

Ejecute en Perú, ejecute ya...

La apertura de la Ley Peruana de Arbitraje para la ejecución de un laudo extranjero al amparo de la Convención de Nueva York

Pablo Mori Bregante *

Julio Olórtegui Huamán **

En el presente artículo, los autores realizan un desarrollo de la causal establecida en el inciso a) del numeral 1 del artículo V de la Convención de Nueva York, referida a la no ejecución de un laudo por invalidez del acuerdo (convenio) arbitral, con el propósito de analizar las consecuencias derivadas de solicitar la aplicación de esta causal en el Perú, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley Peruana de Arbitraje.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado en Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor del curso de Arbitraje Comercial Internacional en el Diplomado de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del curso de Lenguaje Jurídico y Redacción Legal en la Universidad del Pacífico. Profesor del curso de Fundamentos de la Contratación Contemporánea II en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Practicante de Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

Ejecute en Perú, ejecute ya...

La apertura de la Ley Peruana de Arbitraje para la ejecución de un laudo extranjero al amparo de la Convención de Nueva York

I. Introducción

Ejecutar un laudo arbitral extranjero en cualquier país del mundo puede tener una serie de complicaciones. Una de ellas puede venir por un cuestionamiento a la validez del propio convenio arbitral que dio origen al laudo que se pretende ejecutar. Sin embargo, como veremos en este artículo, dicha complicación en Perú es muy remota o casi inexistente, debido a la apertura de la Ley Peruana de Arbitraje en relación a la validez del convenio arbitral.

Si les pidieran nombrar una convención internacional ratificada por más de 140 Estados a nivel mundial que establezca la obligación de reconocer sentencias judiciales extranjeras, ¿qué responderían?

Muy probablemente no podrían dar una respuesta, debido a que no existe una convención con tales características.

A nivel internacional, el único instrumento comercial con semejante acogida ha sido la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, también conocida como la "Convención de Nueva York", la cual, al día de hoy, ha sido ratificada por 149 países del mundo¹.

Este tratado es considerado por muchos como el hito más eficaz de la legislación internacional en toda la historia del derecho comercial², atribuyéndole, además, el gran desarrollo que ha tenido en los últimos años el arbitraje comercial internacional³. Esto

¹ Su situación actual puede ser revisada en el siguiente enlace electrónico: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

² Redfern, Alan; Hunter, Martín; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición, La Ley, Buenos Aires 2007. p. 604.

³ González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje*, Editorial Porrúa, México D.F, 2011, p. 5. "El catalizador más importante para el desarrollo de un régimen de arbitraje internacional fue la adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (...)". Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009. pp. 92-93. "(...) the treaty is by far the most significant contemporary legislative instrument relating to international commercial arbitration. It provides what amounts to a universal constitutional charter for the international arbitral process, whose sweeping terms have enabled both national courts and arbitral tribunals to develop durable, effective means for enforcing international arbitration agreements and arbitral awards". Redfern, Alan; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 604. "[Con respecto

se debe a que, tal y como explica Moses, las partes tienden a elegir el arbitraje sobre el litigio judicial para resolver sus controversias internacionales debido a la mayor seguridad de ejecución que brinda la Convención a los laudos arbitrales⁴ frente a las sentencias judiciales extranjeras.

Sin embargo, si bien la Convención de Nueva York es reconocida por la seguridad y facilidades que brinda a las partes para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en los distintos Estados miembros de dicho tratado, esto no significa, de ninguna manera, que todos los laudos llegarán a ejecutarse de manera efectiva a través de dicho instrumento internacional, sin ninguna restricción. Por el contrario, la misma Convención de Nueva York regula, en su Artículo V, siete causales para denegar la ejecución de un laudo arbitral.

Si bien en el presente artículo se realizará un pequeño recuento de algunos puntos importantes de la Convención de Nueva York, se centrará principalmente en un desarrollo de la primera causal para la no ejecución de un laudo arbitral, presente en el inciso a) del numeral 1 del artículo V de la Convención. De dicha causal, centralmente nos referiremos a lo relacionado con la no ejecución de un laudo por invalidez del acuerdo (convenio) arbitral⁵.

a la Convención de Nueva York] Se le ha descrito como 'el pilar más importante que sostiene la estructura del arbitraje comercial internacional'. Lew, Julian; Mistelis, Loukas y Kröll, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003, pp. 20-21. "The major catalyst for the development of an international arbitration regime was the adoption of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958. (...) the New York Convention continues to set the standard requirements for a successful international arbitration process".

⁴ MOSES, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd Edition, Cambridge University Press, England, 2012, pp. 212-212. "The New York Convention has contributed to the growth of international arbitration because parties in Contracting States are confident that if they prevail in an arbitration, they will obtain a remedy. A 2005 study noted that for corporate counsel, the most important reason for choosing arbitration over litigation to settle disputes was the enforceability of awards". En esta misma línea de ideas ver: Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional* 4ta Edición, La Ley, Buenos Aires, 2007 pp. 599-600. "Internacionalmente, suele resultar más simple lograr el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral internacional que de una sentencia judicial extranjera. Esto se debe en parte a que la red de tratados internacionales y regionales relativos al reconocimiento y a la ejecución de los laudos internacional es más amplia y ha alcanzado un mayor grado de desarrollo que las disposiciones relativas al reconocimiento y a la ejecución de sentencias extranjeras".

⁵ "Artículo V.-

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

Lo anterior, a fin de analizar las implicancias de solicitar esta causal en el Perú, teniendo en cuenta las particularidades del Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje en nuestro país (en adelante, la Ley de Arbitraje).

Como sabemos, nuestra Ley de Arbitraje contiene una regulación bastante abierta en relación a la validez del convenio arbitral, lo que permite decir que el Perú es un país en donde resulta muy sencillo ejecutar un laudo arbitral al amparo de la Convención de Nueva York, al menos en lo que se refiere a validez del convenio arbitral.

II. **Ámbito de aplicación de la Convención**

Antes de referirnos a las causales de denegación de ejecución de un laudo arbitral, consideramos pertinente explicar, de manera breve, el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York. Para ello, nos referiremos a tres puntos específicos: (i) diferencia entre los términos "reconocimiento" y "ejecución"; (ii) diferencia entre "laudo extranjero" y "laudo no nacional"; y, finalmente (iii) reservas aplicables a la Convención.

