

“NO COMETERÁS ACTOS IMPUROS”: EL ORDEN PÚBLICO Y EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL*

Alfredo Bullard González**

Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

Hoy en día, la discusión en torno a la revisión judicial posterior de laudos arbitrales pasa por el principio del “orden público”, afirmándose que el resultado de un arbitraje que contravenga dicho principio podría no ser ejecutable. El problema es que el concepto de “orden público” es muy amplio y subjetivo. El problema es mayor en el caso de la ejecución de laudos extranjeros, en los cuales es posible su inaplicación por contravenir el orden público internacional, así como, además, por contravenir el concepto de “orden público” entendido en el lugar donde se ejecuta el laudo.

En el presente artículo, el autor critica la revisión e inaplicación judicial de laudos arbitrales extranjeros basada en la contravención del llamado “orden público nacional”. Así, propone una interpretación restringida de la Convención de Nueva York, que impida la ejecución de un laudo arbitral sólo cuando sea contrario al “orden público nacional, para efectos del Derecho Internacional”; es decir, cuando contravenga a los principios más básicos de moralidad y justicia del ordenamiento mundial. Así, se resolverá el problema de esta “dualidad” del concepto de orden público, facilitando la asimilación de laudos extranjeros en el ordenamiento nacional y otorgando seguridad jurídica.

* El autor desea agradecer la colaboración de Jose Luis Repetto en la elaboración del presente artículo. Sin su apoyo en la investigación y su aporte intelectual, este trabajo no hubiera sido posible.

** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes incluyendo casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

I. INTRODUCCIÓN

Dice la leyenda que, cuando Moisés bajo del Monte Sinaí, llevaba bajo el brazo las Tablas de la Ley. Una vez que se encontró frente al pueblo, comenzó a leer, uno por uno, los diez mandamientos. Al llegar al sexto ("no cometerás adulterio") el pueblo expresó su desacuerdo. Ante el disgusto y el reclamo popular, Moisés se limitó a decir: "Eso dice la Ley. Habrá que ver qué dice la jurisprudencia".

La historia (que, como es obvio, no es la reflejada en la Biblia) nunca ha sido más cierta que cuando nos referimos al control de los laudos arbitrales por las cortes ordinarias. Sea por la vía del recurso de anulación o por la vía del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, las leyes arbitrales (usualmente parcas y de texto abierto) no dicen mucho. Será usualmente la jurisprudencia de cada corte nacional la que determinará, de ordinario y con un cierto grado de discrecionalidad, si el laudo es válido o ejecutable. Como diría Moisés, más allá de lo que diga la Ley, será la jurisprudencia lo realmente importante. Y no la jurisprudencia en abstracto, sino la jurisprudencia de cada país en particular. Y de todas las causas de nulidad, o de no reconocimiento o ejecución del laudo, la que más se presta para el rol protagónico de la jurisprudencia, es la referida al conflicto entre el laudo y el orden público; es decir, la generada por problemas de *public policy*.

El catecismo de la Iglesia Católica ha cambiado el "no cometerás adulterio", al menos como literalmente aparece en el libro del Exodo, y lo ha redactado de manera distinta: "No cometerás actos impuros". Y creemos que las leyes de arbitraje y las convenciones internacionales han hecho algo parecido.

El término "adulterio" tiene un sentido más o menos cerrado y claro: Tener una relación sexual con alguien distinto a tu cónyuge. Por supuesto, podemos tener discusiones interesantes sobre qué es tener sexo y, por tanto, qué es adulterio. Pero existe un cierto grado de certeza. Es una fórmula relativamente cerrada. Pero el término "no cometerás actos impuros" es bastante más problemático. La

calificación de "acto impuro" dependerá del carácter más o menos conservador, más o menos liberal, del intérprete, generando una diversidad de interpretaciones mucho más amplia de la que se concibe un término como "adulterio".

En el inventario de posibles actos candidatos a la calificación de "acto impuro" puede estar desde un inocente beso en la mejilla, hasta un acto de sadomasoquismo. Y los puntos intermedios son infinitos.

Una calificación abierta, sin contenido propio, admite casi cualquier interpretación. Quien tenga que tomar una decisión con consecuencias legales, sobre la base de un término tan amplio, está dotado de una gran discrecionalidad. Y quienes, como partes, tenemos que sentarnos a esperar la interpretación, estaremos sumergidos en una gran inseguridad e incertidumbre.

