

EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO Y EL DERECHO A PATALEAR

THE RECOURSE OF ANNULMENT OF THE ARBITRAL AWARD AND THE RIGHT TO TANTRUM

Fabio Núñez del Prado Chaves *

Uría Menéndez

Universidad Carlos III de Madrid

Ex Miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

Is it advisable for a State to eliminate the annulment action of its Law of Arbitration? Can the parties, by virtue of their party autonomy, waive the annulment action?

In the present article, the author demonstrates that the annulment action has a psychological and a legal-political basis, since, on the one hand, it satisfies the psychological need to challenge or contradict, which is inherent of human beings and; on the other, within the framework of Constitutional State it constitutes a democratic tool that guarantees the control of power.

KEYWORDS: *international arbitration, control of power, right to tantrum, enforcement, Constitutional State, rule of law, award, recourse of annulment, waiver, recognition.*

¿Es aconsejable que un Estado elimine el recurso de anulación de su Ley de Arbitraje? ¿Pueden las partes en virtud de su autonomía privada renunciar al recurso de anulación?

En el presente artículo, el autor demuestra que el recurso de anulación tiene un sustento psicológico y un sustento jurídico-político, puesto que satisface, por un lado, la necesidad psicológica de impugnar o contradecir, la cual es inherente al ser humano y; por el otro, en el marco de un Estado Constitucional constituye una herramienta democrática que garantiza el control de poder.

PALABRAS CLAVE: *arbitraje internacional, control de poder, derecho a patallar, ejecución, Estado Constitucional de Derecho, imperio de la ley, laudo, recurso de anulación, renuncia, reconocimiento.*

* Abogado. Profesor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Asociado internacional del área de arbitraje internacional de la Firma de Abogados Uría Menéndez. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad ESAN. Miembro de la asociación internacional Arbitration Academy.

I. UNA ANÉCDOTA PARA EMPEZAR

Cuenta la anécdota que para aumentar el atractivo y la eficacia del arbitraje internacional en Bélgica, con el propósito de liberar de trabajo al fuero judicial y eliminar las maniobras dilatorias de la parte perdedora, se eliminó el recurso de anulación en controversias que se suscitaban entre partes extranjeras¹.

En efecto, el artículo 1717 inciso 4) del Código Judicial Belga promulgado el 27 de marzo de 1985 establecía lo siguiente:

Artículo 1717.- “Belgian tribunals may only hear actions to obtain the annulment if at least one of the parties to the dispute in which an arbitral award was rendered is either a natural person having the Belgian nationality or residing in Belgium, or a legal constituted in Belgium or having a branch office or any other seat of business in Belgium².”

La medida adoptada por el legislador belga fue catalogada por la comunidad internacional como radical. En ese sentido, el profesor Van Houte ha señalado expresamente que:

“One commentator on the 1985 Law has described it as radical but limited. It is radical because it excludes any kind of direct recourse before Belgian courts and tribunals in order to challenge the validity of an international arbitral award. The parties are reduced to challenging the enforcement of the award abroad if and when the adversary starts execution proceedings³.”

El legislador belga pensó ingenuamente que con esta medida se iba a ganar eficacia y, por ende, Bélgica se iba a convertir en una sede especialmente atractiva⁴. Así, el profesor Vandereist explica que “the legislation was adopted with the expectation that it would increase Belgium’s attractiveness as an arbitral seat⁵.”

Sin embargo, el resultado fue dramático. Mientras esta medida estuvo vigente en Bélgica se tramitaron arbitrajes internacionales contados con una mano⁶. El legislador se vio obligado a admitir su error, por lo que el 19 de mayo de 1998 se aprobó una enmienda al Código Judicial Belga en virtud del cual se recogía nuevamente el recurso de anulación⁷.

¹ Al respecto, el profesor Vandereist ha señalado que “[...] the 1985 Law seeks to promote Belgium as a venue for international arbitration. For that purpose, it was deemed necessary to exclude judicial review by Belgian tribunals of arbitral awards rendered in disputes between parties which have no connection with Belgium. The legislative proposal which led to the enactment of the 1985 Law explicitly referred to the British Arbitration Act of 1979. In order to keep pace with internationally established centers of arbitration, such as London, it was thought it was necessary to introduce similar changes in the Belgian arbitration law.” VANDEREIST, Alain. “Increasing the appeal of Belgium as an international arbitration forum? The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the annulment of arbitral awards”. En: *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 3. 1986. pp. 77-78.

² El texto oficial francés del Código Judicial Belga es el siguiente: “[...] 4. Les tribunaux belges ne peuvent connaître d’une demande en annulation que lorsqu’auj. moins une partie au différend tranché par la sentence arbitrale est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale constituée en Belgique ou y ayant une succursale ou un siège quelconque d’opération”.

³ VAN HOUTE, H. “La loi belge du 27 mars 1985 sur l’arbitrage international”. En: *Review arbitraje*. 1986. p. 29.

⁴ REMÓN, Jesús. “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”. En: *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. 2007. Es importante resaltar que en aquella época una de las leyes de arbitraje más influyentes del mundo era la Ley de Arbitraje Británica de 1979. La gran diferencia entre la ley británica de 1979 y la ley belga de 1985 es que mientras en la primera las partes podían excluir libremente el recurso de anulación previsto en la ley de arbitraje, en el segundo se encontraba tajantemente prohibido que las partes interpongan recurso de anulación luego de dictado el laudo. Sobre el particular, el profesor Vandereist ha señalado que “[...] the main difference between the two laws is that the 1979 Act gives the parties to international arbitral proceedings the possibility to contract out of the judicial review procedures provided for in the 1979 Act, while the 1985 Law automatically and imperatively precludes any kind of judicial review of an international award by a Belgian court or tribunal.” VANDEREIST, Alain. *Op. cit.* p. 80.

⁵ VANDEREIST, Alain. *Op. cit.* p. 80.

⁶ En ese sentido, los profesores Fouchard, Gaillard y Goldman han señalado “[...] then in 1998, the Belgian legislature decided to abandon its rather radical approach, and adopted instead the Swiss Model. The Belgian law of 19 May, 1998, thus replaced article 1717, paragraph 4 of the Judicial Code with a provision whereby [t]he parties may, by an explicit declaration in the arbitration agreement or by a later agreement, exclude any application for the setting aside of an arbitral award, in case none of them is a physical person of Belgian nationality or a physical person having its normal residence in Belgium or a legal persona having its main seat or a branch office in Belgium”. FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. “International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International: Nueva York. 1999. p. 912. Asimismo, Merino Merchán y Chillón Medina han expresado “[...] la ley de 27 de marzo de 1985 de Bélgica suprimió el recurso de anulación, sin otorgar a las partes ninguna posibilidad de renuncia o de aceptación del recurso de anulación. Ello fue objeto de crítica unánime por ir en contra de la expresa voluntad de las partes que ha motivado la nueva redacción del art. 1703 en la reforma de 1998, en el cual se incorpora de nuevo la posibilidad de esta renuncia, pero no con carácter taxativo, como era el caso de la ley anterior”. MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. “Tratado de Derecho Arbitral”. Madrid: Civitas. 2006. pp. 1767-1768.

⁷ Hay quienes han expresado posiciones realmente extremas sobre este particular. Al respecto, Ogayár y Ayllón han señalado que “contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los comprometidos que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la voluntad de los árbitros”. OGAYAR y Tomás AYLLÓN. “El contrato de compromiso y la institución arbitral”. En: *Revista de Derecho Privado*. 1975. p. 232.

La situación en Bélgica fue descrita por el profesor Park en las siguientes palabras:

“Perhaps the best evidence of business community desire for court scrutiny at the tribunal situs lies in Belgium’s failed experiment in mandatory “non-review” of awards. Hoping that a completely *laissez-faire* system would attract arbitration, 1985, Belgium eliminated all motions to vacate awards in dispute between foreign parties. Consequently, in 1998, the Belgian legislature enacted a new statute that now leaves a safety net of judicial review as the default rule⁸.” [El énfasis es nuestro].

Por otro lado, los profesores Hanotiau y Block han señalado expresamente que:

“It seems that with notable exceptions, such as the Eurotunnel arbitration, **the 1985 Reform has dissuaded rather than encouraged parties to choose Belgium as the seat of their arbitration.**” [El énfasis es nuestro].

De igual manera, los profesores Redfern y Hunter han señalado expresamente lo siguiente:

“The admonition in the Model Law *against* intervention by national courts in the process of international arbitration **was taken to extremes by Belgium**, which, at one time, ‘delocalised’ international arbitration by eliminating the possibility of setting aside an award made in Belgium when none of the parties was a natural person having Belgian nationality or residence, or a legal person having its main office or a seat of operations in Belgium. **However, rather than encouraging parties to select Belgium as a seat, it had the opposite effect: the absence of any control by the courts of the seat, however grave the violation of parties’ rights by the arbitral tribunal**, appeared to create a ‘delocalised’ award that could be controlled only upon enforcement. The experiment was abandoned and, in 1998, recourse to the Belgian courts to set aside

an award made in Belgium was reinstated, even for foreign nationals or corporations, unless they chose expressly to exclude any such application, either in the arbitration agreement itself or in any subsequent agreement.¹⁰” [El énfasis es nuestro].