(i) **Diferencia entre el "reconocimiento" y la "ejecución"**

La primera parte del numeral 1 del Artículo I de la Convención de Nueva York se refiere al ámbito de aplicación del mencionado tratado de la siguiente forma:

"Artículo I

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución". (Subrayado agregado).

Queda claro que este tratado abarca tanto el "reconocimiento" como la "ejecución" de laudos arbitrales. Por tal motivo es pertinente definir dichos conceptos.

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia". (Subrayado agregado).

Como señala Tawil, los términos “reconocimiento” y “ejecución” son utilizados de manera indistinta por diversos tratados internacional y leyes nacionales, como si estos compartieran un significado común, a pesar de que sus conceptos difieren⁶.

En esta línea de ideas, tal y como desarrollan Redfern y Hunter,

“El reconocimiento en sí, es un proceso generalmente defensivo. Por lo general, se plantea cuando se solicita a un tribunal que otorgue una acción o recurso respecto de una controversia que hubiese sido objeto de un procedimiento arbitral previo. La parte beneficiada por el laudo alegará que la controversia ya ha sido resuelta. En prueba de ello, presentará el laudo o la sentencia arbitral al tribunal nacional y le solicitará que reconozca su validez y su carácter vinculante para las partes respecto de las cuestiones allí resueltas”⁷.

Es claro que el reconocimiento es usado como una suerte de “escudo” frente a los intentos de volver a discutir, sea en sede arbitral o judicial, temas que ya han sido resueltos a través de un laudo arbitral. Por el contrario, la ejecución no es un “escudo”, sino más bien una “espada” para solicitar el cumplimiento de una decisión emitida, en principio, en el extranjero (a través de un laudo arbitral – también en principio – extranjero).

⁶ Tawil, Guido, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales: Concepto y Diferencias”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 32. “Los términos ‘reconocimiento’ y ‘ejecución’ se encuentran a tal punto relacionados que la mayor parte de los tratados internacionales y las legislaciones nacionales en la materia se refieren a ellos como si constituyeran un concepto único e inescindible. Esa referencia conjunta no debe llevar, sin embargo, a suponer que poseen idéntico sentido y que, por lo tanto, pueden utilizarse de modo indistinto. Por el contrario, se trata de conceptos diferentes”. En esta misma línea de ideas ver: Redfern, Alan; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 596. “Debemos distinguir los conceptos de reconocimiento y ejecución. A veces estos términos se utilizan como si estuvieran inextricablemente asociados. Por ejemplo, en la Convención de Nueva York se hace referencia a ‘reconocimiento u ejecución’ de las sentencias arbitrales extranjeras. Sin embargo, los términos difieren. En tal sentido, la Convención de Ginebra de 1927 es más precisa, cuando se refiere a ‘reconocimiento o ejecución’.

⁷ Redfern, Alan; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 597. En esta misma línea de ideas ver: Tawil, Guido, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales. Concepto y Diferencias”. En: Tawil, Guido y Eduardo Zuleta. Abeledo Perrot, *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, 2008, p.32. “El reconocimiento tiene por objeto otorgar a la sentencia o laudo extranjero el carácter de acto jurídico válido y eficaz en el ordenamiento nacional en el cual se persigue su invocación como fuente de derechos u obligaciones”.

Por ello, más adelante Redfern Hunter indican que:

“Por el contrario, cuando se solicita a un tribunal nacional la ejecución de la sentencia, la solicitud no apunta al mero reconocimiento de la eficacia y los efectos de la sentencia, sino a garantizar su cumplimiento bajo el apercibimiento de las sanciones legales disponibles. La ejecución va un paso más allá del reconocimiento”⁸.

Como dijimos, la ejecución es bastante más similar a una “espada”, toda vez que con ella se buscaría compeler a la parte contraria a que cumpla con lo decidido en el laudo.

(ii) Diferencia entre “laudo extranjero” y “laudo no nacional”

Como se aprecia, hasta ahora hablamos de ejecución de un “laudo extranjero”. Sin embargo, consideramos conveniente referirnos también brevemente a qué tipos de laudos se pueden ejecutar bajo el tratado en cuestión. Así, regresando al numeral 1 del Artículo I de la Convención de Nueva York, la segunda parte del mismo establece lo siguiente:

“Artículo I

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. (Subrayado agregado).

Tal y como desarrolla la doctrina, esta parte del artículo contiene dos conceptos distintos, el primero, referente a “laudos extranjeros” y el segundo, referente a “laudos no nacionales”⁹. ¿Qué son uno y otro?

⁸ Redfern, Alan; Hunter, Martín; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 597.

⁹ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 277-279. “As discussed below, by virtue of Article I (1), the New York Convention is applicable to specified categories of “foreign” or “non-domestic” arbitral awards. (...) Article I provides that the Convention is applicable only to arbitral awards that are either: (i) in a state other than the Contracting State where recognition or enforcement is sought, or (ii) “not considered as domestic awards” under the law of the Contracting State where enforcement is sought”. Fouchard, Philippe; Emmanuel, Gaillard; Berthold Goldman y John SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Holanda, Kulwer Law International, 1999, pp. 996-997. “[Refiriéndose a la Convención de Nueva York] It applies to all “foreign” awards,

Con respecto al concepto de "laudos extranjeros" como señala Cantuarias, la Convención de Nueva York ha adoptado el criterio de conexión "territorio", toda vez que considera "extranjero" a todo laudo arbitral cuyo lugar de emisión sea distinto a aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución¹⁰.

De esta forma, la Convención ha dejado de claro que el único criterio de conexión relevante para definir si nos encontramos frente a un "laudo extranjero" será el "territorio", dejando de lado otros criterios de conexión como la nacionalidad, el domicilio de las partes o el lugar de cumplimiento de las obligaciones materia de discusión.

Así, nos encontraremos frente a un laudo extranjero siempre que la sede del arbitraje sea distinta al Estado donde se pretende ejecutar el laudo.

