.<sup>107</sup>

El artículo 63.8 de la LAP ha tomado esta solución del artículo 192.1 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, que fue la primera en incorporar esta previsión. Luego de ello, además del Perú,<sup>108</sup> otras leyes de arbitraje adoptaron la misma regla: Túnez, Bélgica, Suecia, Francia y, más recientemente, Colombia.

El objetivo que persigue esta norma es ofrecer a las partes una alternativa frente a los problemas que plantea el sistema de control judicial de los laudos en el arbitraje internacional. En efecto, conforme el esquema más usual, los laudos están sujetos a un “doble control” judicial: un control “primario”, ante los tribunales de la sede del arbitraje, a través de un recurso de anulación, y un control “secundario”, que es el que realiza cada juez ante quien ese laudo se intenta hacer valer, por medio del trámite de reconocimiento de laudos extranjeros previo a su ejecución forzada.<sup>109</sup> La superposición de estas dos vías de control, plantea algunos

de Procedimiento Civil italiano (artículo 829); la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 (Apéndice I, que enumera las normas imperativas de la ley); o el Código Procesal Civil francés (artículo 1491).

107 LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M.: *Comparative international commercial arbitration*, ed. Kluwer Law International, 2003, p. 68.

108 Que ya lo había incorporado en la Ley General de Arbitraje 26572 de 1996.

109 FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, ps. 889/900.

problemas,<sup>110</sup> especialmente porque ambos jueces revisan las mismas situaciones,<sup>111</sup> sin que exista una clara definición en torno a los efectos que una decisión tiene sobre la otra.

No parece discutible que la sentencia del juez de control secundario tiene efectos materiales y territoriales limitados: como no se pronuncia sobre la validez del laudo, solo produce efectos en su territorio. Los efectos de la sentencia del juez de control primario son más discutibles, pero todo indica que, en los hechos, también tiene efectos limitados: si rechaza el recurso de nulidad, el laudo habrá adquirido firmeza e inmutabilidad en ese país, pero no impedirá que el juez del *exequatur* vuelva a controlarlo si se intenta hacerlo valer en otro;<sup>112</sup> si anula el laudo, éste no podrá ejecutarse en ese país, pero nada impide que tenga efectos en otro, como lo demuestra la existencia de una docena de laudos que, anulados en un Estado, fueron de todas maneras reconocidos y ejecutados en otros.<sup>113</sup>

Al ponerse en duda algunos principios que se

110 Ver, CAIVANO, Roque J.: *Control judicial en el arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Ps. 399 y siguientes.

111 En la mayoría de las legislaciones, las causales de nulidad y las que obstan al reconocimiento y ejecución son prácticamente idénticas (ver artículos 34 y 36 de la LMU, 63 y 75 de la LAP y 99 y 104 de la LACI).

112 Control que puede recaer sobre las mismas circunstancias, y con riesgo de decisiones contradictorias.

113 Ver, CAIVANO, Roque J.: “La experiencia internacional en la ejecución de laudos arbitrales anulados”, *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2007-2, octubre de 2007, ps. 471 y siguientes.

consideraban inmovibles,<sup>114</sup> el sistema de control de los laudos entró en crisis. Y, entre las muchas ideas que surgieron para intentar poner remedio a este estado de cosas, comenzó a pensarse en la conveniencia (y en la posibilidad) de eliminar alguna de las instancias de control. Descartada, por utópica, la idea de eliminar el control secundario,<sup>115</sup> las miradas se centraron sobre el control primario. Al amparo de la idea de que la sede del arbitraje no debe tener la importancia que históricamente se le asignó, y que los tribunales de ese lugar no pueden tener el control universal de laudos emanados de arbitrajes internacionales, se instaló una corriente de pensamiento que postula la necesidad de “deslocalizar” el arbitraje, de independizarlo del ordenamiento jurídico y del control de los tribunales judiciales de la sede. Así, los laudos solo serían revisados por los tribunales del lugar donde se pretendiese hacer valer sus efectos.

Aunque transitoriamente, esta idea se llevó a la práctica. En 1985 Bélgica modificó su legislación y dispuso que sus tribunales belgas solo conocerían del recurso de nulidad contra un laudo arbitral si al menos una de las partes era una persona física de nacionalidad belga o residente en Bélgica, o una persona jurídica constituida en Bélgica o que tuviese

114 Como el efecto *erga omnes* de la declaración de nulidad y la creencia de que un laudo anulado no podrá ejecutarse en ningún lado.