Para un buen observador, un término como "orden público" se acerca bastante a una calificación como "acto impuro". Dependerá del carácter liberal o conservador, privatista o publicista, nacionalista o internacionalista, del intérprete para arrojar resultados bastante distintos.

El orden público es un concepto peligroso, precisamente porque define un "pecado" en base a una regla abierta y discrecional. De la misma manera como uno se puede jugar la ida al infierno con una interpretación sobre qué es un acto impuro, un tribunal arbitral puede presenciar la muerte de su laudo por un criterio dispar sobre cómo leer un concepto como el de orden público.

Lo dicho, que ya es problemático en el marco del arbitraje doméstico, se torna en mucho más complejo en el Arbitraje Internacional. Por lo menos en el arbitraje doméstico, los árbitros (usualmente de la misma nacionalidad que la corte que revisará la validez del laudo o la ejecución del mismo) están en mejor posibilidad de conocer e identificar cómo piensan los jueces a cargo del control del laudo. En términos de Moisés, pueden saber mejor "qué dice la jurisprudencia".

1. Fue célebre la discusión sobre si la relación entre el ex Presidente Clinton y Monica Lewinsky (sexo oral) fue un caso de adulterio, o simplemente una conducta impropia. Usualmente las normas de divorcio plantean el mismo problema.

En cambio, en el Arbitraje Internacional los árbitros suelen ser de nacionalidad distinta a la de los jueces que revisaran el laudo. Desconocen la Ley, pero sobre todo la conciencia y principios que aplican los jueces locales que controlarían el laudo. Y, en lo concerniente a la ejecución, podríamos estar hablando de muchas jurisdicciones en las que se puede intentar un reconocimiento y una ejecución de la decisión. De hecho, los árbitros podrían nunca haber imaginado que el laudo intentaría ser ejecutado o reconocido en varias de esas jurisdicciones. No se sabe si un acto que se considera un inocente besito podría, en determinada jurisdicción, ser considerado un pecado mortal.

Partiendo de esta perspectiva, este artículo analiza este problema y, en particular, las diferencias entre estar sujetos al concepto de "orden público" y estarlo al llamado "orden público internacional".

II. ¿Y QUE DICE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS "ACTOS IMPUROS"?

La mejor manera de entender el problema que plantea el control de laudos por la causal de ser contrario al orden público es revisando casos. Este inventario tiene por propósito identificar el tipo de problemas que se presentan. Algunos son casos reales, sea que hayan sido publicados o que hayan llegado a conocimiento del autor por su experiencia arbitral o profesional. Algunos son hipotéticos, aunque en todos los casos tienen alguna base en hechos reales. Como se verá hay una gran diversidad de supuestos y todos se prestan a interpretaciones muy distintas y diversas.

En Inglaterra ocurrió un caso peculiar. Una corte inglesa² se negó a ejecutar un laudo que daba cumplimiento a un contrato entre un padre y un hijo que involucraba contrabandear alfombras de Irán, en flagrante violación de las leyes de aduanas. El padre y el hijo decidieron someter la controversia a arbitraje del Tribunal del Gran Rabino de Londres, quien

aplicaba la ley judía. El laudo se pronunció a favor de hacer cumplir el contrato, sin importar que el acuerdo fuera ilegal³. Cuando este caso llegó a las cortes inglesas, éstas se negaron a reconocer la ejecución bajo el siguiente razonamiento: "The Court is in our view concerned to preserve the integrity of its process, and to see that it is not abused. The parties cannot override that concern by private agreement. They cannot by procuring an arbitration conceal that they, or rather one of them, is seeking to enforce an illegal contract. Public policy will not allow it"⁴.

Otro caso interesante es el de *Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SPDR Holding Co. Ltd*⁵. Esta controversia surgió de un contrato de consultoría para la venta de equipos militares en Kuwait. Westacre inició un arbitraje, reclamando el pago de sus honorarios profesionales por los servicios de consultoría. Por su parte, Jugoinport se defendió alegando que el contrato violaba la ley de Kuwait y el orden público, porque el contrato involucraba sobornos y tráfico de *lobby* (tráfico de influencias) a los funcionarios de esta empresa pública. El tribunal arbitral encontró que no había pruebas de corrupción y consideró que, de acuerdo a la Ley suiza (la ley aplicable al fondo de la controversia acordada en el contrato), el tráfico de influencias para obtener contratos públicos no era ilegal. Este laudo fue luego impugnado en un Tribunal Federal Suizo, que rechazó el recurso. Asimismo, en las cortes inglesas, se rechazó la anulación, tanto en primera instancia cuanto en la corte de apelaciones. Ello, sobre la base de que las imputaciones de corrupción no estaban probadas y el *lobbying* (tráfico de influencias) no era una actividad ilegal de acuerdo a Ley elegida por las partes⁶.