Por otro lado, como señala Cantuarias citando a Van Den Berg, se podrá aplicar la Convención también a laudos considerados "no-nacionales"¹¹ en el foro donde se planea ejecutar¹². El citado autor señala que existen dos posturas en relación a este concepto, la tradicional y la moderna.

that is to say all awards made in a country other than that where enforcement is sought. The term "foreign" is also generally interpreted as covering awards which are not considered "national" because of certain foreign aspects which characterize the dispute, even if such awards have been made in the country where the benefit of the Convention is sought". Cantuarias Salaverry, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, pp. 45-46. "Si leemos superficialmente todo el artículo 1.1 de la Convención de Nueva York, probablemente tengamos problemas para interpretar su ámbito de aplicación, ya que mientras que la primera parte considera como "extranjero" a todo laudo arbitral dictado fuera del Estado en el que se pide reconocimiento y la ejecución (factor de conexión territorial), a reglón seguido se establece que será extranjero todo laudo arbitral que no sea considerado "nacional" por el Estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución. [...] la inmensa mayoría estima que cada criterio debe ser aplicado por separado".

¹⁰ Cantuarias Salaverry, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 45. En esta misma línea de ideas ver: Silva Romero, Eduardo, "Laudo Extranjero y Criterio de Territorialidad". En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 95. "Un laudo es así extranjero cuando se solicita su reconocimiento o ejecución en un Estado diferente del de la sede del arbitraje, esto es, el Estado en el que el laudo se "reputa" dictado".

¹¹ Para más información ver: Mantilla Serrano, Fernando, "Laudo no nacional: La segunda hipótesis del artículo 1.1". En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 102-109.

¹² Cantuarias, Fernando, "El ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjera". En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 725.

Como señala Cantuarias, la postura tradicional se desarrolla en los trabajos preparatorios de la Convención. En esta se establece que se considerará no-nacional a los laudos que tengan una *lex arbitri*¹³ distinta a la de la sede del arbitraje. Al respecto, el mismo autor citando a Montoya, establece que dicha interpretación ha quedado como letra muerta, debido a los problemas que puede presentar en cuanto a jurisdicción y aplicación de normas¹⁴ tener un arbitraje con sede en un país, pero con *lex arbitri* de otro país.

Por su parte, la postura “moderna” se basa en la definición que cada Estado le dé dentro de sus fronteras al término laudo “no nacional”. Es decir, cada Estado tiene la libertad de definir en qué casos un laudo, es “no nacional”.

Un caso en donde se puede apreciar la postura “moderna” es el de los Estados Unidos. Ley Federal de Arbitraje de dicho país establece que “en un convenio arbitral o un laudo arbitral referido a una relación comercial entre ciudadanos de los Estados Unidos de América no le será aplicable la Convención de Nueva York, salvo que tal relación comercial se refiera a propiedad ubicada fuera del país, que las prestaciones se ejecuten fuera del país o que éstas estén razonablemente relacionadas con uno o más Estados extranjeros”¹⁵. Es decir, se trata de un laudo arbitral dictado en Estados Unidos pero que por distintos conceptos – que podríamos llamar “internacionales” – la ley de dicho país lo considera “no nacional”.

En Perú, por ejemplo, el numeral 1 del artículo 74 de la Ley de Arbitraje únicamente califica como laudos extranjeros, “los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano”, es decir únicamente se centra en el factor de conexión “territorio” y no ha establecido la posibilidad de que existan laudos considerados “no nacionales” en Perú. Inclusive los laudos emitidos en Perú provenientes de un arbitraje internacional, no serán considerados laudos “no nacionales”.

¹³ Para más información sobre lo que se debe entender por *lex arbitri*, revisar: Redfern, Alan; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición. La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 154-171.

¹⁴ Cantuarias, Fernando, “El ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjera”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones*, pp.726-727.

¹⁵ Cantuarias, Fernando, “El ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjera”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones*, pp. 727.

(iii) Reservas aplicables a la Convención

La Convención ha sido materia de una serie de reservas¹⁶; sin embargo, a continuación nos referiremos a las dos, a nuestro criterio, más importantes y que son las que se encuentran reguladas en el Artículo I.

a) “Reserva de reciprocidad”

Está regulada en la primera parte del Artículo I (3) de la Convención. Los Estados que suscriben esta reserva, solo podrán ejecutar en sus territorios laudos emitidos en otros Estados contratantes. Es decir, algunos Estados podrán considerar que, únicamente podrán ejecutar laudos extranjeros en su país si el país de donde proviene el laudo también se ha adherido a la Convención.

Sin embargo, como agregan Redfern y Hunter,

“(...) el efecto restrictivo de la primera reserva no debe sobredimensionarse. La cantidad de estados que conforman la red internacional para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales creada por la Convención de Nueva York crece año tras año”¹⁷.

Por ello, consideramos que con el transcurso del tiempo, la reserva de reciprocidad es y será cada vez menos trascendente, toda vez que, al crecer la red de Estados miembros, se podrá excluir a menos Estados.

b) “Reserva Comercial”

Está regulada en la segunda parte del Artículo I (3) de la Convención. Los Estados que suscriben esta reserva, solo podrán ejecutar laudos que sean considerados como “comercial” por sus leyes nacionales.

Esta reserva fue insertada, según lo comentado por Lew, Mistelis y Kröll debido a que sin ella, ciertos Estados tributarios del Civil Law no hubiesen podido suscribir la Convención, toda vez que sus leyes nacionales distinguían entre transacciones comerciales y no comerciales¹⁸. Por ello, a fin de promover la adhesión a la Convención de más países, se reguló expresamente esta reserva.

¹⁶ Para revisar todas las reservas a las que los Estados miembros se han sometido, revisar el siguiente enlace electrónico: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

¹⁷ Redfern, Alan; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición. La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 605.

¹⁸ Lew, Julian; Loukas Mistelis and Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003, pp. 55. “The commercial

III. El artículo V de la Convención y la no ejecución por *invalidez del acuerdo arbitral*

Como adelantamos en la introducción del presente artículo, este se centrará ahora en una de las siete causales del artículo V. de la Convención de Nueva York¹⁹. Siendo más precisos, analizaremos la relación que guarda el literal a) del inciso 1 del artículo V. de la citada Convención con el concepto de "acuerdo arbitral por escrito" y cuándo, teniendo en cuenta dicha Convención y las normas locales, convenio arbitral puede ser considerado válido y, principalmente, ejecutable en Perú.

reservation was inserted because at the New York Conference of 1958 it was believed that, without this clause, it would be impossible for certain civil law countries, which distinguish between commercial and non-commercial transactions, to adhere to the Convention". Para mayor información ver: Oreamuno, Rodrigo, "Las Reservas: Comercialidad y Reciprocidad" En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008, pp. 138-146.