Por último, los profesores Fouchard, Gaillard y Goldman han señalado que:

“The total suppression in Belgium of all recourse may also have discouraged arbitration users looking for a limited but effective review of arbitral awards.¹¹”

Una anécdota similar ocurrió en Malasia en que se consagró la no revisión de los laudos. Sin embargo, al igual que el caso belga, la medida fue un completo fracaso. El profesor Born describe la situación de Malasia explicando que:

“A similar approach to that originally adopted in Belgium had been partially adopted in Malaysia. Until recently, the Malaysian Arbitration Act provided no mechanism for judicial review of any ICSID, UNCITRAL, or Kuala Lumpur Regional Arbitration Centre awards. As with the Belgian legislation, it does not appear that this legislation had attracted users to Malaysia as an arbitral seat and it was abandoned in more recent Malaysian legislation¹².”

Estas anécdotas nos muestran situaciones claramente paradójicas porque parece lógico pensar que la comunidad empresarial tiene un especial interés en que las controversias sean resueltas de la forma más rápida posible; sin embargo, a pesar de que la eliminación del recurso de anulación en Bélgica y Malasia garantizaba mayor celeridad, los comerciantes se rehusaron a pactar a Bélgica y a Malasia como sedes para arbitrar.

II. EL DERECHO A PATALEAR

¿Por qué las medidas adoptadas en Bélgica y en Malasia fueron un fracaso? En nuestra opinión, los legisladores olvidaron que casi por naturaleza exis-

⁸ PARK, William. “The specificity of International Arbitration: the case for FAA Reform”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36. 2003. p. 1267.

⁹ HANOTIAU, Bernard & Block. “The Law of 19 May 1998 Amending” En: *Belgian Arbitration Legislation* 15 *Arb. Int’l* 97. 1999. p. 99.

¹⁰ REDFERN, Alan and Martin HUNTER. “International Arbitration”. En: *Kluwer Law International* 6. Oxford University Press. 2015. pp. 591-592. Asimismo, el profesor Cantuarias ha señalado que “en 1985 Bélgica decidió prohibir el recurso alguno contra ciertos laudos arbitrales, creyendo así que atraería más arbitrajes a ese país. Sin embargo, la experiencia fue un fracaso, por lo que en 1998 se regresó en principio, al sistema anterior de supervisión”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “El arbitraje comercial y de las inversiones”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007. Asimismo, el profesor Born ha expresado que “[...] in some cases, national arbitration legislation has (or has had) prohibitions against any application to annul an award made locally. As discussed below, this was the approach taken for a time by Belgium, which, in 1985, enacted an innovative statute that abolished all rights to seek annulment of awards made in Belgium between non-Belgian parties”. BORN, Gary. “International Commercial Arbitration. Volume III (International Arbitral Awards)”. En: *Kluwer Law of Arbitration* 2. 2014. p. 3362.

¹¹ FOUCHARD, Gaillard y Berthold GOLDMAN. Óp. cit. p. 911.

¹² BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Óp. cit. p. 3362.

te un derecho a patalear. Bentham así lo recordaba, diciendo que “el hijo menor tiende a recurrir a la autoridad del padre contra las órdenes del hijo mayor, o los hijos, en general a los abuelos, contra las injusticias del padre”.

Y lo cierto es que así como en el ámbito más humano las personas tienen la necesidad de contradecir, en el plano jurídico tienen la necesidad de impugnar. Así, todo parece indicar que la impugnación surge de una necesidad psicológica del ser humano.

Son muchos los juristas que han sugerido que la impugnación encuentra sustento en razones psicológicas. Solé Riera ha dicho, por ejemplo, que existe una tendencia natural del vencido a rebelarse contra la derrota¹³. Vescovi ha apuntado que la impugnación surge de un ansia natural de justicia¹⁴. Marinoni, por su parte, ha señalado que luego de la sentencia existe siempre un inconformismo de la parte vencida¹⁵. Carreira Alvim, finalmente, ha anotado que está psicológicamente demostrado que muy raramente alguien se conforma con un único juzgamiento que le sea contrario¹⁶.

Como se puede apreciar, la necesidad de impugnar parece responder a una tendencia natural del ser humano. A las personas les carcome la posibilidad que todo se acabe de una sola vez sin ningún tipo de control. Tienen una necesidad psicológica de objetar, contradecir e impugnar. El ser humano le tiene repulsión a la arbitrariedad y, por ende, necesita que se controle el poder. Se siente más seguro cuando sabe que los excesos van a ser controlados.

Ese fue precisamente el problema de las medidas radicales que se adoptaron en Bélgica y en Malasia. Se obvio por completo que el pataleo y, como consecuencia, la revisión es connatural al ser humano. Las personas le tienen repulsión a la arbitrariedad y, por ende, siempre buscan que se articule un mecanismo de control.

Como no es difícil advertir, la prohibición del recurso de anulación en controversias no solo no incen-

tivó a los comerciantes a resolver sus controversias en Bélgica y en Malasia, sino que los ahuyentó. Ciertamente, no resulta atractivo arbitrar en sedes en donde el abuso de poder, la corrupción o las arbitrariedades, no pueden ser controladas. La posibilidad de que las decisiones sean revisadas les da a las personas estabilidad y tranquilidad¹⁷.

III. EL CONTROL DE PODER EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Si es que sustento del recurso de anulación fuese exclusivamente psicológico, entonces habría que concluir naturalmente que las partes pueden renunciar al mismo en virtud de su autonomía privada. No podría ser de otra manera, ya que dicho pacto únicamente les afecta a ellas.

Esa línea argumentativa ha sido sostenida por el profesor Born en las siguientes palabras:

“Where sophisticated companies freely decide that they wish to forego any review in annulment proceedings, **it is difficult to see why that agreement should not be given effect**, save in the most extraordinary circumstances (e.g., involving post hoc fraud or similar wrongdoing). In particular, **there seems to be little question that commercial parties are – and long have been – free to agree to arbitration ex aequo et bono, and to arbitration without a reasoned award, both of which effectively exclude any meaningful right of judicial review**. If this is permitted, then there is little justification for holding that parties cannot waive appellate review of a tribunal’s substantive decision, reasoning, procedures and other actions.¹⁸” [El énfasis es nuestro].

Por otro lado, el Tribunal Federal Suizo recientemente confirmó la validez de la renuncia al recurso de anulación rechazando un argumento en virtud del cual se sostenía que el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos prohibía la renuncia al recurso de anulación:

“The issue at hand is whether or not it is possible to renounce a recourse against a future arbitral

¹³ SOLÉ RIERA, Jaime. “Recurso de apelación”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. 1997. p. 577.

¹⁴ VESCOVI, Enrique. “Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica”. Buenos Aires: Desalma. 1998. p. 13.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “El doble grado de jurisdicción”. En: Gaceta Jurídica. 2011. p. 41.

¹⁶ Sirva de confirmación la observación de Carnelutti: “[...] el demandado es siempre vencido, pero nunca convencido”.

¹⁷ Al respecto, el profesor Priori ha señalado que “[...] solo encontramos una justificación a la impugnación: el consuelo social y la necesidad de esperanza. Es el medio a través del cual el ordenamiento jurídico establece que una determinada decisión que no se ajuste a determinadas expectativas, puede ser revisada, por ello la sociedad puede estar tranquila, y no solo ello si no esperar”. PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: Advocatus 9. 2003. p. 408.

¹⁸ BORN, Gary. Óp. cit. p. 3368.

award without violating Art. 6(1) EHRC. The question must be answered in the affirmative. The renunciation to appeal does indeed entail the impossibility for the losing party to obtain a finding by the Federal Tribunal that the award under appeal was issued in breach of the fundamental procedural guarantees contained in the treaty provision. However, neither the letter nor the spirit of the provision prevents a person from renouncing such guarantees of his own volition as long as such renunciation is not equivocal and does not conflict with any important public interest.¹⁹

Nosotros nos manifestamos en contra del profesor Born y del Tribunal Federal Suizo. En efecto, hay una razón adicional por la que, salvo situaciones excepcionales, las partes no deberían estar legitimadas para renunciar al recurso de anulación.

En un Estado Constitucional de Derecho el control de poder es una arista fundamental²⁰. En nuestra opinión, no puede hablarse de un Estado Constitucional si el poder –sea ejecutivo, legislativo o jurisdiccional– no está sujeto a un mecanismo de control.

Sobre el particular, el profesor Aragón ha señalado expresamente lo siguiente:

“Entre las características del Estado Constitucional, tan conocidos como debatidos, solo interesa resaltar aquí, el menos discutido, precisamente de todos aquellos: el papel fundamental que en ese tipo de Estado desempeña el control. No es concebible pues la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles”²¹.

En un arbitraje las partes le otorgan jurisdicción al árbitro y, en consecuencia, le otorgan la potestad de resolver su controversia de forma definitiva. El Estado dota de efectos jurisdiccionales a las deci-

siones de los árbitros y, por ende, se reconoce que tienen la calidad de cosa juzgada.

Pues bien, el control de poder como elemento esencial de un Estado Constitucional exige que todos los actos jurisdiccionales –públicos o privados– sean controlados. Ciertamente, no es admisible en un Estado Constitucional que un árbitro tenga libertad absoluta para resolver la controversia. Esa es una puerta abierta a la arbitrariedad. Es indispensable que se preserven condiciones mínimas y que se controlen las arbitrariedades que puedan eventualmente cometer los árbitros.