El autor de este artículo tuvo conocimiento de un caso en el que, por razones de confidencialidad, no es posible identificar a las partes. En él, dos empresas se habían asociado para ejecutar un proyecto que implicaba contratar con una entidad del Estado. Al

² Ver: Caso *Soleimany v. Soleimany*. 1999. QB 785.

³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. "Recognition and Enforcement of Arbitral Awards". En: Redfern and Hunter on International Arbitration. La Haya: Kluwer International Law. 2009. p. 655.

⁴ Ver el ya mencionado caso *Soleimany v. Soleimany*.

⁵ Ver: Caso *Westacre Investments Inc v. Jugoinport-SPDR Holding Co. Ltd*. 1999.

⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 656.

momento en que una de ellas rindió cuentas sobre la ejecución del contrato, incluyó entre los gastos el pago de "comisiones" a funcionarios de la entidad para obtener la buena pro. La otra empresa se negó a pagar esos gastos, alegando que no podía reconocer gastos derivados de corrupción. Su contraparte le replicó que su representante estaba perfectamente al tanto de dichos gastos y los había aprobado.

El caso llegó a arbitraje, en el que se demandó el pago de las "comisiones". Desconozco qué resolvieron los árbitros y si se consideraron competentes para definir si el pago se podía efectuar. Pero, de haber ordenado el pago, el caso era un perfecto candidato a ser llevado a control judicial sea por la vía de anulación, sea por la vía de oposición al reconocimiento o ejecución de laudo.

Un cuarto caso interesante se planteó con relación al régimen cambiario de un determinado país. Una empresa nacional de un país A, era acreedora de otra empresa nacional de un país B. Durante las fechas en que los pagos debían efectuarse, el régimen cambiario del país B establecía limitaciones a la remesa de divisas para el pago de deudas a empresas extranjeras, con lo que el pago debía efectuarse en el territorio del país B. El régimen cambiario preveía que la deuda podía pagarse en moneda nacional a un tipo de cambio establecido por las autoridades del gobierno. Ese tipo de cambio era bastante desfavorable para el acreedor.

Las partes recurrieron a un arbitraje para determinar si el régimen cambiario vigente debía ser respetado en la relación contractual, alegándose que era un régimen de orden público en el lugar de pago y que, por tanto, los árbitros no podían ordenar su inaplicación. El tribunal arbitral, sin embargo, declaró que el pago debía hacerse a un tipo de cambio real (de mercado) y no al tipo de cambio establecido en las regulaciones del país B. El laudo no fue objeto de solicitud de anulación.

Lo interesante del caso es que, varios años después, las autoridades concursales del país B tuvieron que discutir el mismo problema en el procedimiento de insolvencia de la empresa deudora. A la fecha de la insolvencia de la empresa deudora, su acreedora no había cobrado todo el crédito. Sin embargo se cuestionó que el monto fijado en el laudo no podía ser reconocido por la autoridad concursal, porque el Tribunal Arbitral había violado normas de orden público y que, por tanto, no se podía perjudicar a los demás acreedores reconociendo un monto superior al que el tipo de cambio aplicable en su momento hubiera determinado. Lo cierto es que "la sangre no llegó al río" porque la autoridad concursal reconoció el carácter de cosa juzgada del laudo y aceptó el crédito según los términos establecidos en el laudo.

Otra área en donde se ha planteado el problema de vulneración del orden público en laudos es el de las normas *antitrust* o de libre competencia. Según Fouchard, Galliard y Goldman⁷, un gran número de

Otro caso del que tuve conocimiento fue uno en el que se había contratado para el suministro de repuestos y reparación de equipamiento militar. La fuerza militar de un país había así contratado a una empresa extranjera para tal fin. El equipamiento provenía de un país diferente a aquel al que era nacional la fuerza militar. Durante el arbitraje, se cuestionó la arbitrabilidad de la controversia. Se alegó que la celebración del contrato requería, de acuerdo a la legislación del país de origen del armamento, la aprobación previa del Ministerio de Defensa de dicho país, lo que no habría ocurrido, por lo que el contrato era nulo y la controversia no era arbitrable.