¹⁹ "Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

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

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

III.1 La segunda parte del artículo V. 1. a). de la Convención de Nueva York

El artículo V. 1. a) de la Convención de Nueva York señala lo siguiente:

“ a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”. (Subrayado agregado).

Para los efectos del análisis del presente artículo, sólo nos concentraremos en la segunda parte de dicho literal, el cual establece que se podrá denegar la ejecución de un laudo en los casos en que “dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

Siendo que, a criterio de los autores, el convenio arbitral es un contrato como cualquier otro, que debe seguir ciertos criterios para que sea una un contrato válido. En este caso, la propia Convención nos da la pauta para determinar qué reglas tomar para determinar cuándo un convenio arbitral es válido

Así, se establece que para poder determinar la validez de un acuerdo arbitral, este tendrá que ser analizado a la óptica de (i) la ley que las partes hubiesen pactado para su validez; o en defecto de dicho pacto, (ii) la ley de la sede del arbitraje. Veamos un ejemplo.

Imaginemos un laudo emitido en un arbitraje internacional con sede en Perú y en base a un acuerdo arbitral celebrado verbalmente. A, una parte peruana que desea ejecutar un laudo en contra de B, su contraparte chilena. Nos encontramos frente a dos jurisdicciones: Perú y Chile. Mientras que la primera confiere validez a acuerdos arbitrales verbales, con la única condición de que haya quedado constancia de su contenido (a través de una grabación por ejemplo)²⁰, la segunda no²¹.

²⁰ Ley de Arbitraje Peruana

"Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

(...) 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

²¹ Ley 19.971

"Artículo 7º.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

1)El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

A solicita la ejecución del laudo en Chile. Sin embargo, B alega que tal laudo no puede ser ejecutado toda vez que el acuerdo arbitral no es válido porque no se condice con lo establecido en el Artículo II de la Convención de Nueva York, que establece lo siguiente: "la expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

Como vimos anteriormente, según lo establecido en el artículo V. 1. a) de la misma Convención, al no haberse determinado un derecho específico aplicable al acuerdo arbitral, la validez del convenio arbitral se tendrá que analizar bajo la ley de arbitraje de la sede de éste, que en el presente caso es Perú. Por tanto, dado que bajo las leyes peruanas un convenio arbitral celebrado verbalmente es plenamente válido, dicha causal de denegación no podría ser aceptada y el laudo se debería ejecutar sin cuestionamiento alguno.

Sin embargo, todavía quedan algunas interrogantes ¿es cierto que las disposiciones de la ley peruana van en contra o exceden lo estipulado en el Artículo II de la Convención de Nueva York?, ¿cómo se debe interpretar el término, "acuerdo por escrito" presente en la Convención hoy, más de 50 años después de su promulgación?

IV. El Artículo II de la Convención y la evolución internacional del término "acuerdo arbitral por escrito"

Habiendo establecido ciertas interrogantes, para poder llegar a una respuesta conviene analizar la evolución del término "acuerdo arbitral por escrito". Para ello, nos ocuparemos de comentar los hitos más importantes del desarrollo de lo que se entiende, a nivel internacional, como un "convenio arbitral por escrito".

2)El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato". (Subrayado agregado).

Bajo el presente artículo, el convenio arbitral no puede ser celebrado verbalmente. Para más información acerca de la interpretación de la Ley Número 19.971 de Chile, revisar: Fernández Ruiz, Gonzalo, "Arbitraje Comercial Internacional en Chile: Marco Legal y Jurisprudencial". En: Hierro, Antonio y Cristian Conejero, *El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 318.

(i) “Acuerdo arbitral por escrito” en la Convención de Nueva York de 1958

Como explica Born, a mediados del siglo XX existía una gran divergencia con referencia al término “acuerdo arbitral” entre los Estados. Por tal motivo, como uno de sus principales objetivos, la Convención de Nueva York logró establecer, a través del establecimiento del requerimiento “por escrito” del acuerdo arbitral, un estándar uniforme a nivel internacional²².

Asimismo, siguiendo lo comentado por Graham, hay que tener en cuenta que, a mediados del siglo XX, los redactores de la Convención de Nueva York utilizaron una redacción bastante liberal para la época. En este sentido, establecer que se podía celebrar un convenio arbitral mediante un “canje de cartas o telegramas” era sumamente innovador, sin perjuicio de que en dicha definición, no incluían requisitos como la participación de testigos, la autorización previa de una autoridad judicial o administrativa, comunes en esa época²³.

²² Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 587-588. “The Convention’s written form requirement was adopted specifically in order to provide a uniform international standard, which was considered necessary given divergent national approaches to the topic”. En esta misma línea de ideas ver: Graham, Luis, “¿Qué es acuerdo por escrito? (Art. II.2 de la Convención de Nueva York)”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 229. “Los redactores de la Convención no tuvieron como intención primaria la de crear un régimen de requisitos en sí, sino un régimen uniforme en cuanto a requisitos. Además, ello aseguraría disminuir los requisitos de forma muy onerosa en algunas leyes nacionales”. Otra razón para adoptar el término “por escrito” dentro de la redacción del Artículo II de la Convención puede ser revisado en: Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 584. “One explanation for the writing requirement is ensuring that parties are adequately aware of their waiver of otherwise-available access to national laws for matters such as real property transactions or testaments, where special form requirements apply. This rationale is sometimes supported by arguments that waiver of access to judicial remedies should require special formalities to ensure due notice and reflection: the protection of the parties concerned from entering into ill-thought-out commitments involving the renunciation of the right of access to normal courts and judges”. Redfern, Alan; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta Edición, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 223. “Todo acuerdo válido de arbitraje excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales y significa que toda diferencia entre las partes deberá resolverse mediante un método privado de resolución de controversias (...) por ende, existen buenas razones para asegurarse de que la existencia de q este acuerdo quede claramente establecida. La mejor forma de lograrlo es aportar pruebas por escrito”.

²³ Graham, Luis, “¿Qué es acuerdo por escrito? (Art. II.2 de la Convención de Nueva York)”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio*

Sin bien es cierto, a mediados del siglo XX las disposiciones concernientes a los requisitos de validez del convenio arbitral presentes en el Artículo II de la Convención de Nueva York se podían considerar “liberales” e “innovadoras”, la evolución del comercio y de las nuevas tecnologías, poco a poco fue limitando dicha definición, haciéndola poco práctica para el nuevo ritmo de los negocios.