Al respecto, el profesor Kerr ha señalado expresamente que:

“Judicial review of awards is a necessary bulwark against corruption, arbitrariness, bias, [...] and [...] sheer incompetence, in relation to acts and decisions with binding legal effect for others. No one having the power to make legally binding decisions in this country should be altogether outside and immune from this system.”²²

De hecho, el profesor Born reconoce que existen poderosas razones por las cuales muchas cortes han declarado ineficaces las renunciaciones al recurso de anulación:

“The rationale for decisions refusing to enforce waivers of annulment is that it is essential to the legal protection of the parties, and the national legal order, that there be at least some judicial control over the arbitral process.”²³

Pues bien, en el arbitraje tiene que existir necesariamente algún mecanismo de control²⁴. Como apunta Reisman, “any restricted delegation of power must have some system of control”²⁵. La existencia de un mecanismo que preserve condiciones mínimas es, pues, mandatoria.

¹⁹ Sentencia del 4 de Enero de 2012, DFT 4A-238/2011, Parágrafo 3.2 (Tribunal Federal Suizo). Ver también la Sentencia del 19 de Diciembre de 1990, DFT 116 II 639, 640-41 (Tribunal Federal Suizo).

²⁰ El control de poder no responde simplemente a una decisión arbitraria del constituyente, sino más bien a un complejo proceso histórico. Desde la revolución francesa e incluso desde la teoría británica del siglo XVIII se señalaba que el control era un elemento inseparable de la Constitución. En efecto, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el concepto de Constitución es una ordenación del Estado que debe basarse en el control de poder, la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales.

²¹ ARAGÓN, Manuel. “Constitución y control de poder”. 2014. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/288/5.pdf>

²² KERR, Michael. “Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law”. En: Cambridge University Press y British Institute of International and Comparative Law. 1985. p. 15. Ver también: CRAIG, William. “Uses and Abuses of Appeal From Awards”. Londres: Oxford University Press. 1988. pp. 198-202; MANN. “Private Arbitration and Public Policy”. En: Civil Justice Q. 257. 1985.

²³ BORN, Gary. Óp. cit. p. 3370.

²⁴ REISMAN, Michael. “Systems of Control in International Adjudication & Arbitration – Breakdown and Repair”. En: Duke University Press. 1992. p. 1.

²⁵ Ibid. p. 8.

En ese sentido, Redfern y Hunter han señalado que:

“The need for some control over the way in which these decisions are reached is recognized by most, if not quite all, systems of all”²⁶.

El control al que nos referimos, ciertamente, no tiene por qué implicar una revisión exhaustiva del caso. No es necesaria la existencia de un recurso de apelación en que se revise el fondo del asunto; sin embargo, tampoco es admisible prescindir de un mínimo mecanismo de revisión porque ello implicaría admitir que existen actos jurisdiccionales que están exentos de control. En esta situación se requiere encontrar ese aristotélico justo término medio.

En el arbitraje se ha encontrado ese justo equilibrio a través del recurso de anulación de laudo²⁷. A través de este mecanismo se ha encontrado ese balance entre la necesidad de que se controle el poder y la efectividad del procedimiento arbitral. Ninguna de las causales del recurso de anulación, ciertamente, están dirigidas a revisar el fondo de la controversia. Su objetivo únicamente es resguardar ciertas cuestiones fundamentales con el propósito de evitar arbitrariedades²⁸.

Al respecto, el profesor Remón ha señalado expresamente lo siguiente:

“El recurso de anulación de laudo persigue hacer compatible la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento y, por eso mismo, la impugnación no traslada al juez el conocimiento y decisión del fondo del asunto. La decisión de fondo está encomendada a los árbitros. **La jurisdicción concentra su papel de control en los posibles vicios in procedendo y la garantía del orden público constituye un mero límite negativo, un contrapunto o contrapeso no menos exasperante que imprescindible**”²⁹. [El énfasis es nuestro].

Por su parte, el profesor Garro ha entendido que:

“**Las condiciones mínimas que deben preservarse mediante el recurso de anulación deben limitarse a cuestiones fundamentales**, pues, de lo contrario, las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites que es precisamente lo que apuntaba a eliminar”³⁰. [El énfasis es nuestro].

Ahora bien, si se estudia aisladamente cada una de las causales de anulación que prevé el artículo 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (en adelante, CNUDMI)³¹, podrá advertirse que cada una de ellas tiene como propósito invalidar arbitrariedades que pudiesen eventualmente cometer los árbitros³².

²⁶ REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Óp. cit. pp. 197-198.

²⁷ Un hecho anecdótico que es necesario recalcar es que uno de los factores que ha contribuido de manera decisiva para el éxito de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre el Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo) es que ésta haya optado por (i) proponer un solo tipo de recurso a un órgano judicial como medio de impugnar activamente el laudo; y (ii) haya dispuesto una lista taxativa de motivos de impugnación. Con mucha razón ha dicho el profesor Remón que “[...] en todos los sistemas jurídicos existe la posibilidad de instar la revisión en vía judicial de la validez de un laudo arbitral por motivos tasados, que nunca pueden afectar a la decisión de los árbitros sobre el fondo del asunto”. REMÓN, Jesús. “La anulación de laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”. Óp. cit. p. 357. Asimismo, la jurisprudencia española ha expresado que “[...] el recurso de anulación tiene unos motivos limitados, que miran a cuestiones formales, en cuanto que la actuación de los árbitros no se hubiesen sujetado a la ley, y no a la problemática de fondo, material o sustantiva, que vincule a las partes”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 1994. En nuestra opinión, tanto en el proceso judicial como en el arbitral, resulta conveniente restringir los medios de impugnación a un solo recurso, detallando en forma específica las causales por las cuales se puede utilizar dicho recurso, las mismas que deben responder a supuestos realmente graves. GARRO, Alejandro. “El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central”. En: Arbitraje comercial y laboral en América Central, Transnational Juris Publications. 1990. p. 51-52.

²⁸ Al respecto, el profesor Smith ha expresado que “[...] it is universally accepted rule that arbitral awards may not be reviewed for errors of fact or law [...]. Exclusion of judicial review of arbitral awards for errors of fact or law is one of the foundations on which the social desirability and acceptance of arbitration is firmly built”. SMITH, Hans. “Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards”. En: The American Review of International Arbitration 8. 1997. pp. 148-149.

²⁹ REMÓN, Jesús. “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”. Óp. cit. p. 4. Esa es la razón por la cual el profesor Smith ha señalado que “[...] for if arbitral tribunals could be reviewed for errors of law or fact, arbitration would easily degenerate”. SMITH, Hans. “Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards”. Óp. cit. pp. 148-149.

³⁰ GARRO, Alejandro. “El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central”. Óp. cit. pp. 51-52.

³¹ El artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, es prácticamente una copia casi textual del artículo 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

³² Resulta ilustrativo también analizar el recurso de anulación de laudo del Convenio CIADI en que se puede apreciar que éste únicamente procede ante supuestos realmente serios. Como se podrá apreciar, incluso en el marco de un arbitraje internacional en que el tribunal arbitral está conformado por los mejores especialistas del mundo, los Estados y los

Veamos algunos ejemplos: ¿quién podría dudar que dictar un laudo con parcialidad o corrupción es un abuso intolerable? ¿Quién podría dudar que resolver sobre materias no arbitrables es un acto que requiere de control? ¿Quién podría argumentar que dictar un laudo contrario al orden público no refleja un exceso de poder? ¿Quién podría dudar que vulnerar el derecho de defensa o desconocer el pacto de las partes es una arbitrariedad? Los supuestos descritos sugieren que dichos casos no pueden ser tolerados en un ordenamiento jurídico y, por ende, deben ser controlados.

Al respecto, la profesora Piaggi ha señalado textualmente lo siguiente:

“La nulidad del laudo procede sólo en supuestos muy serios: cuando el laudo se obtuvo mediante corrupción, fraude u otros medios indebidos, cuando existió evidente parcialidad o corrupción en cualquiera de los árbitros, cuando los árbitros incurrieron en conducta al negarse indebidamente a posponer una audiencia –habiéndose fundado el pedido debidamente–, o al negarse a considerar evidencia pertinente y esencial para la controversia [...]”³³. [El énfasis es nuestro].

En ese sentido, concluimos que el recurso de anulación es indispensable en un Estado Constitucional no solo porque satisface la necesidad psicológica de patear que tiene el ser humano, sino también porque constituye una herramienta democrática que apuntala el control de poder.

IV. ¿TIENE EL RECURSO DE ANULACIÓN NATURALEZA CONTRACTUAL?

El profesor Bullard ha argumentado que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual en las siguientes palabras:

“El recurso de anulación, sostenemos, es una figura más consistente con una acción de naturaleza contractual, que con una figura de naturaleza procesal o de Derecho público. Preservar esa naturaleza es una misión difícil en un mundo que ha tendido, principalmente por perspectiva procesalista de las cosas, a ver en el arbitraje una figura más jurisdiccional que contractual”³⁴.

Si bien la propuesta del profesor Bullard es desafiante e interesante, no compartimos su posición. La primera premisa que debemos retener a efectos de refutar la posición del profesor Bullard es que cuando hablamos de la naturaleza jurídica de una institución, nos estamos refiriendo a su partida de nacimiento. No podemos analizar la naturaleza de una institución desde sus consecuencias o desde las causales que activan sus efectos jurídicos. En ese sentido, las preguntas que nos debemos formular a fin de determinar la naturaleza del recurso de anulación son: ¿cómo fue creado el recurso de anulación? ¿Vía autonomía privada o en virtud de un acto estatal?