115 Se asume que ningún país aceptará reconocer y ejecutar en su territorio un laudo extranjero sin efectuar alguna revisión que asegure que ese laudo no ofenderá ni afectará los principios esenciales de su ordenamiento jurídico o de sus instituciones.

en ese país sucursal o sede de sus negocios. Aunque el razonamiento del legislador belga no carecía completamente de sentido,<sup>116</sup> esta solución no tuvo favorable acogida en la comunidad arbitral: muchas partes dejaron de pactar Bélgica como sede de sus arbitrajes y la CCI evitaba ese país cuando debía escoger la sede.<sup>117</sup> En suma, la experiencia no resultó satisfactoria, y en 1998 Bélgica volvió a modificar su legislación, adoptando el modelo de la legislación suiza.

Hemos considerado que la solución de la LAP es razonable, coherente, y no afecta ningún principio fundamental.<sup>118</sup>

Si partes no peruanas ni domiciliadas en el Perú, la escogen como sede para su arbitraje; el Perú no tendría mayor interés en supervisar la legalidad del laudo, salvo que

116 Si el arbitraje carece de vinculación con Bélgica, la ejecución del laudo casi siempre tendrá lugar en otro Estado, por lo que no había razón para que los tribunales belgas debieran examinar la validez de un laudo que jamás tendría efectos en su territorio, y que era preferible que el control lo efectuaran los tribunales del lugar donde se intentara su reconocimiento o ejecución, quitando la interferencia de un control en la sede, eliminando las demoras que el recurso de nulidad generaría y las posibles inconsistencias a que ese doble control podía dar lugar.

117 DEMEYERE, Luc: "1998 amendments to Belgian Arbitration Law: An overview", *Arbitration International*, vol. 15, N° 3, 1999, ps. 295 y siguientes.

118 CAIVANO, Roque J.: "La renuncia a los recursos", en GAILLARD, Emmanuel y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (dirs.): *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política y Universidad del Rosario, Bogotá, marzo de 2013, ps. 133 y siguientes.

se pretendiese hacerlo valer en el Perú.<sup>119</sup> Y si, en ese contexto, además las partes expresamente al recurso de anulación ante los tribunales peruanos, es legítimo admitir la validez de ese pacto. Importaría una paradoja que se obligue a partes que manifestaron no quererlo, a tener que transitar una instancia de control efectuada por jueces que el Perú tampoco tiene interés en controlar.

Por un lado, no implica privar al laudo de control judicial, porque de todas maneras la decisión de los árbitros será objeto de revisión (y básicamente por las mismas causas) en el trámite de reconocimiento y ejecución seguido en el lugar (o en los lugares) donde se pretenda hacerlo valer: solo se "relocaliza" el control. Tampoco se priva compulsivamente a las partes de una instancia de supervisión judicial sobre los laudos: se les permite renunciarla. Por el otro, tampoco se opone a la Convención de Nueva York, pues no modifica las condiciones en que un laudo extranjero es reconocido o ejecutado en otro país, que es lo que regula la Convención: solo modifica las condiciones en que los tribunales peruanos podrán controlar la validez de los laudos, cuestión que es privativa del legislador peruano. Adicionalmente, refuerza la coherencia de la propia LAP, que se propone reducir la intervención judicial todo lo que sea posible. Y, finalmente, se compadece con el respeto a la autonomía de la voluntad que constituye uno de los pilares del arbitraje: mantiene un umbral mínimo de control (el secundario, que ejerce el juez de la ejecución) y deja a las partes la libertad de escoger si

119 Lo cual es poco probable que suceda, si las partes eligieron el Perú como sede por razones de neutralidad,

desean o no el control primario.<sup>120</sup>

- *Las precisiones respecto de las consecuencias de la anulación*

La sentencia judicial que anula un laudo produce, como consecuencia general, que la decisión de los árbitros carecerá de efectos. Por tanto, las controversias que las partes mantenían, y que fueron decididas en el laudo, permanecerán irresueltas en la parte que hubiese sido anulado. En alguna medida, la anulación "regresa las cosas hacia atrás". El problema, sin embargo, es que la anulación puede obedecer a varias causas, y no siempre es sencillo determinar a qué punto regresan las cosas o en qué situación quedan los derechos de las partes luego de la anulación. Esta incertidumbre es despejada en la LAP, cuyo artículo 65 precisa cuál es la consecuencia de la anulación del laudo según cuál hubiese sido el motivo por el cual se anuló. Ni la LACI ni la LMU ofrecen estas precisiones.

**(9) Reconocimiento y ejecución de los laudos**

El sistema de reconocimiento y ejecución de laudos es uno de aquellos aspectos en que la LACI y la LAP presentan diferencias más significativas. Diferencias que también tiene la LAP respecto de la LMU, en la medida que la LACI siguió casi literalmente sus normas.

120 CURTIN, Kenneth M.: "Contractual expansion and limitation of judicial review of arbitral awards", en CARBONNEAU, Thomas E. (dir.): *American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration*, ed. JurisNet, LLC, Nueva York, 2006, ps. 435 y siguientes.