En la misma línea, Graham señala que

“Es innegable que las formas de hacer comercio han evolucionado en grado muy importante y se han avanzado en el terreno de la liberalización de las formas. Cada vez, los actos de comercio están inmersos en una tendencia de menos requisitos de formalidades para su eficacia; en pocas palabras, puede resumirse que las partes quedan obligadas sin el cumplimiento de formalidades”²⁴.

En ese sentido, podemos concluir que una interpretación literal del Artículo II.2 de la Convención limita seriamente el término “acuerdo arbitral por escrito”. Por poner algunos ejemplos, siguiendo dicha interpretación, no estaríamos frente a un convenio arbitral en los siguientes casos: (i) aceptación oral o tácita del acuerdo arbitral²⁵; (ii) aceptaciones por facsímil, correos electrónicos o SMS²⁶.

Las consecuencias de seguir una interpretación literal del término “acuerdo arbitral por escrito” presente en la Convención se pueden apreciar en el siguiente caso de 1999 llevado frente al Tribunal de Apelaciones de Halogaland²⁷.

de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 228.

²⁴ Graham, Luis, “¿Qué es acuerdo por escrito? (Art. II.2 de la Convención de Nueva York)”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 229.

²⁵ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 593. “The most significant area of disagreement over Article I(2) concerns its application to oral or tacit acceptance of a written offer which contains within a written arbitration clause (...) the requirement for an “exchange” of letters or telegrams was intended to exclude tacit acceptances”.

²⁶ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 597. “The Convention’s reference to “telegrams” and not contemporary types of communications, creates the possibility for unnecessarily narrow interpretations of Article II. For example, there are ill-considered national court decisions that conclude that arbitration clauses contained in e-mails are formally invalid”.

²⁷ Van Den Berg, Albert, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2002, vol. XXVII, pp. 519-523. , Referido también en: Graham, Luis, “¿Qué es acuerdo por escrito? (Art. II.2 de la Convención de Nueva York)”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 233-234.

Dos partes (un contratista noruego y el propietario ruso de una embarcación) sostuvieron comunicaciones para fletar un buque. Las comunicaciones se realizaron por correo electrónico. Entre los aspectos que los correos abordaban se encontraba la referencia a que la fórmula de solución de controversias sería el arbitraje con sede en Londres.

El propietario del buque inició el arbitraje y el contratista negó la competencia del acuerdo de arbitraje y se negó a participar en el procedimiento arbitral. Sin perjuicio de eso, el árbitro sostuvo su competencia (que le llevó a dictar un laudo condenando al fletador) sobre la base de las comunicaciones por correo electrónico mediante las cuales se determinaba la existencia un acuerdo arbitral.

No obstante, el laudo fue desestimado por la Corte estatal, que estableció que no se cumplía con el requisito de "acuerdo por escrito" establecido en la Convención. La Corte no le dio ningún peso al correo electrónico en el que constaba el acuerdo de arbitraje.

De la lectura del citado caso, resultan obvios las limitaciones y problemas que causa una interpretación literal del Artículo II.2 de la Convención, toda vez que ésta no está contextualizada con las nuevas necesidades del comercio internacional.

(ii) "Acuerdo arbitral por escrito" en la redacción de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985

Como ya se comentó en párrafos precedentes, si bien la redacción del Artículo II de la Convención de Nueva York comenzó como una opción liberal frente a las regulaciones altamente formalistas con respecto a los requisitos de validez del convenio arbitral, dicha redacción fue perdiendo vigencia con la evolución del comercio y de la tecnología.

Así, en 1985, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) elaboró la Ley Modelo UNCITRAL, uno de los cuerpos legislativos relativos al arbitraje comercial internacional más importantes de la historia.

A través de dicho cuerpo legislativo, lo que se quería lograr era un documento que sea implementado por los países, con el objetivo de poder armonizar el tratamiento del arbitraje comercial internacional²⁸. Uno de los tantos puntos que tocaba, estaba

²⁸ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 117. "The Model Law was designed to be implemented by national legislatures, with the objective of further harmonizing the treatment of international commercial arbitration in different countries".

relacionado al "convenio arbitral" y sus requisitos de validez. Así, en su versión de 1985, el artículo 7 de la Ley Modelo establecía lo siguiente:

"Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato". (Subrayado agregado).

Si bien la citada norma se basó en el artículo II de la Convención, esta contó con ciertas mejoras, principalmente flexibilizando el término "convenio arbitral por escrito", en relación a los siguientes temas²⁹:

- a. Con este texto de la Ley Modelo, ya se podía entender que si A le remitía a B un escrito de demanda, y B respondía sin comentar nada sobre la cláusula arbitral, se podía entender que dicho acuerdo era conforme con la Ley Modelo.
- b. Se hace referencia a "otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo". De esta forma, dicha redacción abría las puertas para poder aceptar acuerdos arbitrales celebrados a través de correos electrónicos.
- c. Finalmente, reconocía la validez de acuerdos arbitrales incorporados por referencia, un paso sustancialmente innovador frente a los restrictivos requerimientos del texto básico de la Convención.

Por lo anterior, queda claro que la Ley Modelo UNCITRAL fue un hito importante en cuanto al desarrollo del arbitraje internacional, entre otras cosas, consideramos que principalmente en lo que se refiere al entendimiento del término "convenio arbitral por escrito".

²⁹ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 603-605.

(iii) “Acuerdo arbitral por escrito” en la Ley Modelo UNCITRAL con las enmiendas del 2006

Si bien queda clara la importancia e impacto que tuvo el texto original de la Ley Modelo UNCITRAL en el arbitraje comercial internacional, en el 2006, se aprobaron una serie de enmiendas que significaron otro gran hito con respecto a la definición del término “convenio arbitral por escrito”. De esta forma, desde dichas enmiendas, la nueva redacción del artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL cuenta entonces con dos opciones, mostradas a continuación:

“Opción I

Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

“Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”.

Como podemos apreciar de la nueva redacción del artículo 7 de la Ley Modelo, esta cuenta con dos opciones.