En nuestra opinión, el recurso de anulación tiene naturaleza estatal, toda vez que su partida de nacimiento no encuentra sustento en el pacto de las partes, sino en la ley. El recurso de anulación existe porque el legislador lo estipuló en la Ley Peruana de Arbitraje. Podría no existir, ciertamente, –como sucedió en Bélgica y en Malasia– pero esa es una decisión que le compete al legislador, no a las partes.

No dudamos que existen razones para argumentar que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual. El problema es que cuando estas razones salen a la luz y son cuestionadas, se empieza a desnudar la poca claridad de su fundamento. Admitir que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual implicaría, por definición, que las partes de un contrato pueden renunciar a él, lo que no es posible en el 95% de los países del mundo. Y lo cierto es que en el 5% restante solo es posible en circunstancias absolutamente excepcionales. En efecto, es difícil pensar en una institución contractual en que la autonomía de la voluntad se encuentra absolutamente restringida.

Pero si el recurso de anulación fuese consistente con una naturaleza contractual ello implicaría no solo que las partes pueden excluirlo del procedimiento arbitral, sino que en el negado e hipotético supuesto en que no existiese –como en el caso de Bélgica descrito– las partes podrían crearlo en virtud de su autonomía privada. Pero, ¿es eso posible? ¿Es ese pacto válido?

inversionistas exigen que exista un mecanismo de control. Al respecto, el artículo 52 del Convenio CIADI señala que “[...] cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.

³³ PIAGGI, Ana Isabel. “Cátedra de Derecho Comercial”. En: <http://catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio3.html>

³⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. En: *Revista Internacional de Arbitraje* 2. 2013. p. 93.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha tenido la posibilidad de pronunciarse a este respecto en el caso *Hall Street Associates v. Mattel*:

“This argument comes up short because, although there may be a general policy favoring arbitration, the FAA has textual features at odds with enforcing a contract to expand judicial review once the arbitration is over. Even assuming §§10 and 11 could be supplemented to some extent, it would stretch basic interpretive principles to expand their uniformly narrow stated grounds to the point of legal review generally”³⁵.

La Corte Suprema estadounidense expresó que la competencia de los órganos judiciales únicamente puede ser creada por ley, pero nunca vía pacto de las partes. Así, teniendo en cuenta que el recurso de anulación es de competencia del Poder Judicial, es difícil argumentar que esta acción tiene naturaleza contractual cuando la Corte Suprema estadounidense ha afirmado que las competencias judiciales no pueden ser creadas mediante contrato.

Como se puede ver, es difícil argumentar que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual si es que la libertad contractual de las partes se encuentra absolutamente restringida, por no decir inexistente. Por ello, el profesor Vandereist ha señalado que “the freedom of the parties to shape the annulment procedure according to their needs or wishes is strictly limited.”³⁶

Pues bien, si las partes no pueden crear este recurso ni tampoco eliminarlo, ¿cómo se puede argumentar que esta acción tiene naturaleza contractual? ¿Dónde queda la autonomía privada y la libertad contractual? Parece que argumentar a favor de la naturaleza contractual del recurso de anulación es imposible.

Es más, la importancia de la autonomía privada de las partes en relación al recurso de anulación se encuentra tan aminorada que incluso se ha señalado que “the provisions governing the recourse against arbitral awards are either imperative provisions, or public policy provisions [...]”³⁷

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que en virtud de la libertad que tienen las partes para diseñar el procedimiento arbitral no son libres de pactar una segunda instancia arbitral que se encuentre

legitimada para anular el laudo. Hay que recordar aquí que el arbitraje es lo que las partes quieren que sea, por lo que si libremente quieren crear un tribunal arbitral de anulación, son libres de hacerlo. Una anulación en esos términos sí tendría naturaleza contractual. No obstante, a nuestro entender, el profesor Bullard argumenta que el recurso de anulación –tal y como está previsto actualmente en la Ley Peruana de Arbitraje– es una acción más consistente con una naturaleza contractual que con una estatal, y con ello discrepamos.

Algunas de las razones en virtud de las cuales el profesor Bullard ha argumentado que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual son las siguientes:

“Creemos que esa visión es equivocada. **La posición que consideramos correcta radica en que el recurso de anulación es la forma de proteger y ejecutar el convenio arbitral.** Es la forma como se garantiza que la existencia y los términos del acuerdo para arbitrar sean respetados. La anulación es consecuencia de que el carácter autoejecutable del convenio excluye la revisión previa a la ejecución, pero necesita un mecanismo posterior de revisión si la ejecución no fue adecuada por ir contra la ley o contra el pacto”. [El énfasis es nuestro].

No dudamos que el recurso anulación protege el convenio arbitral y, por ende, es una garantía del pacto de las partes. Pero eso no lo convierte en un recurso de naturaleza privada. El recurso de anulación busca, además, proteger muchas cosas más. Busca también, por ejemplo, garantizar que se respete el derecho de defensa, el derecho de igualdad, el orden público, la imparcialidad de los árbitros y más.

Lo que es más, nosotros pensamos que el recurso de anulación garantiza el respeto al pacto de las partes no porque sea un recurso de naturaleza privada, sino porque la autonomía privada es tan esencial como el derecho de defensa, la imparcialidad de los árbitros o el orden público y, por ende, debe ser protegida por el Estado. En ese sentido, el legislador ha decidido cuáles son las más serias arbitrariedades que pueden ocurrir en el marco de un procedimiento arbitral y las ha sancionado con la nulidad del laudo.

En nuestra opinión, el arbitraje es una criatura contractual, puesto que su partida de nacimiento

³⁵ *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S.576. United States Supreme Court. 2008.

³⁶ VANDEREIST, Alain. “Increasing the appeal of Belgium as an international arbitration forum?” En: *The Belgian Law*. 1985 concerning the annulment of arbitral awards. Óp. cit. p. 79.

³⁷ *Ibidem*.

to —el convenio arbitral— es creado en virtud de la autonomía privada de las partes. Pero ello no significa que todas las instituciones que se enmarcan en un arbitraje tienen naturaleza contractual. No sucede así con las medidas cautelares, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y, por supuesto, con el recurso de anulación.

Sin embargo, el profesor Bullard ha señalado lo siguiente:

“Pero el arbitraje es en su origen, en su esencia y, sostenemos en este trabajo, en su finalidad y ejecución, una figura contractual. **Y ello incluye la naturaleza de la acción de revisión del laudo por las cortes ordinarias, bajo el recurso de anulación**”³⁸. [El énfasis es nuestro].

El profesor Bullard señala que como el arbitraje es en todos los sentidos una figura contractual, entonces el recurso de anulación también tiene naturaleza contractual. Sin embargo, en nuestra opinión, creer con firmeza en el contractualismo del arbitraje no implica aminorar las pocas e importantes competencias que tiene el Estado en un procedimiento arbitral.

Y lo cierto es que tiene todo el sentido que el recurso de anulación tenga naturaleza estatal, puesto que se trata de una herramienta democrática creada por el Estado que tiene como función controlar el poder jurisdiccional de los árbitros. Controla, ciertamente, el exceso de poder de los árbitros cuando se desconoce el pacto de las partes, pero ello no quita que su naturaleza prosiga siendo estatal.

Además, aceptar que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual aseverando que es la forma de proteger y ejecutar el convenio arbitral nos coloca en una paradoja aún mayor. En efecto, si acaso fuese posible concluir que el recurso de anulación tiene naturaleza contractual en base a un estudio de las causales de anulación previstas en el artículo 63 de la Ley Peruana de Arbitraje³⁹, entonces habría que concluir necesariamente que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos

arbitrales extranjeros previsto en la Convención de Nueva York tiene naturaleza contractual porque este procedimiento también busca proteger y ejecutar el convenio arbitral.

Sin embargo, afirmar que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros tiene naturaleza contractual no resiste el menor análisis. Este procedimiento ha sido creado en virtud de un acto soberano del Estado —la suscripción y ratificación de un tratado—, por lo que evidentemente tiene naturaleza estatal. Afirmar lo contrario nos colocaría en el plano de lo absurdo.

Sin embargo, el profesor Bullard ha señalado expresamente que:

“Lo que corresponde es sustituir una visión publicista del recurso de anulación —que lo visualiza como un mecanismo de garantía de Derecho procesal, es decir, de naturaleza pública— por una visión privatista —que lo visualiza como una garantía de Derecho contractual, es decir, de naturaleza privada—. **Ello debe conducir a un cambio de perspectiva en relación a lo que los jueces ordinarios hacen al conocer de un recurso, eliminado de su visión aspectos vinculados al Derecho procesal —como el de debido proceso— y enfocándose en figuras contractuales más acordes con su naturaleza —no haber podido hacer valer los derechos que adquirió por el convenio arbitral—**. Este cambio de paradigma está más acorde a la naturaleza del arbitraje y permitirá resolver mejor un recurso de anulación”⁴⁰. [El énfasis es nuestro].

Nosotros estamos de acuerdo en que debe haber un cambio de perspectiva, eliminando de la visión de los jueces muchos aspectos vinculados al Derecho Procesal. Y es que los jueces deben entender que el arbitraje y el proceso judicial tienen naturaleza distinta, por lo que no todas las garantías procesales existentes en un proceso judicial son trasladables al arbitraje⁴¹.

Como ha señalado el profesor Rivarola:

“En nuestra opinión, las garantías procesales enmarcadas en el artículo 139 de la Constitución son

³⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. *Óp. cit.* pp. 92-93.

³⁹ Las causales de anulación previstas en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, son prácticamente iguales a las previstas en el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

⁴⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. *Óp. cit.*, p. 82.