Para entender las diferencias que en este punto mantienen la LACI y la LAP conviene repasar brevemente algunos conceptos.

El "reconocimiento", en ocasiones identificado como *exequatur*, es un procedimiento judicial, para hacer valer en un país los efectos de una sentencia (judicial o arbitral) dictada en otro, que consiste en efectuar, en el país donde se invoca y a través de sus propios jueces, una verificación de que esa sentencia cumple con los requisitos intrínsecos (competencia del tribunal que la dictó, procedimiento que haya garantizado la defensa en juicio y contenido que no vulnere el orden público) y extrínsecas (legalización, autenticación y eventualmente traducción) que impone el ordenamiento del país receptor.<sup>121</sup>

Para hacer valer los efectos de una sentencia extranjera se requieren dos pasos: su reconocimiento y, eventualmente, su ejecución forzada. El reconocimiento es necesario para equiparar la sentencia extranjera con una nacional. Si es admitido, la sentencia dictada por un tribunal extranjero pasará a tener el mismo efecto en el país que una pronunciada por un órgano nacional.<sup>122</sup> Si es denegado, esa sentencia carecerá de efectos en el lugar, aunque el juez no se pronunciará sobre su validez.<sup>123</sup> La ejecución

121 PALACIO, Lino E.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. Abeledo-Perrot, 11ª edición, Buenos Aires, 1995, p. 683.

122 LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: *Derecho de arbitraje español*, ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 472.

123 DELAUME, Georges R.: "Reflections on the effectiveness of international arbitral

propriadamente dicha consiste en hacer cumplir coactivamente la conducta impuesta en la sentencia, lo que usualmente se lleva a cabo mediante procedimientos de apremio. Pero este segundo paso, de ser necesario,<sup>124</sup> requiere que se haya cumplido el primero: si la sentencia no es reconocida, no será posible instar su ejecución compulsiva. Precisamente porque la finalidad del reconocimiento es obtener una declaración judicial de que la sentencia extranjera posee las condiciones exigidas por la ley interna o el tratado que resulte aplicable, para ser admitida como una sentencia nacional y, en su caso, para ser ejecutable. Reconocimiento y ejecución, en suma, son conceptos y operaciones jurídicas diferentes, aunque unidos por una relación de condicionalidad: el primero es condición necesaria para que la segunda sea posible. En otras palabras, no se puede ejecutar una sentencia que no ha sido previamente reconocida, no hay ejecución sin previo reconocimiento.<sup>125</sup>

Como explicaremos, en la LACI el reconocimiento previo no es solo exigible para los laudos extranjeros, sino también para los dictados en la Argentina.

awards”, *Journal of International Arbitration*, vol. 12, N° 1, 1995, ps. 5 y siguientes.

124 Puede no ser necesario ejecutarla si se trata de una sentencia puramente declarativa que no impone una obligación de hacer para el perdedor.

125 Sí puede, en cambio, haber reconocimiento sin ejecución: las sentencias declarativas, o aun las constitutivas de un derecho, no requieren más que su reconocimiento, que implica admitir sus efectos (GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado*, ed. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1977, p. 445).

En efecto, el artículo 102 de la LACI dispone que “un laudo arbitral, *cualquiera que sea el país en que se haya dictado*, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este capítulo y del capítulo 2 de este título”.<sup>126</sup> Al ser esta norma una copia textual del artículo 35.1 de la LMU, para comprender su significado y alcance, vale la interpretación auténtica que ha hecho la CNUDMI a través de las Notas Explicativas sobre la LMU. De entre las cuales interesa destacar los párrafos 49 y 50, en los cuales se señala explícitamente el propósito de que las mismas normas rijan todos los laudos arbitrales, “con independencia de que se hayan dictado en el país de su ejecución o en otro Estado”, y que al tratar a los laudos de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la LMU “hace una distinción entre los laudos ‘internacionales’ y los ‘no internacionales’, en sustitución de la tradicional diferenciación entre laudos ‘extranjeros’ y ‘nacionales’ (...) En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos ‘internacionales’, sean ‘extranjeros’ o ‘nacionales’, deberían regirse por las mismas disposiciones”.