Por un lado, la Opción 1 mantiene el requisito de “por escrito” presente en el texto original; sin embargo, como se puede apreciar de una lectura del numeral 3) de dicho artículo, el término “por escrito” fue ampliamente flexibilizado, considerándose “por escrito” cualquier forma, en tanto se pueda dejar constancia de su contenido, llegando a mencionar que también puede ser pactado oral o verbalmente.

Por otro lado, la Opción 2 eliminó por completo el término “por escrito” de su redacción. De esta forma, esta opción de la Ley Modelo deja a un lado cualquier requisito de forma con respecto a la validez del convenio arbitral, dejando solo asuntos relativos al consentimiento³⁰.

Este ha sido un gran salto en términos de innovación, las enmiendas realizadas a la Ley Modelo UNCITRAL permitieron adaptar el término “por escrito” a las necesidades actuales del comercio internacional, el cual se mueve de una manera veloz y que, por lo tanto, no se presta para ciertas formalidades³¹.

³⁰ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, pp. 605-606.

³¹ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2009, p. 606. “As approved by UNCITRAL, both Option I and Option II confirm that the New York Convention’s current “writing” requirement is ill-suited for contemporary commercial transactions. Both options permit oral and tacit agreements to arbitrate, and dispense with the Convention’s “exchange” and “signature” requirements. In practice, the effect of the two proposals is likely to be very similar (because Option I’s formal “writing” requirement is likely to be co-extensive in most cases with the evidentiary requirements under Option II). In either case, however, the revised

(iv) “Acuerdo arbitral por escrito” en el Decreto Legislativo 1071”

El Perú, tal y como hizo en 1996 adoptando la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 como base para redactar la Ley 26572 (antigua Ley de Arbitraje peruana), adoptó también las enmiendas de 2006 como base para la nueva y actual Ley de Arbitraje.

En este sentido, el artículo 13 de la actual Ley de Arbitraje tomó la Opción 1 de la Ley Modelo UNCITRAL enmendada, adoptando y adaptando una serie de modificaciones al término “acuerdo arbitral por escrito” presentes en las enmiendas a la Ley Modelo UNCITRAL, de la siguiente manera:

“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

text improves materially on Article 7 of the 1985 Model Law and Article II of the New York Convention”.

Como se puede apreciar, el artículo en cuestión tomó casi en su totalidad la Opción 2 de la redacción del artículo 7 de la Ley Modelo UNICTRAL de 2006. En este sentido, si bien aún se mantiene como requisito de validez del convenio que este cuente "por escrito", dicho término ha sido ampliamente flexibilizado, pudiendo abarcar, inclusive, convenios arbitrales celebrados verbalmente, siempre que se pueda dejar constancia de éste.

Asimismo, cabe mencionar que la Ley de Arbitraje Peruana ha ido un paso más allá que la Ley Modelo UNCITRAL en temas de innovación y modernidad con respecto a la definición del convenio arbitral. La norma peruana, en su artículo 14, ha regulado la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, de la siguiente manera:

"Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos".

Esta doctrina inició en Francia con el caso "*Dow Chemical c. Isover Saint Gobain, Caso Arbitral CCI N° 4131*". En este caso, los árbitros decidieron que en el marco de sociedades que pertenecían a un mismo grupo económico, si bien sólo algunas habían aceptado expresamente el convenio arbitral, identificaron a otras que pese a no ser signatarias, se habían comportado como auténticas partes en los contratos³².

Así, mediante la adopción del artículo 14, el Perú ha adoptado una postura sumamente moderna e innovadora, toda vez que la teoría de la "extensión del convenio arbitral" no se encuentra presente en la Ley Modelo UNCITRAL 2006, (desarrollándose principalmente a través de jurisprudencia internacional), aumentando así el espectro de validez del convenio arbitral en el Perú.

³² Soto Coaguila, Carlos, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2: Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias: Intervención de terceros en el arbitraje*, Grández Gráficos S.A.C., Lima, 2012, p. VII. Para un mayor desarrollo detallado del artículo 14°, su aplicación, leading cases y otros relacionados, ver Galluccio Tonder, Giuseppe y Mori Bregante, Pablo César, *Arbitraje Comercial: La extensión del Convenio Arbitral a los grupos de sociedades*, Ediciones Legales y *Ius Et Veritas* Editorial. Primera Edición, Lima, 2012. pp. 248.

2) El Artículo VII de la Convención, recomendaciones de UNCITRAL y las particularidades

(i) Aplicación de la “ley más favorable al arbitraje”

Habiendo desarrollado ya la evolución internacional del término “acuerdo arbitral por escrito”, y teniendo claras cuáles pueden ser las posibles definiciones que los Estados miembros de la Convención pueden haberle dado al convenio arbitral, cabe preguntarnos ¿cómo tal evolución puede ser de relevancia, si el artículo II de la Convención es bastante claro en cuanto a los requisitos de forma escrita del acuerdo arbitral?

La respuesta la encontramos en el numeral 1 del artículo VII de la propia Convención, que dispone expresamente lo siguiente:

“Artículo VII.-

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. (Subrayado agregado).

A nivel doctrinario, la segunda parte del citado artículo, contiene lo que se conoce como “cláusula del derecho más favorable”³³. Siguiendo lo comentado por Donova y Prager, gracias a la “cláusula de derecho más favorable” tenemos la posibilidad de ejecutar laudos que, en principio, serían inejecutables bajo la Convención³⁴.

Así, los citados autores establecen hasta tres casos en los cuales se podrá aplicar el artículo VII de la Convención para poder salvar la ejecución de un laudo:

“Esta cláusula del derecho más favorable tiene relevancia en circunstancias en las que se podría prohibir la ejecución según la Convención de Nueva

³³ La primera parte del artículo en cuestión, conocida como “cláusula de compatibilidad” no es materia de comentario en este artículo. Sin embargo, en caso de querer ahondar más respecto a ello ver: Donova, Donald y Prager, Dietmar, “El impacto del artículo VII”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 631-644.

³⁴ Donova, Donald y Prager, Dietmar, “El impacto del artículo VII”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 638.

York si, en primer lugar, se ha decretado la nulidad de la sentencia en la sede arbitral por virtud del art. V (I)(e); en segundo lugar, si no se ha cumplido con el requisito de disponer de un acuerdo por escrito conforme al art. II(2) o, en tercer lugar, no se han cumplido con las formalidades establecidas en el artículo IV³⁵. (Subrayado agregado).