⁴¹ No obstante, debemos decir que la historia está cambiando en el Perú. Cada vez hay más personas —jóvenes sobre todo— que se están convirtiendo en auténticos especialistas de arbitraje doméstico e internacional. Nosotros creemos que el arbitraje está adquiriendo cada vez más autonomía y que, tarde o temprano, los “procesalaurios” del arbitraje van a desaparecer en el Perú. Esperemos que ello suceda más pronto que tarde.

de aplicación inmediata al arbitraje, **siempre que no contravengan su naturaleza**. Sería un despropósito pensar, por ejemplo, que el derecho a la doble instancia, el derecho a un juez predeterminado por la ley o la publicidad de los procesos son de aplicación inmediata al arbitraje cuando prácticamente todas las leyes o reglamentos de arbitraje del mundo reconocen que los laudos son inapelables, que el derecho a designar un árbitro es un derecho fundamental y que la confidencialidad es inherente al arbitraje⁴². [El énfasis es nuestro].

Vale la pena aquí hacer una aclaración. Si bien pensamos que algunas de las garantías procesales previstas en el artículo 139 de la Constitución pueden ser extrapoladas al arbitraje, no es deseable que los árbitros y los jueces en anulación utilicen la jurisprudencia judicial para resolver las controversias. Los desarrollos jurisprudenciales están normalmente pensados para el proceso judicial, por lo que aplicarlos al arbitraje pueden terminar de realizarle mucho daño a esta institución.

Por otro lado, debemos resaltar que los árbitros suelen saber muy bien cuando se cruza la raya del debido proceso sin que exista la necesidad de tener como referente las garantías previstas en la Constitución o la jurisprudencia que desarrolla su contenido esencial. Como ha señalado Rivarola:

“En la práctica del arbitraje internacional, no es muy usual que los árbitros invoquen garantías contenidas en un texto constitucional, no solo porque muchas de ellas no son aplicables al arbitraje, **sino porque los árbitros internacionalmente reconocidos suelen saber muy bien qué actos se encuentran dentro de los límites del debido proceso y cuáles no. Normalmente no necesitan estudiar los desarrollos jurisprudenciales de cada una de las garantías procesales para advertir que cierto acto vulnera el derecho de defensa, por ejemplo**”⁴³. [El énfasis es nuestro].

Sin embargo, para lograr que árbitros y jueces en anulación no conviertan al arbitraje en el hermano mellizo del proceso judicial, no es necesario modificar casi mágicamente la naturaleza del recurso de anulación. Lo que se necesita es un cambio de paradigma. Por mucho años en el Perú se ha procesalizado la práctica arbitral y ello ha ocasionado que el arbitraje y el proceso judicial sean vistos bajo la misma lupa, cuando ello no es en absoluto deseable.

Algunas de las causales de anulación, ciertamente, no deben ser vistas bajo una lupa de derecho público, sino privado. Pero ello no porque el recurso de anulación tenga naturaleza contractual —no lo tiene—, sino porque la naturaleza del arbitraje así lo exige. El profesor Bullard grafica este cambio de perspectiva con un buen ejemplo analizando cómo debe ser analizado el derecho de defensa en una acción de anulación:

“[...] se puede imaginar un pacto por el que alguna o ambas partes acuerdan limitar el ejercicio de sus derechos —por ejemplo renunciando a la actuación determinados tipos de prueba restringiendo la cantidad o extensión de los escritos, renunciando a presentar alegatos o a realizar determinadas audiencias”⁴⁴.

Este tipo de pactos —muy habituales en el arbitraje— como renunciar a determinados tipos de prueba, limitar la producción de pruebas, prohibir la utilización del discovery para evitar una “fishing expedition” o limitar la extensión de los escritos, no pueden ser analizados bajo una lupa de derecho procesal porque seguramente serían declarados nulos. Es deseable que el recurso de anulación sea analizado desde el contractualismo del arbitraje, y en ello coincidimos plenamente con el profesor Bullard. Sin embargo, ello no siempre es posible.

Así, el recurso de anulación no puede tener naturaleza contractual, además, porque no en todas las causales de anulación es relevante el pacto de las partes. Poco importa el pacto de las partes, por ejemplo, cuando un juez de anulación está analizando la arbitrabilidad de una reclamación. En efecto, cuando se anula un laudo porque la reclamación no es arbitrable, no se está protegiendo el pacto de las partes, sino la ley. La anulación por falta de arbitrabilidad representa en realidad la negación del pacto de las partes.

Una situación similar ocurre con el orden público internacional. Esta causal de anulación tiene que ser analizada, sí o sí, bajo una lupa de derecho público. Poco importa lo que hayan pactado las partes y lo que haya resuelto el tribunal arbitral. Lo realmente relevante es que se protejan las cuestiones más esenciales del ordenamiento jurídico. Por ello es que el orden público internacional debe ser analizado bajo los mismos parámetros en un procedimiento de exequatur común y corriente, y

⁴² RIVAROLA, Domingo y otros. “Nulla executio sine titulo: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú”. En: Derecho PUCP 78. 2017. p. 76.

⁴³ Ibídem, p. 78.

⁴⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Óp. cit. p. 84.

en un proceso de anulación. El contractualismo del arbitraje en esta causal es, pues, irrelevante.

V. ¿CUÁNDO ES POSIBLE RENUNCIAR AL RECURSO DE ANULACIÓN?

En nuestra opinión, en situaciones excepcionales sí es posible renunciar al recurso de anulación. Pero, ¿no dijimos antes que el recurso de anulación era imperativo en un Estado Constitucional? No. Lo que dijimos es que era imperativo que se controle el poder jurisdiccional de los árbitros. El recurso de anulación, en realidad, no es más que un mecanismo creado para lograr ese propósito. No obstante, si existiese otro mecanismo que cumple el mismo fin, puede prescindirse del recurso de anulación⁴⁵.

Pues bien, si en el marco de un arbitraje internacional las partes renuncian al recurso de anulación, ello no significa que el poder de los árbitros no será controlado⁴⁶. Por el contrario, en la medida que el laudo usualmente tendrá que ser reconocido en otro Estado, los actos de los árbitros serán controlados en virtud de las causales de denegación de reconocimiento de laudo previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York (que son prácticamente iguales a las causales de anulación previstas en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, Ley Peruana de Arbitraje)⁴⁷.

Como se puede apreciar, la renuncia al recurso de anulación busca evitar el problema del doble control (doble exequátur), primero, por la jurisdicción de la sede en vía de la anulación, y luego, por el juez del exequatur en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros⁴⁸.

Sobre el particular, los profesores Poudret y Besson han señalado lo siguiente:

“Les parties peuvent donc n’exclure que certains motifs de nullité de l’art. 190 al. 2 LDIP, notamment celui de la violation de l’ordre public **afin d’éviter un double contrôle au regard de celui du siège et de celui du ou des pays où l’exequatur sera requis** [...]. Nous avons déjà relevé que la possibilité de renoncer au recours avait **pour principale justification le souci d’éviter un double contrôle de la sentence, par le juge du siège puis par celui de l’exequatur. Cela suppose que l’exécution forcée de la sentence implique un tel contrôle judiciaire, généralement régi par la Convention de New York.**”⁴⁹ [El énfasis es nuestro].

Asimismo, el profesor Remón ha señalado expresamente que:

“El tercero de entre los argumentos que suelen aducirse es estrictamente técnico **y se condensa en las disfunciones que se imputan a un sistema**

⁴⁵ La doctrina con respecto a la validez de la renuncia al recurso de anulación se encuentra dividida. Ver *Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto SA v. Constructora Iberoamericana SA*, Corte de Apelaciones en Asuntos Comerciales, División D. 7 de febrero de 2011, en que la corte señaló que las partes pueden renunciar válidamente al recurso de anulación. Sin embargo, con una posición contraria, la Corte Suprema Suiza anuló un laudo dictado por CAS, en que se estableció que las renunciaciones al recurso de anulación son inválidas (caso No. 4P-172/2006, 22 de marzo de 2007).

⁴⁶ De acuerdo al artículo 5 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, “[...] el arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes; b) Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios; c) Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú”.

⁴⁷ Al respecto, Merino Merchán y Chillón Medina han señalado que “[...] una interesante cuestión, a la que hemos tenido ocasión de referirnos con anterioridad, ya que forma parte del típico contenido diferenciador en los sistemas normativos sobre arbitraje internacional, y que siempre se plantea a propósito de la acción de anulación sobre sentencias arbitrales, especialmente en el plano del arbitraje internacional, es la que atañe a la posibilidad de excluir esta modalidad de control por deseo de las partes y de conformidad al derecho aplicable, haciendo de esa guisa inatacable la sentencia arbitral internacional dictada en el territorio y dejando a salvo la posibilidad de ser controlada mediante exequatur en otro país”. MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. “Tratado de Derecho Arbitral”. Óp. cit. p. 1765.