El Tribunal Arbitral, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* se declaró competente, pues señaló que en caso de ser cierto que el contrato era nulo, por la separabilidad del convenio, dicha nulidad no necesariamente afectaba el convenio arbitral. Luego, el Tribunal declaró válido el contrato y ordenó que éste se ejecute según sus términos. Se planteó, entonces, la nulidad del laudo, la que fue desestimada por las cortes ordinarias, pues se consideró que el requisito de aprobación por el Ministerio de Defensa del país de origen del armamento no afectaba el orden público del país donde el contrato debía cumplirse.

7 FOUCHARD, Philippe, GALLIARD, Emmanuel y BERTHOUD GOLDMAN, International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 348. Cita: "A large number of arbitral awards have recognized the arbitrability of disputes involving issues of antitrust law".

laudos arbitrales han reconocido la arbitralidad de las disputas que incluyen cuestiones del Derecho de la Competencia. En ese sentido, en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*⁸, la Corte Suprema de los Estados Unidos precisó que las demandas por *antitrust* pueden ser arbitradas. Sin embargo, hizo énfasis en que las cortes nacionales de Estados Unidos pueden tener una segunda mirada a estos laudos para asegurar que el legítimo interés público ha sido adoptado y protegido por el Tribunal Arbitral: "In the United States, too, the interplay between public policy and the enforcement of antitrust arbitral awards, has proved significant. The general approach was set by the US Supreme Court in the case of *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, in which it confirmed the arbitrability of antitrust claims, but emphasized that US national courts would have the opportunity to have a 'second look' at such arbitral awards in the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws had been addressed by arbitral tribunal. In practice, however, US Courts of Appeal have demonstrated different views with respect to their power to review an arbitral award *au fond*. For instance, in 2003, a divided Court of Appeal for the Seventh Circuit, considering the enforcement of a domestic award, quoted Mitsubishi, stating that a court should only confirm that the arbitral tribunal 'took cognizance of the antitrust claims and actually decided on them'. No further review of the merits had to be carried out. However, one year later, the US Court of Appeal for the Fifth Circuit did not refrain from a substantive review of the merits of a domestic antitrust arbitral award".

El inventario de casos cubre una diversidad enorme de situaciones que pasan por aplicación de normas concursales, reglas regulatorias, problemas de seguridad nacional, corrupción, posibilidad de tribunales arbitrales de levantar el velo societario, de reconocer un pacto de *cuota litis* prohibido por la legislación de un país, laudos contrarios a leyes de distribución y agencia, falta de motivación (alegando que la motivación de un laudo es un asunto que atañe al orden público o uso de pruebas ilícitas), entre otras.

III. INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL JUDICIAL.

El control judicial del arbitraje ocurre, como regla general, *ex post* a la emisión del laudo. Ésta es una característica particular del convenio arbitral y que lo diferencia de la ejecución de otro tipo de contratos.

Del contrato para arbitrar (del convenio arbitral) se derivan diversas obligaciones. Pero la principal de todas es una de no hacer: Las partes se comprometen, en caso de un conflicto, a no recurrir a las cortes ordinarias, al menos en un inicio. Todas las demás obligaciones (incluido cumplir el laudo que se emita) se derivan de la primera. Si la obligación de no hacer no se cumple o no se ejecuta a bajo costo, las demás obligaciones pierden sentido y se vuelven inejecutables o inútiles.

La obligación de no hacer tiene dos alcances, vinculados pero distintos. El primero se refiere al fondo de la controversia. Respecto de ella, la obligación implica no recurrir ni en un principio, ni nunca al Poder Judicial. La regla general es que las cortes ordinarias jamás decidirán sobre las consecuencias del incumplimiento del contrato, su interpretación o la nulidad o ineficacia del mismo. Ese es el contenido esencial del acuerdo sobre el fondo. De existir un convenio arbitral, el fondo jamás será competencia de alguien distinto a los árbitros.