De esta forma, queda claro que, en base al artículo VII de la Convención, siempre se preferirá el derecho que sea más favorable al arbitraje. Conforme a ello, en cualquier caso en que se emita un Laudo Arbitral en Perú, y el convenio arbitral se rija por la sede del arbitraje, el Laudo en cuestión no debería tener problemas de ejecución en cualquier parte del mundo en lo que se refiere a validez del convenio, salvo que efectivamente se trate de un convenio arbitral inválido y no encaje en los términos de los artículos 13° y 14° de la Ley Peruana de Arbitraje.

(ii) Recomendaciones de UNCITRAL

Conjuntamente con las enmiendas del 2006, la Ley Modelo UNCITRAL incorporó dos recomendaciones para interpretar la Convención de Nueva York, las que merecen un breve comentario a continuación.

La primera de ellas está relacionada a la interpretación del Artículo II (2) de la Convención. Así, UNCITRAL recomienda que al momento de interpretar el Artículo II (2) de la Convención se acepten interpretaciones del término “acuerdo por escrito” más amplias que la presente en la redacción del citado artículo³⁶.

En este sentido, esta primera recomendación de UNCITRAL aboga por que las Cortes, al momento de interpretar el Artículo II(2), no se remitan solo al texto expreso de la Convención, sino que utilicen un concepto del término “acuerdo arbitral por escrito” más amplio.

Por ello, en base a tal recomendación, podríamos llegar a interpretar el término “acuerdo arbitral por escrito” de acuerdo a cuerpos normativos bastante más liberales, como la Ley Modelo UNCITRAL con las enmiendas de 2006 o, a nuestro criterio, inclusive en base a criterios aún más liberales como los de la Ley de Arbitraje Peruana.

³⁵ Donova, Donald y Prager, Dietmar, “El impacto del artículo VII”. En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 638.

³⁶ Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd Edition, Cambridge University Press, England, 2012, pp. 24. “UNCITRAL is suggesting that there can be additional bases for meeting the writing requirement outside of those specified in the Convention (presumably, bases found in domestic law), and that courts should apply the Article II writing requirement less rigidly”.

Imaginemos el siguiente caso. A y B celebran un contrato de distribución mediante el cual A adquiere los derechos de distribuir los productos de B en Chile, país donde se concentran la mayoría de las ventas de B. Con posterioridad a la celebración del contrato de distribución, A y B celebran verbalmente un convenio, el cual es grabado por las partes a fin de dejar constancia de su existencia. Al surgir un conflicto entre ellas, deciden ir a arbitraje y eligen como sede Honduras, por ser el país de origen de ambas partes. A sale victorioso del arbitraje e intenta ejecutar su laudo en Chile. B solicita a los tribunales chilenos que no ejecuten el laudo, toda vez que éste no es válido bajo las leyes de Honduras³⁷, las cuales no permiten que se celebre convenios arbitrales de manera verbal.

En el presente caso, nos encontramos frente a un problema. El convenio arbitral no es válido bajo la ley de la sede del arbitraje, tampoco podemos aplicar el artículo VII (1) de la Convención intentando invocar un derecho más favorable al arbitraje, toda vez que, bajo la legislación chilena, el mencionado convenio tampoco es válido³⁸.

³⁷ "ARTICULO 38. - FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente. Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Deberá entenderse que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes.

Se presumirá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención".

Bajo el presente artículo, el convenio arbitral no puede ser celebrado verbalmente. Para más información acerca de la interpretación de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras, revisar: Mejía, Ulises y Gustavo Leon, "Arbitraje Comercial Internacional en Honduras: Marco Legal y Jurisprudencial". En: Hierro, Antonio y Cristian Conejero, *El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2012, p. 490.

³⁸ Recordemos que el artículo 7 de la respectiva Ley Chilena No. 19.971 no permite tampoco la celebración de un convenio arbitral de manera verbal. Efectivamente, el referido artículo señala lo siguiente:

"Artículo 7º.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen

Es en estos casos donde toma importancia la utilidad de la primera recomendación de UNCITRAL. Si los tribunales chilenos decidiesen ceñirse a dicha recomendación, podrían interpretar de una manera menos restrictiva el artículo II (2) de la Convención, pudiendo utilizar la definición contenida en la Ley Modelo UNCITRAL de 2006, la cual, como ya se analizó previamente, sí ampara los convenios arbitrales celebrados de manera verbal, siempre y cuando se haya dejado constancia de éste.

La segunda recomendación de UNCITRAL está relacionada al artículo VII (1) de la Convención. De una lectura literal del citado artículo, nos percataremos que éste sólo hace mención a "sentencias" (entiéndase laudos), no a acuerdos arbitrales. En este sentido, las Cortes nacionales podrían llegar a interpretar que la aplicación de la "cláusula de derecho más favorable" sólo se aplica para analizar ejecuciones de laudos, y no para determinar la validez de un convenio arbitral, dejando así de lado la aplicación de la "cláusula de derecho más favorable" para el artículo II (2) de la Convención.

Aquí es donde toma relevancia la segunda recomendación de UNCITRAL. A través de ésta, se recomienda que el artículo VII (1) no sólo se utilice para la ejecución de laudos arbitrales, sino también para la validez de acuerdos arbitrales.

Esta recomendación ha sido bien aceptada y comentada por varios especialistas. Así, Moses señala que la aplicación de la "cláusula de derecho más favorable" a la validez de los convenios arbitrales ayudaría a su reconocimiento bajo normas más favorables de los Estados donde se pretenden ejecutar³⁹, como por ejemplo podría ser, justamente, tomando como referencia la norma peruana.

Este mismo razonamiento fue aplicado por la Corte de Apelaciones de París en el caso "ABS v. Copropriete Maritime Jules Verne". En dicho caso la Corte sostuvo que, a pesar

constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato." (Subrayado agregado).

³⁹ Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd Edition. Cambridge University Press, England, 2012, p. 220. "UNCITRAL'S second recommendation, that the "more favourable right" provision of Article VII should apply to agreements as well as awards, would support the enforcement of agreements that were valid under a more lenient national law. This appears consistent with the Convention's purpose of making arbitration awards readily enforceable. If the agreement were valid under the laws of the enforcing country, a court, by regarding the Article II(2) definition of a writing as nonexhaustive not refuse enforcement because the underlying arbitration agreement did not meet the narrow definition of writing in Article II(2). The UNCITRAL recommendations, if followed by courts would make enforcement of an award more likely, and should discourage courts from refusing enforcement based on formalistic writing requirements".

de que la cláusula de derecho más favorable se refiere expresamente sólo a la ejecución de sentencias arbitrales, también "se aplica necesariamente" a la ejecución de acuerdos compromisorios⁴⁰.