⁴⁸ Para mayor información sobre la prohibición del recurso de anulación y la renuncia anticipada al recurso de anulación se puede revisar la siguiente bibliografía: BERGER, Klaus Peter. “International Economic Arbitration”. En: Kluwer. 1993. p. 721; FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. “International Commercial Arbitration”. En: Kluwer Law International 3. 1999. pp. 910-913; POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. “Droit compare de l’arbitrage international”. Ginebra: Schulthess. 2002. p. 826-833; MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. “Tratado de Derecho Arbitral”. Madrid: Civitas. 2006. pp. 1765-1769; CUARTERO RUBIO, María Victoria. “El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional”. Madrid: Eurolex. 1997. pp. 111-132; VANDEREIST, Alain. “Increasing the appeal of Belgium as an international arbitration forum? The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the annulment of arbitral awards”. En: Journal of International Arbitration. Kluwer Law International 3. 1986. pp. 77-78; DEMEYERE, Luc “1998 Amendments to Belgian Arbitration Law: an overview”. En: Oxford University Press. 1999; HANOTIAU, Bernard & Guy BLOCK. “The law of 19 May 1998 amending Belgian arbitration legislation”. En: Belgian Arbitration Legislation 15 Arb. Int'l 97. 1999.

⁴⁹ POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. “Droit compare de l’arbitrage international”. Ginebra: Schulthess. 2002. p. 830.

de doble control del laudo, primero, por la jurisdicción de la sede en la vía de la anulación, y más tarde, por el juez del exequátur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros⁵⁰. [El énfasis es nuestro].

En consecuencia, brindarle a las partes la posibilidad de renunciar al recurso de anulación en un arbitraje internacional es muy eficiente porque si bien es indispensable que el poder jurisdiccional de los árbitros sea controlado en un Estado Constitucional, es absurdo que sea controlado dos veces por las mismas causales.

Debemos recordar aquí, tal y como han señalado Fouchard, Gaillard y Goldman que “[...] the grounds on which an award may be set aside under recent international arbitration legislation are generally based on the same philosophy underlying the grounds for refusing recognition or enforcement found in the relevant international convention”⁵¹.

Pues bien, en la medida que las causales de denegación de reconocimiento y las causales son de anulación son usualmente las mismas, no es difícil concluir que la realización de un *doble exequatur* no solamente implica el desperdicio de recursos, sino que crea el riesgo de que se dicten decisiones contradictorias porque en el proceso de anulación se podría decir una cosa y en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo lo contrario. Por si fuera poco, la renuncia al recurso de anulación garantiza que la controversia sea resuelta definitivamente en un plazo oportuno.

Por ello es que es indispensable diferenciar los arbitrajes domésticos de los arbitrajes internacionales. En el arbitraje doméstico el recurso de anulación es el único mecanismo de control existente sobre el poder jurisdiccional de los árbitros; sin embargo, en el arbitraje internacional, si el laudo pretende ser reconocido y ejecutado en otro Estado, el recurso de anulación no es una garantía, sino un segundo control, lo que es a todas luces ineficiente.

En ese sentido, el profesor Born —citando un caso turco— explica que la Corte de Casación Tunecina ha declarado que la renuncia al recurso de anulación es válida cuando la controversia se enmarca en un arbitraje internacional; sin embargo, cuando se trata de un arbitraje doméstico, la renuncia es nula:

“Where parties do not have their headquarters, domiciles, or places of business in Tunisia, agreement excluding annulment rights would be valid; where parties were based in Tunisia, agreement would be void”⁵².

A pesar de ello, el profesor Remón ha expresado que las razones para permitir la renuncia al recurso de anulación no son convincentes porque:

“La conveniencia de evitar el doble control afecta sólo a los laudos extranjeros y no es, en rigor, un grave inconveniente si se atiende al paralelismo existente entre las causas de denegación del reconocimiento conforme a la Convención de Nueva York y los motivos de anulación que, siguiendo la pauta de la Ley Modelo, figuran en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno económico y cultural”⁵³. [El énfasis es nuestro].

Nosotros disentimos de lo señalado por el profesor Remón: consideramos que la existencia del doble control sí es un grave inconveniente. En efecto, existen múltiples casos en que la jurisdicción de origen anula un laudo y luego la parte vencedora del arbitraje pretende reconocerlo en otra jurisdicción en virtud del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el cual está previsto en la Convención de Nueva York.

Además, si fuese cierto que el problema del doble control no es muy relevante, no se discutiría con tanto fervor en la doctrina la posibilidad que pueden tener las partes de reconocer un laudo anulado en la jurisdicción de origen. Este es uno de los temas más álgidos que se discute en la doctrina internacional precisamente porque se presenta muy a menudo en la práctica⁵⁴.

⁵⁰ REMÓN PEÑALVER, Jesús. “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”. Óp. cit. p. 10.

⁵¹ FOUCHARD, Gaillard y Goldman. “International Commercial Arbitration”. Óp. cit. p. 910.

⁵² Sentencia del 18 de enero de 2007, caso No. 4674, dictada por la Corte Tunecina de Casación. Citado por: BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Óp. cit. p. 3368. También se puede ver el caso *Noble China Inc. vs. Lei. O.T.C. LEXIS, 2175 (ONTARIO SUPER. CT.)*.

⁵³ REMÓN PEÑALVER, Jesús. Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas. Óp. cit., p. 10.

⁵⁴ En la literatura internacional suele citarse el caso *Chromalloy*. La jurisdicción egipcia anuló un laudo dictado a favor de una empresa norteamericana. Los tribunales americanos y franceses optaron, no obstante, por reconocer y ejecutar el laudo, al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York alegando que: “las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. El mismo criterio siguió la Cour de cassation francesa en casos como *Hilmarton, Norsolor* o *Polish Ocean Line*. REMÓN PEÑALVER, Jesús. Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas. Óp. cit. p. 6.

En atención a lo expuesto, consideramos que siempre que ninguna de las partes del contrato tenga su domicilio, residencia o establecimiento en el país de la sede del arbitraje, las partes deben ser libres de renunciar anticipadamente a la acción de anulación para evitar un absurdo doble control. Naturalmente, la renuncia debe constar por escrito y ser consciente, deliberada y voluntaria.

VI. EXPERIENCIA COMPARADA

Existen numerosos países que han sido conscientes de las ventajas que conlleva brindarle a las partes la posibilidad de renunciar anticipadamente al recurso de anulación en un arbitraje internacional⁵⁵. Al respecto, Redfern y Hunter han señalado lo siguiente:

“In some jurisdictions, parties to arbitrations may be able to exclude their right to challenge an award. Thus, under the arbitration laws of both Switzerland and Belgium, if all parties to an arbitration are foreign, they may agree to exclude the right to challenge the arbitral award. Under the 2011 French Arbitration Law, this right to waive the right to challenge extends to any party.⁵⁶”

A continuación haremos un rápido recorrido por las distintas leyes de arbitraje que han reconocido

esta posibilidad y luego resumiremos las diferencias en un cuadro comparativo:

A. Bélgica

El artículo 1718 del Código Judicial Belga señala expresamente lo siguiente:

“Article 1718- The parties can, either by express declaration in their arbitration agreement or by a later declaration, waive set-aside proceedings of an award if none of them is either a Belgian national or resident, or a legal person established in Belgium or having a branch there.⁵⁷”

B. Suiza

El artículo 192 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado se pronuncia en los siguientes términos:

“Artículo 192- If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds [thereof]⁵⁸.

⁵⁵ Sobre el particular, Merino Merchán y Chillón Medina han expresado que “respecto de la cuestión planteada en segundo lugar, esto es, la posibilidad, configurada en la ley o tratado de aplicación, de renunciar a priori sobre la acción de anulación, existen varios grupos de ordenamientos que pueden ser sistematizados de la manera siguiente: 1) Países que no permiten tal posibilidad, sobre la base de considerar que las sentencias arbitrales se insertan en un orden jurídico estatal y que, en consecuencia, un cierto control de las mismas es conveniente cuando no indispensable y consustancial al arbitraje como institución. 2) Países que permiten la renuncia cuando concurren circunstancias extraordinarias y concretas que presuponen o hacen posible el desinteresamiento en el país en que se ejerce el control. Sería el caso del derecho Belga (art. 1717.4 del Código Judicial); derecho Panameño (decreto ley 5 de 1998). En tales casos la renuncia es posible cuando las partes sean extranjeras y no se contravenga el orden público del foro, en su faceta de orden público internacional. 3) Países vinculados por un tratado que excluiría en todo caso la posibilidad de ejercer el control de anulación, instrumentando un órgano específico dentro del tratado para este menester. Es el caso del Tratado de Washington de 1965, art. 52 sobre diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros estados. 4) Países que permiten la exclusión parcial del control estatal ante la concurrencia de determinadas circunstancias como puede ser la nacionalidad de las partes y la no afectación del orden público. Caso del derecho helvético (192 LDIF) y el británico a partir de la reforma de la Arbitration Act”. MERINO MERCHÁN, José F. y José María Chillón Medina. Tratado de Derecho Arbitral. Óp. cit. p. 1766-1767.

⁵⁶ REDFERN, Alan and Martin Hunter. “International Arbitration”. Sexta edición. Londres y Boston: Kluwer Law International, Oxford University Press. 2015. p. 578.

⁵⁷ Al respecto, el profesor Born ha señalado que “Belgium provides a relatively expansive approach, applicable in cases where the parties have no relationship to Belgium. As discussed above, in 1985, Belgium enacted legislation, which abolished any right to apply to Belgian courts for annulment of awards made between non-Belgian parties. Belgium later amended its arbitration statute (in 1998) to restore the right to seek annulment of awards made in Belgium, save where (non-Belgian) parties had affirmatively agreed to exclude or limit annulment applications. The statute leaves little question but that such agreements are presumptively valid and enforceable, regardless of the grounds on which annulment might be sought”. BORN, Gary. “International Commercial Arbitration”. Óp. cit. p. 3365.