El segundo alcance se refiere a los aspectos formales del Arbitraje y, en particular, del convenio arbitral. La obligación de no recurrir a los jueces ordinarios respecto de asuntos como la jurisdicción de los árbitros, la validez o eficacia del convenio arbitral, o el cumplimiento de los acuerdos contenidos en el mismo (como la oportunidad de ejercer la defensa o designar a los árbitros de la manera pactada) es exigible en un principio, pero no en un final. Acabado el arbitraje, sí habrá control judicial, pero solo *ex post* al laudo. Ese control puede ejercerse por la vía del recurso de anulación o por la vía de las oposiciones al reconocimiento y ejecución de laudo.

Como veremos más adelante, el problema del orden público plantea una discusión difícil en

⁸ Ver: U.S. Supreme Court - *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. 473 U.S. 614. 1985.

- 9. Así lo establece, a título de ejemplo, la ley peruana, que regula ambas causales por separado en el artículo 61:
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional";
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a Ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

La otra posibilidad es considerar que un laudo contrario al orden público es una excepción a la regla de que sobre el fondo del asunto sólo los árbitros son competentes. En ese caso, se aplicaría la misma regla de que el pronunciamiento judicial es *ex post* al laudo, pero el fondo (o al menos un aspecto del mismo) sí es revisable. Así, los árbitros sí pueden decidir, dependiendo del caso, sobre

Una posibilidad es, entonces, ver el problema del orden público como un asunto que se refiere a la arbitrabilidad, con lo que es de competencia exclusiva de los árbitros sólo por un tiempo (antes del laudo), y se refiere a un aspecto meramente formal. El problema es que es común que los tratados y las leyes de arbitraje contemplan la arbitrabilidad como una causal distinta a la de violación del orden público⁹.

Otra forma de verlo es que el problema del orden público atañe a la arbitrabilidad de la controversia, pues al haber resuelto los árbitros sobre la exigibilidad de una deuda concursada, se han abocado a conocer una materia sobre la cual sólo las autoridades concursales son competentes porque se refiere al orden público.

Una forma de verlo es que al declarar la exigibilidad de una deuda suspendida en su cobranza por la ley concursal, el laudo ha inaplicado una norma de orden público pertinente al fondo, y, por tanto, puede ser anulada por la decisión de fondo. Con ello, la corte ordinaria podría revisar el fondo de lo decidido.

este contexto. Y es que orden público puede ser visto como un tema de fondo o como un tema de forma (ligado a la arbitrabilidad). Imaginemos que un laudo ordena el pago de una deuda sujeta al sistema concursal y que, de acuerdo a la ley de quiebras de un país dado, no resulta exigible. Según del lado del que se mire, podemos estar en el cualquiera de los supuestos.

Sea cual sea el supuesto, la obligación de no hacer derivada del convenio arbitral, por su naturaleza (conseguir que una autoridad jurisdiccional se abstenga de participar, por lo menos en un inicio) es muy difícil de ejecutar, al menos bajo la concepción contractual común. Eso convierte al contrato para arbitrar en uno bastante extraño. Los esquemas de cumplimiento típicos de un contrato son inútiles y no garantizan que se cumpla el contrato para arbitrar.

Siempre se podrá decir que será mejor que primero alguien dirima qué es de orden público y que no, a fin de evitar que los árbitros "se equivoquen" al aplicar el orden público. El problema será quién debe ser ese "alguien"; y si ese alguien es el Poder Judicial, entonces surge el conflicto con el carácter inevitable del arbitraje. Resulta que si las partes sometieron a arbitraje un asunto que atañe o podría ser relevante al orden público, ir primero a los jueces rompería el principio de inevitabilidad.

Siempre se podrá decir que será mejor que primero alguien dirima qué es de orden público y que no, a fin de evitar que los árbitros "se equivoquen" al aplicar el orden público. El problema será quién debe ser ese "alguien"; y si ese alguien es el Poder Judicial, entonces surge el conflicto con el carácter inevitable del arbitraje. Resulta que si las partes sometieron a arbitraje un asunto que atañe o podría ser relevante al orden público, ir primero a los jueces rompería el principio de inevitabilidad.

un asunto de orden público, pero al hacerlo no pueden ir contra el orden público.