3) Las particularidades de la Ley de Arbitraje Peruana con respecto a la ejecución de laudos extranjeros

Regresemos un momento al caso del contrato de distribución celebrado entre A y B analizado párrafos arriba. ¿Qué hubiese pasado si el juez del país donde se pretende la ejecución simplemente no sigue la primera recomendación de UNCITRAL?

En el presente caso tampoco aplica utilizar la "cláusula de derecho más favorable" ya estudiada anteriormente, toda vez que bajo ninguno de los derechos involucrados (ni el de Honduras ni el de Chile) dicho acuerdo es válido por haber sido pactado verbalmente.

¿Entonces, qué sucede con el laudo? La respuesta es simple, este no se ejecuta en base al artículo V1(a), ya que dicho acuerdo arbitral no es considerado válido ni bajo la ley del país donde fue emitido ni bajo la ley del país donde se quiere ejecutar. Un escenario bastante lamentable para el arbitraje.

Ahora, imaginemos un escenario similar, solo que esta vez la parte vencedora ("A") ya no quiere ejecutar el laudo en Chile, sino en Perú. Para ello A recurre a los tribunales peruanos. Por su parte B solicita que no se reconozca el laudo bajo la causal V1(a) de la Convención, toda vez que el convenio arbitral no es válido bajo las leyes de Honduras.

Al igual que en el caso original, A corre el riesgo de que el juez peruano (i) no tome en cuenta la segunda recomendación de UNCITRAL y considere que la "cláusula de derecho más favorable" presente en el Artículo VII(1) de la Convención solo se aplica para laudos arbitrales, motivo por el cual no cabría aplicar el derecho más favorable de Perú con respecto al análisis de la validez del convenio arbitral; y (ii) habiendo descartado la opción anterior, tampoco tenga en cuenta la primera recomendación del UNCITRAL e interprete de manera restrictiva el Artículo II(2) de la Convención.

Sobre esto cabe hacer algunas precisiones. El Decreto Legislativo 1071 contiene dentro de sus artículos un título destinado al desarrollo del "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros", siendo el artículo 75 el encargado de regular las "Causales de denegación". El citado artículo, regula en su numeral 1 lo siguiente:

⁴⁰ Donova, Donald y Prager, Dietmar, "El impacto del artículo VII". En: Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo (eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 642.

“1. 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 pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano”. (Subrayado agregado).

Y más adelante, el artículo 78 de la misma Ley de Arbitraje Peruana establece también que:

“Cuando resulte de aplicación la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, se tendrá presente lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo, cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo (...).”

Así, la Ley Peruana de Arbitraje establece que primarán sus disposiciones frente a tratados (entiéndase para este caso, la Convención de Nueva York) en los casos que la referida norma contenga provisiones más favorables para la parte que pida el reconocimiento, como en efecto sucede con la Ley Peruana.

¿Por qué la ley peruana contiene causales más favorables para la ejecución de un laudo extranjero? No sólo porque los requisitos para la validez del convenio arbitral en Perú son bastante más flexibles que en la Convención de Nueva York.

Por el contrario, si hacemos una comparación de las causales de denegación presentes en el artículo 75 de la Ley de Arbitraje Peruana con las causales de denegación del Artículo V de la Convención, notaremos que son casi idénticas, por lo que a primera vista, la norma peruana podría no ser considerada como “una norma más favorable al arbitraje”. Sin embargo, la Ley Peruana contiene además una particularidad que no está presente ni en la Convención, ni en la Ley Modelo UNCITRAL. Nos referimos al inciso 4) del artículo 75 de la Ley Peruana, que establece lo siguiente:

“4. La causa prevista en el inciso a. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano”. (Subrayado agregado).

El citado inciso, establece que no se podrá denegar el reconocimiento por el inciso a. del numeral 2 del artículo 75 (equivalente al Artículo V1(a) de la Convención), entre otros motivos, si este convenio arbitral es válido según el derecho peruano. Esto no hace otra cosa que reconfirmar la favorabilidad del derecho peruano en lo que se

refiere a flexibilidad para admitir la validez del convenio arbitral, en comparación no sólo con la Convención de Nueva York, sino en comparación virtualmente con cualquier ley de arbitraje del mundo.

Efectivamente, como ya se estudió, la Ley Peruana de Arbitraje no sólo ha adoptado en su artículo 13 las enmiendas formuladas a la Ley Modelo UNCITRAL en el 2006, motivo por el cual, el término de "convenio arbitral por escrito" es sumamente amplio (llegando a abarcar convenios arbitrales celebrados verbalmente), sino que además ha establecido un criterio aún más abierto para la validez del convenio, aceptando convenios arbitrales aceptados de manera tácita, al amparo de lo establecido en su artículo 14.

Entonces, para concluir, regresemos al caso narrado párrafos arriba. A solicita la ejecución de su laudo en Perú. B arbitral válido, la causal de denegación por invalidez del convenio arbitral, es virtualmente inaplicable en Perú. Ello es así, toda vez que, como ya se comentó, la definición de convenio arbitral adoptada abarca desde acuerdos para arbitrar acordados vía correo electrónico o SMS, hasta convenios arbitrales celebrados oral o tácitamente.

En pocas palabras, en Perú, gracias a la redacción del artículo 75, a la amplitud del término "convenio arbitral por escrito" que maneja el Decreto Legislativo 1071 y a la amplitud de posibilidades de obtener un convenio arbitral válido, la causal de denegación por invalidez del convenio arbitral, es virtualmente inaplicable en Perú.

En conclusión, si usted decide ejecutar un laudo arbitral en Perú, laudo que proviene de un convenio arbitral cuya validez es cuestionada al amparo de las leyes del país del domicilio de las partes o de la sede del arbitraje, únicamente por no constar por escrito dicho convenio, el referido laudo sí podrá ser ejecutado en Perú sin mayor contingencia, salvo que se trate de un convenio que no resulta válido ni al amparo de los artículos 13 y 14 de nuestra Ley de Arbitraje.