La conclusión que se deriva de lo expuesto es que, en arbitrajes internacionales: (i) Ya no hay laudos “nacionales” y “extranjeros” sino “internacionales”; y (ii) Los internacionales, aunque se hayan dictado en la Argentina, quedan sujetos al procedimiento de

126 La remisión es a los artículos 102 y 103 (que integran el capítulo 1 del título IX) y a los artículos 104 y 105 (que integran el capítulo 2 del mismo título IX).

reconocimiento previo a su ejecución compulsiva. Esto último, significa que la ejecución de los laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales con sede en la Argentina no se llevará a cabo directamente por procedimientos de apremio (como sucedía hasta la entrada en vigor de la LACI, y como seguirá sucediendo con los laudos dictados en arbitrajes domésticos), sino mediante el doble trámite de reconocimiento y ejecución. Dicho en otras palabras, los laudos internacionales, aun los dictados en la Argentina, se ejecutarán en el país como si fuesen extranjeros: el ejecutante deberá promover el juicio de reconocimiento<sup>127</sup> y, una vez obtenido, instar el procedimiento de apremio establecido en la legislación procesal.<sup>128</sup>

Ello así, los problemas del “doble control” que hemos descrito al comentar el artículo 63.8 de la LAP, también existirán, *mutatis mutandi*, respecto de laudos dictados en la Argentina, que se intenten ejecutar en la Argentina. Lo que conduce a una situación paradójica: los laudos dictados en la Argentina en arbitrajes internacionales, para ser ejecutados en la Argentina, quedan sometidos a un sistema de doble control (nulidad más *exequatur*), que no existe para los laudos dictados en arbitrajes

127 En el cual el ejecutado puede hacer valer todas las defensas del artículo 104 (equivalente al artículo 36 de la LMU y al artículo V de la Convención de Nueva York), norma que, por si hiciera falta, reitera que ella se aplicará “cualquiera que sea el país en que [el laudo] se haya dictado”.

128 Dentro del cual el ejecutado podrá oponer las defensas propias de este tipo de procesos (falsedad de la ejecutoria, prescripción de la ejecutoria, pago, quita, espera o remisión).

domésticos; y se exige “nacionalizar” mediante una sentencia de reconocimiento a laudos que son nacionales. A contramano de los objetivos que parecieran perseguir los redactores de la LMU (cuyo esquema adoptó la LACI), será más sencillo ejecutar en la Argentina un laudo dictado en la Argentina en un arbitraje doméstico, que uno dictado en un arbitraje internacional.

La LAP, en cambio, conserva el modelo tradicional, que resulta más eficiente: mantiene la distinción entre laudos locales y laudos extranjeros, y prevé procedimientos diferenciados para ejecutar unos y otros en el Perú.

En el artículo 68, la LAP regula la ejecución, en el Perú, de laudos dictados en el Perú, a través de vías de apremio. Ejecución que se realiza mediante una petición a la judicial competente, quien “por el solo mérito” del laudo, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución forzada (numeral 2). Y el ejecutado, para oponerse a la ejecución, solo puede plantear dos defensas: pago documentado o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. Previo traslado de la oposición al ejecutante por el plazo de cinco días, el juez resolverá dentro de los cinco días siguientes (numeral 3).

En forma separada, la LAP consagra las normas destinadas a reglar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (artículo 74 y siguientes). Sin perjuicio de mandar que apliquen las Convenciones de Nueva

York y de Panamá, así como cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú (artículo 74.1), y de aclarar que salvo acuerdo en contrario el tratado aplicable será “el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero” (artículo 74.2), reproduce en el artículo 75.2 las causales de denegación del artículo 36 de la Ley Modelo, aclarando que aplicarán a falta de tratado o si son más favorables a la parte que pida al reconocimiento del laudo extranjero (artículo 75.1).

#### **(10) Conclusiones**

Sin pretensión de agotar en este trabajo todas las características de la LACI, hemos puesto el acento en los aspectos salientes de la LACI, y especialmente en aquellos donde se observan diferencias con la LAP.

La conclusión que fácilmente puede obtenerse de ese resumen comparativo es que la LACI se apegó, con muy pocas excepciones, al texto de la LMU. Esta característica, que tiene la innegable ventaja de reproducir normas suficientemente conocidas por la comunidad arbitral internacional conlleva, al mismo tiempo, la incorporación de instituciones desconocidas para el derecho argentino, como las medidas cautelares que requieren sustanciación o la necesidad de promover un trámite de reconocimiento para hacer valer en la Argentina un laudo que no es extranjero.

La estrategia política del Estado argentino de modernizar la legislación, es la misma que en

su momento tuvo la LAP. La LACI claramente pretende insertar a la Argentina en el comercio internacional, brindando al inversor un ambiente confiable y conocido como es la LMU.

La estrategia política del Estado peruano es también brindar al inversor un ambiente confiable, de acceso rápido a la justicia por ello, la LAP si bien no ha seguido a pie juntillas el espíritu de la LMU, una de sus principales fuentes, ha incorporado todos los institutos relevantes de ella, empero en algunos aspectos ha avanzado un paso más en pos de la modernidad, y en otros ha ideado soluciones prácticas que permiten hacer más eficiente la práctica del arbitraje.

\* \* \* \*