La obligatoriedad del convenio, ¿nace del convenio mismo o se origina en la ejecución por las cortes ordinarias? Allí surge la paradoja que el sistema tiene que solucionar. Este problema explica las características especiales del convenio arbitral, y sobre todo de su forma de ejecución. Y es que si esa obligación se incumple, no es admisible, como solución, ir al Poder Judicial para que la ejecute, pues precisamente lo que las partes pactaron fue no ir, al menos en un principio, al Poder Judicial. ¿Cómo asegurar que se cumpla lo pactado sin incumplir la obligación de no hacer que se ha pactado? Si permitiéramos parar el arbitraje cada vez que se alega orden público, casi ningún arbitraje prosperaría. Por ello, el asunto del orden público, sea que afecte la arbitrabilidad, sea que afecte el sentido en el que se tiene que aplicar, es en principio competencia de los árbitros.

Ello porque el convenio arbitral es, pues, un contrato bastante extraño. Contiene una renuncia al uso del mecanismo común para hacer cumplir los contratos. La paradoja es cómo hacer cumplir un acuerdo que consiste en dejar de lado la forma usual de hacer cumplir los acuerdos.

Todo contratante aspira a que su contrato se cumpla por autoejecución, es decir, sin necesidad de acudir a una autoridad para que ordene el cumplimiento o asigne consecuencias al mismo (resolución, daños, etcétera). La intención siempre es que se cumplan sin necesidad de acudir a los jueces. Pero, igual a cuando uno se enferma y no le queda sino ir al médico (al que en principio nadie quiere ir), si no se cumple, si se presenta la patológica contractual, hay que ir al médico, y el médico de esa enfermedad suele ser un juez. Pero eso no es cierto en el convenio arbitral.

En una compraventa, si el vendedor no entrega el bien o el comprador no paga el precio, se recurre al juez para que las promesas incumplidas se cumplan o se asuman las consecuencias. La consecuencia del incumplimiento y el fracaso de la autoejecución es la ejecución judicial o la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento para tal incumplimiento. Pero en el caso del convenio arbitral, así no ocurren las cosas.

En el contrato de arbitraje, la solución contractual común no es posible. El fracaso

de la autoejecución tiene que ser, paradójicamente, la autoejecución. Si alguien se niega a arbitrar o, peor aún, recurre al Poder Judicial incumpliendo su obligación de no hacer, la solución no es, por regla general, ni la ejecución forzada, ni la resolución contractual. En su esencia, es un acuerdo para no ir, precisamente, al Poder Judicial. Por ello, la autoejecución es central para que el acuerdo funcione. Si dicha autoejecución no funciona, entonces el acuerdo no opera en la práctica porque terminaríamos justo donde no queremos ir: A las cortes ordinarias.

Un contrato para arbitrar no se ejecuta en caso la contraparte se niegue a cumplirlo, demandando la ejecución forzada en el Poder Judicial, porque precisamente las partes pactaron no ir al Poder Judicial. Tampoco se recurre a la resolución del contrato ni al pago de daños y perjuicios, porque no debería irse al Poder Judicial porque se violaría la esencia del acuerdo. De no aceptarse eso, todas las demás obligaciones se derrumban y el arbitraje simplemente no funcionaría.

Es claro, en la experiencia arbitral internacional, que los sistemas arbitrales que funcionan son los que tienen un respaldo legal y contractual que permite la autoejecución sin intervención judicial. Los sistemas que no han sido fieles a este principio suelen fracasar y el arbitraje no florece.

Esto explica el fundamento del principio de inevitabilidad del arbitraje. Como indica Santistevan de Noriega: "Las partes, al pactar arbitraje, deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral, pues todo el sistema está pensado para que el arbitraje tenga efecto, los árbitros asuman la competencia que las partes les han otorgado de acuerdo a la determinación que sobre ella (la competencia) tomen autónomamente, para que las actuaciones judiciales se lleven a cabo irremediabilmente y con prevalencia sobre las actuaciones judiciales, para que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tengan efecto, para que los laudos se ejecuten y para que el recurso de anulación funcione en los casos excepcionales previstos por la ley en el que la intervención judicial posterior cobra toda su importancia a efectos de controlar la legalidad de lo realizado por los árbitros sin que pueda el juez cuestionar

ni sustituir la decisión de fondo tomada por los árbitros"¹⁰.