⁵⁸ Al respecto, Fouchard, Gaillard y Goldman han señalado que “[...] unlike the Belgian system introduced in 1985, Swiss law thus gave the parties the option to exclude recourse against an award. If they intend to do so, they must expressly provide for such an exclusion. The Swiss courts have rightly been strict when examining the parties' intentions to make such an exclusion. For example, they held that Article 24 of the previous ICC Rules (art. 28(6) of the 1998 Rules), which provides that the parties are deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made, does not in itself constitute an exclusion of actions to set aside the award under article 192 of the Swiss Statute. The same was held to be true with respect to the provision whereby an award is to be “final”. FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. “International Commercial Arbitration”. Óp. cit. pp. 911-912.

If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention [...] applies by analogy.”⁵⁹

C. Francia

El artículo 1522 literal 1) del Código Procesal Civil Francés expresa lo siguiente:

“Art 1522- By way of a specific agreement the parties may, at any time, expressly waive their right to bring an action to set aside.”⁶⁰

D. Panamá

El artículo 36 del Decreto Ley 5, Ley del el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación, se pronuncia de la siguiente manera:

“Artículo 36: Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior”.

E. Perú

El artículo 63 literal 8) de la Ley Peruana de Arbitraje señala textualmente lo siguiente:

“Artículo 63.- Causales de anulación.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, re-

sidencia 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”.

F. Suecia

La sección 51 literal 1) de la Ley Federal de Suecia expresa lo siguiente:

“Section 51- Where none of the parties is domiciled or has its place of business in Sweden, such parties may in a commercial relationship, by an express written agreement, exclude or limit the application of the grounds for setting aside an award as are set forth in section 34.”⁶¹

G. Túnez

El artículo 78 literal 6) del Código de Arbitraje se pronuncia con los siguientes términos:

“Article 78- (6). - The parties who have neither domicile, principal residence, nor business establishment in Tunisia, may expressly agree to exclude totally or partially all recourse against an arbitral award.”⁶²

⁵⁹ Sobre el particular, el profesor Born ha señalado que “[...] current Swiss law is similar to the revised Belgian legislation. Articles 190 and 192 of the Swiss Law on Private International Law provide Swiss courts with jurisdiction over applications to annul awards made in Switzerland, while also specifying that non-Swiss parties may agree to exclude such applications. Non-Swiss parties are expressly permitted to waive either some or all of the grounds for annulment specified in Article 190; this includes waiver of annulment on grounds of serious defects in the fairness in the arbitral process, such as denials of the right to be heard or partiality of the arbitral tribunal”. BORN, Gary. “International Commercial Arbitration”. Óp. cit. pp. 3365-3366. Por otro lado, Merino Merchán y Chillón Medina han señalado que “[...] según el Derecho suizo las condiciones para que la renuncia sea válida son la de que sea internacional el arbitraje y que las partes que impugnen el laudo no deben tener ninguna relación con el país de la sede del arbitraje. En América Latina, el artículo 36 del Decreto ley panameño del arbitraje de 1999 admite la posibilidad de que sean las propias partes las que renuncien al recurso de anulación si el arbitraje es internacional y existe un pacto previo de los compromisarios en el que acuerden la renuncia”. MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. “Tratado de Derecho Arbitral”. Óp. cit. p. 1767. Asimismo, el Tribunal Federal Suizo ha señalado que “[...] the express declaration referred to in Article 192(1) PILA must reveal in a clear and distinct manner the common intention of the parties to waive their right to challenge [the award] [...]. Yet, it is not essential in order to establish such an intention that the parties cite such or such provision or that they use such or such expression. “[...] if the parties wish to exclude any form of recourse only on one ground or another listed in Art. 190(2) [...] one cannot imagine that they can do so without expressly mentioning the one ground or grounds [...], be it by indicating the corresponding letter or letters of Art 190(2), or by repeating the legal text or any other formulation enabling to unmistakably identify the ground for challenge which is excluded.” Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 4 de febrero de 2005. ASA Bull. 2005. p. 508. Por último, el Tribunal Federal Suizo expresó que “as arbitration is a contractual method of resolving disputes by recourse to private judges – arbitrators – that the parties may choose, one does not see a priori which important public interest a renunciation to the review in advance could possibly harm the ordinary course of life in such a procedural context.” Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 4 de enero de 2012, ASA Bull, 2012. p. 369.

⁶⁰ En el caso *SARL Farmex vs. Republique d’Armenie, Ordonnance RG No. 13/22288* se determinó que no son posibles las renunciaciones parciales.

⁶¹ Al respecto, Fouchard, Gaillard y Goldman han expresado que “[...] in 1999, the same rule was adopted in Sweden [...]. The adoption of this rule, which had long been contemplated, is not surprising in light of the previous case law of the Swedish Supreme Court which refused to hear actions to set aside awards made in Sweden in cases which had no connection with Sweden other than the seat of the arbitration”. FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. “International Commercial Arbitration”. Óp. cit. p. 912.

⁶² Sobre el particular, Fouchard, Gaillard y Goldman han señalado que “the principle adopted in Switzerland was followed in the 1993 Tunisian Arbitration Code (art. 78(6))”. FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. “International Commercial Arbitration”. Óp. cit. p. 912.

A fin de pincelar las diferencias entre las distintas leyes de arbitraje que han establecido que es posible renunciar al recurso de anulación, hemos elaborado el siguiente cuadro comparativo⁶³:

| País | Abierto a partes locales | Forma | Posibilidad de renuncia parcial |
|---------|--------------------------|---|---------------------------------|
| Bélgica | No | Declaración expresa en el convenio arbitral o mediante una declaración posterior | No se regula |
| Suiza | No | Declaración expresa en el convenio arbitral o mediante un subsecuente acuerdo escrito | Sí |
| Francia | Sí | Acuerdo específico, en cualquier momento, pero debe ser expreso | No |
| Panamá | No se regula | No se exige ninguna formalidad | No se regula |
| Perú | No | En el convenio arbitral o en el último documento escrito | Sí |
| Suecia | No | Acuerdo escrito expreso | Sí |
| Túnez | No | Acuerdo expreso | Sí |

En nuestra opinión algunas de las leyes de arbitraje que permiten la renuncia al recurso de anulación son defectuosas. Como hemos señalado, con el riesgo de ser reiterativos, es imperativo que se controle el poder jurisdiccional de los árbitros.

El problema es que en algunas de las leyes de arbitraje se ha autorizado la renuncia al recurso de anulación sin advertir que se estaba abriendo una puerta a la arbitrariedad. En efecto, en las leyes de arbitraje de Bélgica, Francia, Panamá y Suecia se permite la renuncia al recurso de anulación en aquellos casos en que las partes no tienen domicilio en la sede bajo la premisa de que el control se ejercerá siempre por medio de las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos previstas en la Convención de Nueva York.

No obstante, ¿qué sucede en los casos en que las partes no tienen domicilio en la sede, han renunciado anticipadamente a la acción de anulación y quieren, sin embargo, ejecutar el laudo en el territorio de la sede? ¿Quién ejerce el control sobre el poder jurisdiccional de los árbitros en dichos casos? Como es de vuestro conocimiento, en el

marco de un arbitraje internacional el laudo tiene la nacionalidad de la sede, por lo que en dichos casos podría ejecutarse el laudo sin ningún tipo de control.

Estos casos no tendrían por qué ser excepcionales ni mucho menos. Al contrario, uno de los principales criterios que toman en cuenta las partes al momento de elegir la sede del arbitraje es el lugar en que se encuentran sus activos porque saben que si ejecuta el laudo en la sede no tendrán que pasar por un engorroso –y a veces largo– procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros previsto en la Convención de Nueva York.

Las leyes de arbitraje de los países mencionados olvidaron que un supuesto como éste podía ocurrir y, lo que es peor aún, podría presentarse muy a menudo. Como mencionamos anteriormente, esta es una puerta abierta a la arbitrariedad, puesto que se está reconociendo que el poder jurisdiccional de los árbitros puede estar exento de control.

Sin embargo, tanto en Suiza como en Perú se ha sido consciente de que es indispensable controlar el poder de los árbitros y se ha brindado una solución a este problema. En efecto, en Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado se estipuló lo siguiente:

“If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention [...] applies by analogy”.

Por otro lado, en la Ley Peruana de Arbitraje se ha señalado expresamente lo siguiente:

“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 (que regula el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros)”.

Tanto la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado como la Ley Peruana de Arbitraje han brindado una solución inteligente. Ambas leyes han estipulado que en aquellos casos en que las partes renuncian al recurso de anulación y el laudo pretenda ser ejecutado en el territorio de la sede, a fin de garantizar la existencia de un control sobre el poder jurisdiccional de los árbitros, la Convención de Nueva York se aplicará por analogía. Ello

⁶³ La elaboración del presente cuadro se ha basado en la presentación que realizó Maxi Scherer, profesora de Queen Mary University of London y Special Counsel de WilmerHale, en la sesión de la Academia de Arbitraje realizada en París el martes 30 de junio y el jueves 2 de julio de 2015.

significa que la parte vencedora se verá igualmente obligada a iniciar un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo en la sede.

Sobre el particular, los profesores Poudret y Besson han señalado que:

“C’est pour parer à une conséquence aussi choquante de la renonciation au recours que l’art. 192 al. 2 LDIP subordonne l’exécution de cette sentence nationale à un contrôle selon la Convention de New York, appliquée par analogie.⁶⁴”

Las soluciones brindadas por las leyes de arbitraje de Perú y Suiza han encontrado un justo equilibrio permitiendo la renuncia al recurso de anulación logrando, por un lado, que las partes no se vean sometidas a un absurdo e ineficiente doble exequatur –junto con todos los costos y riesgos que implica–; y, por el otro, se garantiza la existencia de un mecanismo de control.