Y luego, Santstevan de Noriega continúa diciendo: "Queremos destacar la inevitabilidad del arbitraje como resultado del vínculo obligatorio que surge de la celebración de un convenio arbitral válido que se extiende a las partes que lo han celebrado, a los árbitros que son escogidos para llevar a cabo las actuaciones arbitrales, al sistema judicial tanto en su responsabilidad de facilitar el cumplimiento de los laudos cuanto en su funciones de garante de la legalidad, en la eventualidad que conozca de recursos de anulación contra los laudos; pero también con respecto a su función complementaria y auxiliar para el desarrollo de los arbitrajes"¹¹.

Todo esto explica la razón por la que ni siquiera una aparente violación al orden público puede justificar una intervención de las cortes ordinarias durante el desarrollo normal del arbitraje. Las reglas han trasladado ese control a ser uno *ex post* a la emisión del laudo, sea bajo la figura de la anulación o bajo la figura de la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo. Si durante la tramitación del arbitraje una de las partes alega que amparar la posición de su contraparte sería una violación del orden público doméstico o del internacional, los árbitros quienes, en un primer momento, deberán decidir si ello es o no correcto. Deberán abordar el tema y resolver algo que en principio parecería corresponder de manera exclusiva a las cortes comunes.

Dependiendo del caso, un primer supuesto sería que los árbitros se consideren incompetentes para conocer un asunto que atañe al orden público. El efecto del principio *kompetenz-kompetenz* será una decisión por parte de árbitros privados sobre si les corresponde o no pronunciarse. Usando el

"NO COMPETERÁ ACTOS IMPUROS": EL ORDEN PÚBLICO Y EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL

ejemplo del contrato para la venta y reparación de armamento, en este caso, el Tribunal podría declararse o no competente para determinar si la autorización gubernamental es un requisito para la validez del contrato.

Un segundo supuesto es que, declarándose competentes, se pronuncien específicamente sobre el asunto de orden público, pero en un sentido en que lo desnaturaliza y por tanto deriva en la nulidad o inejecutabilidad de lo resuelto. En el mismo ejemplo anterior, Tribunal debería determinar para tal fin, el asunto de fondo, si la falta de autorización gubernamental acarrea la nulidad del contrato.

En el primer supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por pronunciarse sobre un tema en el que los árbitros carecen de jurisdicción (por ser una materia de orden público). En el segundo supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por haber decidido la validez a pesar que el contrato era contrario al orden público.

Pero en cualquier caso, si se admitiera que el levantar una cuestión de orden público determinar que el asunto deba pasar a las cortes ordinarias por esa simple alegación, entonces el arbitraje no sería inevitable, pues bastaría la simple alegación de tal argumento para susstraer el caso de donde las partes pactaron verlo. Ello explica por qué se admite que árbitros privados puedan eventualmente manifestarse sobre lo público, a pesar de ser un tribunal privado.

En ese contexto se explican las dos características del recurso de anulación: (i) Se limita a una relación taxativa, limitada y vinculada a aspectos formales del arbitraje (competencia, validez del convenio, notificaciones, cumplimiento de reglas pactadas, etcétera), es decir, no involucran aspecto de fondo de la decisión¹²; y (ii) sólo puede interponerse una vez emitido

¹⁰ SANTIESTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto Legislativo 1071)". En: Revista Peruana de Arbitraje 8, 2009.

¹¹ Ibid. p. 89.

¹² Al respecto, el artículo 62 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071):
1. "Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral".

Asimismo, con respecto a las causales de anulación, el artículo 63 precisa:

1. "El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

el laudo
árbitro
parece
puede
Una de
a arbi
peruan
al mo
ejercic
puede
se legi
la mat
anular
especí
es que
intern
puede
reconc
conce
Pero e
de los
su am
a una
contra
la es

el laudo, esto es, *ex post* a la decisión de los árbitros¹³. Pero en el caso del orden público, parecería colarse a la discusión un aspecto que puede estar referido al fondo de la controversia.

Una de las causales es que la materia sometida a arbitraje no puede ser arbitrada bajo las leyes peruanas. Ello podría deberse a reconocer que, al momento de pactar el arbitraje, haciendo ejercicio de su autonomía privada, las partes no pueden ir en contra del orden público. Por ello, se legitima al juez, en caso se compruebe que la materia es manifiestamente no arbitrable, a anular el laudo arbitral. Asimismo, en el caso específico de los arbitrajes internacionales, es que el laudo arbitral viole el orden público internacional. En caso ello ocurra, el laudo puede ser anulado, o en todo caso, si se pide el reconocimiento o ejecución, éstos pueden no concederse.

Pero estas causales nos introducen el dilema de los límites a qué son **actos impuros** y su ambigüedad. Ello puede abrir la puerta a una revisión sin límites del fondo de la controversia, algo que podría acabar con la esencia del arbitraje. Estos conceptos

amplios, si es que resultan mal entendidos e interpretados, pueden abrir una puerta para que los jueces entren a analizar el fondo de la controversia y puedan incluso llegar a anular el laudo o denegar el reconocimiento. En esta problemática nos centraremos en los puntos siguientes. ¿Cómo debe entenderse ambos conceptos? ¿Cómo lo han entendido las cortes? ¿Cuál es el verdadero problema de entrar a analizar el fondo de la controversia?

IV. EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE ANULACIÓN (O DE DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO)

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York) establece que se podrá denegar el reconocimiento (y consecuentemente la ejecución) cuando la autoridad judicial del país donde se pide el reconocimiento compruebe que el objeto de la diferencia no es posible de someterse a arbitraje de acuerdo a la Ley de ese país. Otra de las causales es que el objeto de la diferencia contravenga el orden público de ese país:

- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral" [El énfasis es nuestro].

Con respecto al artículo 62, como bien señala Avendaño: "Esta decisión del legislador peruano, además del antecedente citado, tiene una explicación lógica: Como el inciso 2 bajo comentario prohíbe al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo de la controversia y a través de la apelación lo que se revisa es el fondo, o sea la justicia del caso concreto, ha quedado como único medio impugnatorio el recurso de anulación que revisa solamente los aspectos externos del laudo". Ver: AVENDAÑO, Juan Luis. Citado en: SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 685. En la misma línea, González de Cossio explica precisamente por qué el recurso de anulación se diferencia del recurso de apelación: "Existe una diferencia conceptual importante entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos cuanto el Derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo. En los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada. Su nivel de análisis se limita a la determinación de la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución. El órgano que realiza esta revisión no determina la correcta determinación de los hechos ni la correcta aplicación del Derecho. Únicamente decide si se ha presentado un vicio en la emisión del laudo que justifique su invalidación". En: GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. "Arbitraje". Tercera Edición. México DF: Editorial Porrúa. 2011. p. 728.

¹³ Al respecto, el artículo 64 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone: Artículo 64.- "Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo".

Artículo V.- "También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitraje; o
- Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia sea contrario al orden público de ese país";

Artículo 36.- "Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo son los siguientes:

- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución
 - cuando el tribunal compruebe:
 - que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

La Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo) man-tiene la misma línea de la Convención de Nueva York:

Artículo 36.- "Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo son los siguientes:

- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución
 - cuando el tribunal compruebe:
 - que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

La Ley de Arbitraje –Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje) – dispone que, en el caso de un arbitraje nacional, el laudo podrá ser anulado cuando la materia sea manifiestamente no susceptible de someterse a arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, el laudo podrá ser anulado cuando el laudo es contrario al orden público internacional o de acuerdo a las leyes del Perú el objeto de la controversia no se puede arbitrar.

Artículo 63.- "Causales de anulación:

- El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]

e. **Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje**, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose

de un arbitraje internacional" [El énfasis es nuestro].

En el caso de laudos extranjeros, se puede denegar el reconocimiento cuando la autoridad judicial competente comprueba que la controversia no puede someterse a arbitraje de acuerdo al Derecho peruano. Asimismo, si el laudo es contrario al orden público internacional tampoco se reconocerá ni se ejecutará.

Artículo 75.- "Causales de denegación.

- Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pide el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano [...]
- También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - Que el laudo es contrario al orden público internacional";

Como se puede apreciar, el estándar es distinto en función a la nacionalidad del arbitraje. En caso sea un arbitraje nacional, lo que importa a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, lo sustancial a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje o que se viole el orden público internacional.

Mientras, en el caso que se pida el reconocimiento de un laudo extranjero, se puede denegar el pedido cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje según el Derecho peruano, o que el laudo viole el orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal	Arbitraje Nacional	Materia no susceptible de arbitraje según leyes peruanas.	Arbitraje Internacional	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.
Anulación						