En conclusión, consideramos que los demás países deberían copiar en sus leyes de arbitraje la disposición contenida en el artículo 63 inciso 8) de la Ley de Arbitraje o la disposición contenida en el artículo 192 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado. En nuestra opinión, las soluciones brindadas en Perú y en Suiza pueden ser catalogadas como eficientes y auténticamente democráticas al mismo tiempo.

VII. CONCLUSIONES

1. La necesidad de impugnar responde a una tendencia natural del ser humano. Las personas tienen una necesidad psicológica de objetar, contradecir e impugnar. El ser humano le tiene repulsión a la arbitrariedad y, por ende, necesita que se controle el poder. Así, todo parece indicar que la impugnación surge de una necesidad psicológica del ser humano.
2. El control de poder como elemento esencial de un Estado Constitucional exige que todos los actos jurisdiccionales –públicos o privados– sean controlados. Ciertamente, no es admisible en un Estado Constitucional que un árbitro tenga libertad absoluta para resolver la controversia. Es indispensable que se preserven condiciones mínimas y que se controlen las arbitrariedades que puedan eventualmente cometer los árbitros.
3. El control al que nos referimos, ciertamente, no tiene por qué implicar una revisión exhaustiva del caso. No es necesaria la existencia de un recurso de apelación en que se revise el fondo del asunto; sin embargo, tampoco es admisible prescindir de un mecanismo mínimo de revisión porque ello implicaría admitir que existen actos jurisdiccionales que están exentos de control.
4. En el arbitraje se ha encontrado ese justo equilibrio a través del recurso de anulación de laudo. A través de este mecanismo se ha encontrado ese balance entre la necesidad de que se controle el poder y la efectividad del procedimiento arbitral. Ninguna de las causales del recurso de anulación están dirigidas a revisar el fondo de la controversia. Su objetivo únicamente es resguardar ciertas cuestiones fundamentales con el propósito de evitar arbitrariedades.
5. El recurso de anulación es indispensable en un Estado Constitucional no solo porque satisface la necesidad psicológica de patelear que tiene el ser humano, sino también porque constituye una herramienta democrática que garantiza el control de poder.
6. El recurso de anulación tiene naturaleza estatal, toda vez que su partida de nacimiento no encuentra sustento en el pacto de las partes, sino en la ley. El recurso de anulación existe porque el legislador lo estipuló en la Ley Peruana de Arbitraje. Podría no existir, ciertamente, pero esa es una decisión que le compete al legislador, no a las partes.
7. En situaciones excepcionales sí es posible que las partes renuncien al recurso de anulación porque es imperativo que se controle el poder jurisdiccional de los árbitros, y lo cierto es que en los casos en que el laudo tiene que ser reconocido y ejecutado en otro Estado, los actos de los árbitros serán igualmente controlados en virtud de las causales de denegación de reconocimiento de laudo previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York.
8. La renuncia al recurso de anulación busca evitar el problema del doble control (doble exequatur), primero, por la jurisdicción de la sede en vía de la anulación, y más tarde, por el juez del exequatur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

⁶⁴ POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. “Droit compare de l’arbitrage international”. Óp. cit. p. 830.

9. Brindarle a las partes la posibilidad de renunciar al recurso de anulación en un arbitraje internacional es muy eficiente porque si bien es indispensable que el poder jurisdiccional de los árbitros sea controlado en un Estado Constitucional, es absurdo que sea controlado dos veces por las mismas causales.
10. Existen numerosos países que han sido conscientes de las ventajas que conlleva brindarle a las partes la posibilidad de renunciar anticipadamente a la acción de anulación en un arbitraje internacional como Bélgica, Suiza, Francia, Panamá, Perú, Suecia y Túnez.
11. Si bien los Estados deben permitir en sus leyes de arbitraje que las partes renuncien anticipadamente al recurso de anulación, deben estipular en las mismas que en los casos en que las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y pretendan ejecutar el laudo en el territorio de la sede, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en la Convención de Nueva York será aplicado analógicamente.
12. Las soluciones brindadas por la Ley Peruana de Arbitraje y la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado han encontrado soluciones que permiten la renuncia anticipada al recurso de anulación logrando que, por un lado, las partes no se vean sometidas a un absurdo e ineficiente doble *exequatur*; y, por el otro, se garantice la existencia de un mecanismo de control.

VIII. PROPUESTA NORMATIVA

En conclusión, proponemos a los Estados que incorporen en sus leyes de arbitraje la siguiente disposición que se encuentra inspirada en la Ley Peruana de Arbitraje y en la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado⁶⁵:

“Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad de la sede o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en el territorio de la sede, se podrá acordar expresamente la renuncia anticipada al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales.

Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en el territorio de la sede, se aplicará el procedimiento de

reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros previsto en la Convención de Nueva York por analogía”.⁶⁶

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Código Judicial Belga

Código Procesal Civil Francés

Código de Arbitraje de Túnez

Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje en el Perú

Decreto Ley 5, Ley del el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación en Panamá

Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado

Ley Federal de Arbitraje en Suecia

Doctrina

ARAGÓN, Manuel. “Constitución y control de poder”. 2014. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/288/5.pdf>

BORN, Gary. “International Commercial Arbitration. Volume III (International Arbitral Awards)”. En: *Kluwer Law of Arbitration* 2. 2014

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. En: “*Revista Internacional de Arbitraje* 2”. 2013.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “El arbitraje comercial y de las inversiones”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007.

CRAIG, Willian. “Uses and Abuses of Appeal from Awards”. Londres: Oxford University Press. 1988.

CUARTERO RUBIO, María Victoria. “El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional”. Madrid: Eurolex. 1997.

DEMEYERE, Luc “1998 Amendments to Belgian Arbitration Law: an overview”. Londres: Oxford University Press. 1999.

⁶⁵ Sobre el particular, Fouchard, Gaillard y Goldman han señalado que “[...] it would not be surprising to see more arbitration statutes following the Swiss, Tunisian, Belgian and Swedish examples”. FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. “International Commercial Arbitration”. *Óp. cit.* p. 913.

- GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John Savage (editores). "Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration". La Haya, Londres y Boston: Kluwer Law International. 1999.
- HANOTIAU, Bernard y Guy BLOCK. "The Law of 19 May 1998 amending Belgian Arbitration Legislation" En: Belgian Arbitration Legislation 15. 1999. <https://doi.org/10.1093/arbitration/15.1.97>
- KERR, Michael. "Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law". Londres: Cambridge University Press y British Institute of International and Comparative Law. 1985.
- GARRO, Alejandro. "El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central". En: Arbitraje comercial y laboral en América Central. Transnational Juris Publications. 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "El doble grado de jurisdicción". En: Editorial Gaceta Jurídica. 2011.
- MANN. "Private Arbitration and Public Policy". En: Civil Justice 257. 1985.
- MERINO MERCHÁN, José y José María CHILLÓN MEDINA. "Tratado de Derecho Arbitral". Madrid: Civitas. 2006.
- REMÓN, Jesús. "La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público". En: InDret - Revista para el Análisis del Derecho 3. Barcelona. 2007.
- REISMAN, Michael. "Systems of Control in International Adjudication & Arbitration – Breakdown and Repair". Durham: Duke University Press. 1992
- RIVAROLA REISZ, Domingo y Fabio NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES. "Nulla executio sine titulo: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú". En: Revista Derecho PUCP 78. 2017.
- OGAYAR y Tomás AYLLÓN. El contrato de compromiso y la institución arbitral. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1975.
- PARK, William. "The specificity of International Arbitration: the case for FAA Reform". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law 36. 2003.
- PIAGGI, Ana Isabel. "Cátedra de Derecho Comercial". En: <http://catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio3.html>
- PRIORI POSADA, Giovanni. "Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción". En: Advocatus 9. 2003.
- POUDRET, Jean-François y Sébastien BESSON. "Droit compare de l'arbitrage international". Ginebra: Schulthess. 2002.
- REDFERN, Alan y Martin HUNTER. "International Arbitration". Londres y Boston: Kluwer Law International y Oxford University Press. 2015.
- SMITH, Hans. "Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards". En: The American Review of International Arbitration 8. 1997.
- SOLÉ RIERA, Jaume. "Recurso de apelación". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. 1997.
- VANDEREIST, Alain. "Increasing the appeal of Belgium as an international arbitration forum? The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the annulment of arbitral awards". En: Journal of International Arbitration 3. 1986.
- VAN HOUTE, H. "La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international". En: Revue de l'arbitrage. 1986.
- VE스코VI, Enrique. "Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica". Buenos Aires: Depalma. 1998.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 19 de Diciembre de 1990. DFT 116 II 639. 640-41.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 1994.
- Sentencia Tribunal Federal Suizo de 4 de febrero de 2005. ASA Bull. 2005.
- Corte Suprema de Suiza, caso No. 4P-172/2006, 22 de marzo de 2007.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S.576. 2008.
- Corte de Apelaciones en Asuntos Comerciales. Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto SA v. Constructora Iberoamericana SA. División D. 7 de febrero de 2011.
- Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 4 de Enero de 2012. DFT 4A_238/2011. Parágrafo 3.2.
- Caso SARL Farmex vs. Republique d'Armenie, Ordonnance RG No. 13/22288.